

**LA GARANTÍA Y REPARACIÓN NO MONETARIA  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL  
TRABAJO. Un estudio del sistema español en  
relación con el caso chileno.**

Tesis para optar al grado de Doctora en Derecho por  
la Universidad Autónoma de Madrid

Autora: Daniela Marzi Muñoz  
Directora: Ana de la Puebla Pinilla

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID



## AGRADECIMIENTOS

Una persona que sale de su país y tiene suerte, podrá agradecer a su familia de origen y la que haya formado en el lugar de llegada. Es mi caso. Mi gratitud y dedicatoria va a mi nonna Lilian Véliz Marré, a mis padres Lilian y Hugo, quienes han tenido una paciente espera por la finalización de este trabajo. A la memoria de mi abuelo Eduardo Marzi Escobar. A mis hermanos, que en sus distintas formas me sostienen: Fiorella con su compañía y Eduardo con su apoyo firme e incondicional, quien además hizo un cuidadoso trabajo de lector. A Miguel Ángel Guerra y su secreto altar a Balzac. A Evelyn Coronado y Silvio Cuneo, porque sin su amistad las cosas no habrían sido posibles. A Celeste Placido por haberle traído sólo cosas buenas con su llegada a la familia y a la pequeña Emilia Beatriz Marzi Placido que es la fuente inagotable de amor y de vida nueva para todos nosotros.

A la pequeña comunidad formada en Arganzuela. A Paula Arancibia, María José Techera, Mónica Mazariegos, Andrea Medalla y a “El Andariego”, por la experiencia feliz de la Patria Grande en Madrid.

A Manuel de Rivacoba, quien me enseñó el significado de la libertad y que es un término que no se debe ceder al mercado.

A José Luis Ugarte, por haberme mostrado que en el Derecho del Trabajo hay un camino que vale la pena.

Y a la profesora Ana de la Puebla Pinilla, por el ejercicio riguroso de su dirección pero abierto a permitirme hacer un trabajo que me representara.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I: “LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL SIGNIFICADO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS Y LA FUNCIÓN DE LA REPARACIÓN”</b> .....	<b>19</b>
I. Introducción.....	19
A) Contexto de creación. ....	19
B) Por qué buscar el referente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. ....	21
II. Breve historia del Sistema Interamericano y el caso chileno.....	25
A) Actuaciones del SIDH durante la dictadura (1973-1988). ....	25
B) Actuaciones del SIDH llegada la democracia. Desde 1989 hasta la actualidad. ....	26
III. Especial sincronía entre Derecho del Trabajo y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. ....	28
IV. Escalas de justicia: encuadre internacional del problema del trabajo. Opiniones Consultivas sobre la colegiación obligatoria de periodistas y sobre la condición jurídica de los migrantes indocumentados. Potencialidad de la reparación de integrar demandas de redistribución y reconocimiento, por medio de la universalidad del derecho al trabajo .....	34
A) Opiniones consultivas asociadas a las relaciones laborales: sobre la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la condición jurídica de los migrantes indocumentados. ....	35
B) Libertad de expresión como condición de base para una sociedad democrática. ....	36
C) Trabajo como llave de acceso a igual estatuto de derechos y fuente de una pluralidad de responsabilidades estatales. ....	41
a) Ser persona y trabajar: únicos requisitos de acceso a la igual protección jurídica del trabajo en un Estado. ....	42
b) La situación de migración potencia el desequilibrio de poder entre las partes de una relación laboral. ....	43
c) El Estado puede incurrir en responsabilidad tanto en su propia vertiente de empleador como por ser el titular del poder de regulación del marco normativo en que se desenvolverán las relaciones de trabajo dentro de un país (responde por impunidad de las infracciones de los particulares). ....	44
d) Consagración del concepto de “ciudadanía social”. ....	45
V. Obligación estatal internacional de garantía y deberes derivados. Posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional de un Estado por actuaciones de particulares. Función coadyuvante del Sistema Interamericano a los Estados partes: críticas. ....	57
A) Aplicación de los sub-deberes de garantía y ductilidad de la reparación al ser modelable atendiendo al tipo de lesión, sujeto agresor y víctima. ....	59
B) Posibilidad de incurrir en responsabilidades internacionales por parte de un Estado miembro por actuaciones de particulares. ....	61
C) Función coadyuvante del Sistema Interamericano a los Estados partes: críticas. ....	63
VI. La Reforma procesal laboral como cumplimiento de la obligación internacional de garantía y de acceso a una justicia pronta y eficaz. ....	67
A) Algunas proximidades entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los procedimientos del orden interno de Tutela de Derechos Fundamentales en sede laboral. ....	69

a) Estándar probatorio. ....	70
b) Legitimación activa. ....	71
c) Sentencia definitiva que acoge la denuncia como acto complejo. ....	79
B) Una distancia y ventaja entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la acción de Tutela de Derechos Fundamentales: no lidia con el concepto de soberanía del Estado. ....	80
VII. El concepto de reparación no monetaria y su vínculo con la justiciabilidad: función orientada a la reparación. ....	87
A) Papel central de la víctima en materia de reparaciones. La ampliación del concepto de víctima para valorar efectos sociales de las vulneraciones. ....	89
B) Los derechos como cartas de triunfo: el modelo del propietario, hombre, blanco occidental. ....	94
C) Creciente intervención de la víctima ante la Corte en el momento de la fijación de la reparación. ....	99
D) Algunas clasificaciones de reparación. ....	100
VIII. Análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de relevancia laboral. ....	103
A) Caso Baena, Ricardo y otros versus Panamá (2201). ....	104
B) Caso trabajadores cesados del Congreso versus Perú (2005). ....	107
C) Caso Cinco pensionistas versus Perú (2003). ....	108
D) Caso Acevedo Buendía (cesantes y jubilados de la Contraloría) versus Perú (2009). ....	110
E) Caso Huilca Tecse versus Perú (2005). ....	111
IX. Criterios extraíbles de alguna jurisprudencia proveniente del Sistema Interamericano, y chileno. ....	115
A) Difusión o promoción. ....	117
B) Prevención y garantías de no repetición. ....	125
C) Satisfacción de la víctima. ....	131
D) Disuasión. ....	135
X. Prohibición de participar en el mercado. Nota sobre la sanción de inhabilidad de contratar con el Estado a las empresas condenadas por vulnerar derechos fundamentales. Aspectos comunes con la reparación no monetaria. ....	135
XI. El problema de la ejecución de las condenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ....	143
<b>CAPÍTULO II: “CIUDADANÍA Y AUTONOMÍA EN EL TRABAJO: FUNDAMENTOS PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS” .....</b>	<b>147</b>
I. Introducción .....	147
II. Aproximación al poder privado a escala global y sus contrapesos. ....	148
III. Autonomía y derechos fundamentales. ....	157
A) Los poderes del empleador: la resignada aceptación de un “hecho” inherente a toda asociación. ....	161
B) La (supuesta) separación radical de la moral y el Derecho, su especial valor para la evolución jurídica en Latinoamérica y el compromiso con una determinada moral vía derechos fundamentales en las Constituciones de posguerra. ....	169
C) Pesos específicos variables según coyunturas históricas de la tutela de los derechos fundamentales. Un ejemplo español. ....	181
D) Ciudadanía como poder efectivo. ....	185
a) Relaciones jurídicas que, en teoría, se proyectan en el tiempo. ....	192

b) Reconocimiento del conflicto como elemento imprescindible en las relaciones de trabajo y del mercado como sistema. ....	195
c) El esquema constitucional de la Libertad Sindical como contrapoder. ....	198
d) Autonomía como concepto clave de los derechos fundamentales. ....	211
IV. El derecho al trabajo como premisa necesaria para el ejercicio de los derechos laborales. Los caminos opuestos: de un “derecho programático” a un “derecho al trabajo protegido”. ....	220
A) El “derecho al trabajo” y sus polisémicos significados. ....	221
B) El “derecho al trabajo”: una lectura de consenso. ....	229
C) El “derecho al trabajo” y la protección al acuerdo de voluntades. La cuestionable legislación sobre modificaciones unilaterales empresariales al contrato: el alimento de una cultura jurídica y empresarial. ....	232
a) La inhibición del ejercicio de los derechos emanantes del contrato. ....	238
b) Una propuesta de derecho al trabajo. ....	246
V. La Reforma laboral del 2012 y sus efectos negativos sobre la protección, individual y colectiva, del trabajador. ....	252
A) La nueva negación del conflicto: el empleo como justificación. ....	255
B) Jueces laborales en la encrucijada. ....	275
<b>CAPÍTULO III: “EL PROCESO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS LABORALES. EN BUSCA DE UN MODELO PARA LA REPARACIÓN DE LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES”</b> .....	<b>283</b>
I. Introducción. ....	283
II. El proceso: de expediente formal a instrumento de garantía de los derechos fundamentales. ....	283
III. Las fórmulas de ejecución de obligaciones de hacer y no hacer dirigidas al cumplimiento de la sentencia “en sus propios términos”. ....	294
A) Los binomios (in)fungibilidad/ (in)coercibilidad. Los resabios del brocardo <i>nemo praecise ad factum cogi potest</i> (nadie puede ser obligado a la ejecución personal de un hecho). ....	295
a) Dudosa lectura histórica. ....	295
b) De la protección a la voluntad libre del brocardo a la fundamentación de la medida igual de valoración para todos los bienes de la economía capitalista. ....	300
B) Construcción de la fungibilidad e infungibilidad desde la teoría de las obligaciones. ....	306
C) Distinciones dentro de la obligación de no hacer. La evolución de la orden de cese de las conductas lesivas de derechos fundamentales. ....	307
D) Actividad jurisdiccional como elemento imprescindible para la ejecución de las condenas no dinerarias. ....	311
E) Clasificaciones de la ejecución. ....	313
F) Medidas indirectas de ejecución en el derecho comparado. ....	316
a) El modelo francés: las <i>astreintes</i> . ....	316
b) El <i>Contempt of court</i> del derecho anglosajón. ....	319
G) Otras figuras identificadas como coerciones. ....	325
a) Los salarios de tramitación: encendido debate sobre su naturaleza jurídica. Análisis desde el punto de vista de su función: ¿Incentivo al cumplimiento en sus propios términos?.....	325
b) La intervención de un tercero en la empresa. ....	329
c) La sanción penal como coerción y como norma de cierre. ....	330
IV. Ejecución y Constitución. Aspectos centrales del caso español. ....	336

A) Tutela judicial efectiva. La norma angular: la sentencia se cumplirá en sus propios términos (artículo 241 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). .....	338
B) Acentuación de la “residualidad” de la ejecución en sus propios términos por efecto de la Reforma Laboral de 2012.....	339
C) La sentencia condenatoria como título ejecutivo. Tendencia a la incorporación de diversas órdenes de hacer y de no hacer.....	342
D) Papel del Ministerio fiscal de acuerdo a la LRJS.....	348
E) Medidas cautelares: tendencia a la discrecionalidad judicial en su diseño.....	349
V. La sanción jurídica como garantía: en busca de modelos para la reparación de derechos fundamentales.....	354
A) La sanción jurídica y su proporcionalidad como fuente de racionalidad y legitimidad del ordenamiento jurídico.....	356
B) Distinciones de la reparación no monetaria respecto de otro tipo de consecuencias jurídicas. Replanteamientos.....	358
a) La justicia restaurativa: nuevo enfoque general. ....	358
b) Dificultades, búsquedas y convergencias del Derecho sancionatorio: las nuevas respuestas penales y administrativas. ....	364
c) La ductilidad de la tutela de reparación no monetaria.....	370
d) Reparación como actividad “creativa” del juez: desacostumbrada pero ordenada por la norma. La reparación como regla de fin.....	378
C) La obligación de readmisión, su lugar como consecuencia del despido nulo por lesión de derechos fundamentales y la ejecución en sus propios términos. ....	379
a) La obligación de readmisión: la subversión de los valores economicistas. ....	379
b) La readmisión circunscrita a los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales. ....	382
c) Observaciones sobre la facultad de elegir entre readmisión o cumplimiento por equivalente.....	384
d) Procedimiento ejecutivo de readmisión a consecuencia de la nulidad por vulneración de derechos fundamentales.....	385
D) Los Planes de Igualdad como cargas al empleador para la consecución de la igualdad real. ....	388
a) La falta de contenido aflictivo en los planes de igualdad.....	389
b) Líneas que se cruzan: planes de igualdad y reparación no monetaria en derechos fundamentales.....	392
c) Supuestos de incumplimiento de la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad. Un aspecto débil. ....	399
d) Sanciones anexas.....	400
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>405</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>415</b>



## INTRODUCCIÓN

La idea que lleva a plantear el proyecto de tesis doctoral fue producto de que, enfrentados en Chile a la más importante Reforma Procesal Laboral de su historia -aquella articulada en la Leyes N°s 20.022, que crea los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional; 20.023, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad Social, ambas del año 2005 y la 20.087, que modifica el procedimiento de juicio del trabajo, del año 2006<sup>1</sup>- era posible constatar una anomia<sup>2</sup>: no se previó una forma de ejecución específica, distinta a dar una suma de dinero a título indemnizatorio, para un tipo de medidas de reparación que nacían con la Reforma: las que habían de operar en la nueva acción de Tutela de Derechos fundamentales<sup>3</sup>.

Literalmente, la norma del artículo 495 del Código del Trabajo chileno (CTCH), prescribe: “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 las indemnizaciones que procedan”. Los jueces, en base a esta norma, comenzaron a decretar diversas medidas: la publicación de la sentencia en periódicos; la condena a la petición de disculpas públicas; la realización de cursos de formación en derechos fundamentales para los mandos empresariales; anulación de los reglamentos internos con órdenes concretas de modificación de reglas tales como cambios en la forma de organizar los turnos de trabajo o en los procedimientos de denuncia en caso de ilícitos que afectan los derechos de los trabajadores y trabajadoras; la creación o reformulación de procedimientos disciplinarios, etc. Esto muestra lo disruptivo de la incorporación de la acción de tutela de derechos fundamentales pues supuso la judicialización de una serie de conflictos que, alcanzando la característica de implicar una lesión de derechos fundamentales, carecían de un cauce procesal adecuado.

---

<sup>1</sup> La entrada en vigencia fue gradual, por regiones, y su primera fase se inicia el 31 de octubre de 2008 en Atacama y Magallanes.

<sup>2</sup> Aunque, en rigor, hay una norma. El artículo 421 del Código del Trabajo chileno adjudica al juez de cobranza y ejecución previsional “el cumplimiento de obligaciones que emanen de títulos ejecutivos a los cuales las leyes laborales y de previsión o seguridad social, otorguen mérito ejecutivo; y, especialmente la ejecución de todos los títulos ejecutivos regidos por la ley N°17322, relativa a la cobranza judicial, de imposiciones, aportes y multas en los institutos de previsión”. De más está decir que la sentencia ejecutoriada es un título ejecutivo. Sólo que, como se explicará, las necesidades ejecutivas de medidas distintas a dar una suma de dinero no formaron parte del debate ni de los problemas que se planteó el legislador de la reforma.

<sup>3</sup> Artículos 485 y siguientes de Código del Trabajo chileno, pertenecientes al párrafo 6°: “Del procedimiento de tutela laboral”, del Capítulo II, “De los principios formativos del proceso y del procedimiento en juicio del trabajo”, del nuevo Libro V, titulado y regulador “De la jurisdicción laboral”.

Sobre el problema de la ejecución de las medidas de reparación distintas a dar una suma de dinero son sostenibles dos posibles lecturas. La primera, entiende que el juez de fondo, quien es el encargado de decretar estas medidas constituidas por obligaciones de hacer y de no hacer en su sentencia condenatoria, una vez dictado el fallo se ve desvinculado de la causa por el efecto de desasimio del tribunal<sup>4</sup>. Éste, a su vez se conecta al derecho a la intangibilidad de las sentencias, y ambos se fundan en el valor de la seguridad jurídica<sup>5</sup>. Por tanto, la ejecución de las medidas ordenadas y en gran parte, modeladas por la sentencia, ante la ausencia de cumplimiento voluntario, deberán ser conocidas por el juez de cobranza laboral y previsional, que es al que se le entrega la competencia en relación al cumplimiento de la sentencia ejecutoriada, en tanto ésta es uno de los títulos ejecutivos cuya ejecución se encomienda al juez de cobranza laboral<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Regulado en el artículo 182 del Código del Trabajo chileno: “Artículo 182. Notificada una sentencia definitiva o interlocutoria o alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna. Podrá, sin embargo, a solicitud de parte, aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia”.

<sup>5</sup> Una definición pertinente en este sentido, es la que en España brinda el TC en la STC 23/2005, de 14 de febrero, que señala que el derecho a la intangibilidad es un límite “que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la realidad”, citada por GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe, *La subsanación de los defectos procesales*, tesis para optar al grado de doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, 2012, p. 220. Disponible en:

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/94488/tfga.pdf;jsessionid=4E06EFEDFC7EB41E2DF05CAC258EE3A1.tdx2?sequence=1>

[fecha de la visita 29 de abril de 2013]

<sup>6</sup> De la combinación del artículo 463 CTCH: “La tramitación de los títulos ejecutivos laborales se desarrollará de oficio y por escrito por el tribunal, dictándose al efecto las resoluciones y ordenándose las diligencias que sean necesarias para ello”, y, el artículo 464 del mismo cuerpo legal: “Son títulos ejecutivos laborales: 1.- Las sentencias ejecutoriadas”, que son las dos primeras normas del Párrafo 4º “Del cumplimiento de la sentencia y de la ejecución de los títulos ejecutivos laborales”, del Título I “De los Juzgados de Letras del Trabajo y de Cobranza Laboral y Previsional y del Procedimiento”, pertenecientes al Libro V: “De la Jurisdicción Laboral”. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que la remisión del artículo 465 del Código del Trabajo chileno es al Título XIX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, denominado “De la ejecución de las resoluciones”. Dentro de la sección dedicada a la ejecución de las resoluciones pronunciadas por tribunales chilenos, las normas relativas a obligaciones de hacer no están pensadas para este tipo de medidas de reparación<sup>6</sup> y, la regulación específica de la ejecución de las obligaciones de hacer, se encuentra en otro libro, al cual no remite la norma laboral, (artículos 530 y

Como su mismo nombre indica, en lo que respecta al juez de cobranza laboral, la normativa de la Reforma Procesal Laboral chilena innovó para mejorar la eficacia de la cobranza de las sumas de dinero, pero no previó un procedimiento adecuado para la ejecución de las obligaciones de hacer y de no hacer, que son el tipo de obligaciones que conforman la reparación no monetaria, que expresamente la reforma introducía para los casos de lesión a derechos fundamentales.

Problemático, entonces. Porque el juez de cobranza puede argumentar - lo que constituye la segunda lectura-, que no tiene las herramientas correctas para llevar a cabo la ejecución de medidas reparadoras, dado que el procedimiento que él aplica pretende la eficacia del cobro de sumas de dinero y es de carácter escrito. Lo que se evidencia de la mera terminología usada dentro del Párrafo 4º, del Título I, Libro V del Código del Trabajo chileno<sup>7</sup>: “Del cumplimiento de la sentencia y de la ejecución de los títulos ejecutivos laborales”. En éste se habla de liquidación, monto, pago (artículo 466 inciso segundo; artículo 468, inciso primero); las únicas causas previstas de objeción a la liquidación son: error de cálculo numérico, alteración de las bases de cálculo o elementos o incorrecta aplicación de los índices de reajustabilidad o de intereses (artículo 469, inciso primero); las causas de oposición a la ejecución: pago de la deuda, remisión, novación y transacción, (artículo 470, inciso primero).

A ello se suma que la norma supletoria, el Código de Procedimiento Civil chileno (CPCCH), establece un procedimiento escrito y, al igual que todos los Códigos inspirados

---

siguientes del CTCH). Sin embargo, de entenderse aplicable, sus consecuencias son contundentes pues considera el arresto y la multa como coerción (artículo 543 del CPCCH). En cambio, la norma laboral, dentro del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sólo contempla la multa como apercibimiento de no cumplirse las medidas de reparación, la que puede repetirse hasta obtener el debido cumplimiento (artículos 495 N° 3 en relación al 492, del CTCH). Éstas son las normas, dentro del título referido a la tutela de derechos fundamentales, que regulan las formas de apremio ante el incumplimiento de las medidas de reparación por parte del vencido en juicio. A lo que se agrega, el precepto del artículo 238 del CPCCH, que contempla la posibilidad de aplicar apremios en forma de multa o arresto, opción que se validó el máximo tribunal chileno, cuando la Corte Suprema, en un fallo equivalente al amparo español, sostuvo que era aplicable el arresto que ordena el Código de Procedimiento Civil, en el Libro I, respecto de las resoluciones emanadas dentro de la acción de tutela de derechos fundamentales, Rol N° 109-2009, de fecha 15 de junio de 2009. Más allá de todas estas posibles vías de coerción, lo principal, para efectos del primer objetivo de la tesis, es que ninguna contempla las instancias cognoscitivas, necesarias en materia de obligaciones de hacer y de no hacer, para que el juez controle el grado de cumplimiento o las razones para el incumplimiento. En otras palabras, si bien por texto legal la ejecución de las sentencias pertenece al juez de cobranza, es válido razonar qué tipo de ejecución es adecuada a las obligaciones de hacer y no hacer que constituyen a las medidas de reparación no monetarias, porque su modo de ejecución no estuvo presente al momento de legislarlas

<sup>7</sup> De hecho, el primer artículo del citado párrafo lo consigna: “artículo 463: la tramitación de los títulos ejecutivos laborales se desarrollará de oficio y por escrito por el tribunal, dictándose al efecto las resoluciones y ordenándose las diligencias que sean necesario para ello”.

en el Código Napoleónico de 1804, está centrado en las obligaciones de dar una suma de dinero.

Se constata, entonces, la falta de normativa adecuada a esta nueva figura de reparación no monetaria. El principal, y casi único, referente para suplir esa carencia sería la ejecución de la obligación de readmisión<sup>8</sup> que, en Chile, tiene escasa presencia y cuya eficacia es casi nula. En otras palabras, el objetivo del estudio será analizar una forma de ejecución que, aunque prevista legalmente, no cuenta con desarrollo normativo ni, por tanto, con instrumentos adecuados para su garantía<sup>9</sup>.

Pero estando ya en la realización del estudio se advierte un problema que, en rigor, precede al de la ejecución: la única norma que se refiere a las medidas de reparación es el artículo 495 del Código del Trabajo chileno, recién citado y tampoco habían sido parte del debate legislativo. El único elemento que se encuentra es el expresado en el Mensaje del Ejecutivo N° 4-350, con que se introduce a tramitación la Reforma Procesal Laboral, donde se consigna que “[e]n el contenido de la sentencia condenatoria, el proyecto apunta a retrotraer la situación al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada, siendo la nulidad el efecto propio y natural para este tipo de ilícitos. Adicionalmente, la sentencia deberá indicar concretamente las medidas tendientes a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración constatada, incluyendo la posibilidad de que se imponga el pago de una indemnización”<sup>10</sup>.

En consecuencia, de cara a estas nuevas medidas de reparación surge ineludiblemente la necesidad de definir las y justificarlas, ya que se trata de una norma sin desarrollo doctrinal<sup>11</sup>. Puestas así las cosas, se vuelve un razonamiento inverso al que usualmente se hace, yendo de un problema procesal a uno sustantivo.

---

<sup>8</sup> En Chile, a la obligación de readmisión o reincorporación del trabajador se le denomina también reintegro, término que utiliza alguna jurisprudencia citada en esta tesis.

<sup>9</sup> Si bien existen medidas coercitivas para decretar en caso de incumplimiento de la orden de reincorporación, no son comúnmente usadas. Incluso después de la reforma procesal laboral, hay casos en que casi reconociendo la derrota, en vez de aperebir, el juez se inventa una fórmula. Así sucedió con la orden de reincorporación de una dirigente sindical cuyo despido fue calificado de antisindical, en que el tribunal manda a “[q]ue las sociedades vencidas deberán reubicar en su anterior instalación a la dirigente aforada afectada dentro de quinto día de ejecutoriado el presente fallo, y, en el evento, que ello no fuere posible, atendido lo señalado en el considerando vigésimo cuarto, se condena a las demandadas al pago de \$1.898.166, por concepto de indemnización compensatoria”, Sentencia T- 34-2010, del segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

<sup>10</sup> Mensaje del Ejecutivo N° 4-350, en “Historia de la Ley 20.087”, p.26. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=245804&buscar=20087>

[fecha de la visita 21 de julio de 2011].

<sup>11</sup> En Chile, la Ley 19.069, de 1991, que “Establece normas sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva” -primera ley laboral post dictadura-, en materia de sanción por prácticas antisindicales introdujo una norma, similar a la que estudia este trabajo, y que no tuvo desarrollo doctrinal ni en la jurisprudencia,

Para la búsqueda de respaldo normativo y teórico de las medidas de reparación como obligaciones constituidas por obligaciones de hacer y de no hacer, que ya existían en la práctica porque empezaron a ser decretadas por los jueces laborales chilenos, se estima especialmente importante revisar el Derecho Internacional Interamericano, al que pertenecen las medidas de reparación conocidas como “medidas positivas no materiales”. Constituyen un desarrollo particular del Sistema Regional de Derechos Humanos, caracterizado por ser una forma en que los Estados reparan las violaciones de derechos humanos por las que hayan sido condenados, diversa a la entrega de una suma de dinero, y que cuenta con un debate arduo en dicha sede, sobre su legitimidad, méritos y defectos, de manera que resulta ilustrativo para instalar una discusión semejante en la jurisdicción laboral.

Por otra parte, si el encuadre del problema se plantea sobre la base de la crisis del Estado Nación para contener un poder que excede sus fronteras, parece imprescindible atender a las respuestas del Sistema Internacional al que pertenece Chile: el Interamericano, ya que es válido pensar que esa escala de justicia será un frente importante para responder al que es un problema de dimensiones globales.

Con esas razones se propone el capítulo I. Allí se encuentra la exposición de cómo las “medidas positivas no materiales” se crean en el Sistema Interamericano con el fin específico de reparar derechos fundamentales, y se constituyen principalmente como medidas de hacer y de no hacer. Los derechos fundamentales se vuelven de esta forma el núcleo común entre la normativa laboral de tutela internacional y chilena, y éste tipo de obligaciones de hacer y de no hacer, una forma de reparación propia.

Pero, además, del Sistema Regional proviene la “obligación internacional de garantía” de los derechos fundamentales, que compete a los Estados parte, entre ellos Chile, de manera que junto con un debate teórico de interés se provee de un fundamento normativo de las más alta jerarquía a los planteamientos de esta tesis. La reparación no monetaria, como se explicará en el primer capítulo es la expresión más desarrollada de esta obligación internacional de garantía de los derechos, y ordena al Estado a que por medio de todos sus poderes garantice la efectiva vigencia de los derechos fundamentales contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese sentido, la norma de la Reforma Procesal chilena que le da competencia al juez para definir y modelar medidas de reparación distintas a la indemnización es una forma a través de la cual se cumple la obligación internacional de garantía del Estado. La garantía de los derechos explica otro rasgo particular de esta forma de reparación: el que se hace cargo de crear un estado de cosas hacia el futuro que impidan la repetición de la vulneración de derechos, cambiando

---

pese a que, según se explicara, su intención fue “agreg[ar] como mecanismo destinado a darle eficacia a la tutela de la libertad sindical, la obligación del juez de disponer la subsanación o enmienda de los actos constitutivos de las prácticas desleales o antisindicales, con la excepción de los casos en que la conducta hubiere importado la terminación del contrato, en cuyo caso el monto mínimo de la multa a aplicar se aumentó”, TOLEDO CORSI, César, *El derecho de sindicación y su protección. Su tratamiento en los distintos modelos normativos que han regido en Chile*”, en la obra colectiva *Cincuenta años de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Homenaje*, (Irene Rojas Miño, coordinadora), Abeledo Perrot/Legalpublishing, Santiago de Chile, 2011. Copia facilitada por el autor.

de signo respecto a la indemnización como reparación, que sólo busca compensar un daño perpetrado y, por tanto, mira hacia el pasado.

El desarrollo de lo anterior ocupará el primer capítulo y, en ese sentido, ofrece alguna información que puede tener interés desde el punto de vista europeo. Las cuestiones estudiadas se centran en Chile y su sistema internacional de referencia<sup>12</sup>, ya que la respuesta teórica propuesta a la reparación se vincula al argumento del exigido diálogo entre juez local e internacional, planteado en el ámbito regional interamericano. Este capítulo, además de fijar el contexto en el que se desenvuelve el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, al que pertenece Chile, revisará su jurisprudencia más relevante en materia laboral y de reparaciones no monetarias. A partir de él, se constatará que tipo de ciudadanía consagra para efectos de derechos laborales, su manejo en las medidas de reparación de las que son demandas redistributivas (básicas y propias del mundo del trabajo), a las que ha incorporado la satisfacción de demandas de reconocimiento de otros grupos subalternos como las mujeres, los migrantes o los pueblos originarios<sup>13</sup>, que dan cuenta de un profundo significado simbólico que caracteriza a la reparación no económica, y que pueden ser interesantes para el Derecho del Trabajo, dado que los problemas de grupos con identidades específicas dentro de la “clase trabajadora”, son parte de sus focos de interés actual y que han enriquecido sus objetivos. Se mostrará el modo en que la Corte Interamericana abre el proceso a la voz de las víctimas para definir sus reparaciones y se ofrecerá un paralelo con la evolución del proceso laboral, en que la intervención de los sujetos colectivos o incluso de otros grupos de defensa de intereses determinados, desdibujaron desde un comienzo la idea de que ser titular de un derecho es una “carta de triunfo”, es decir, que “tener un derecho” es precisamente ejercer algo en contra de todos, sin pensar en sus repercusiones respecto del bien común, siendo más bien este el paradigma de un derecho, el de la propiedad decimonónica.

Finalmente, se buscarán los criterios que hacen idóneas las medidas de reparación no monetarias y se confrontarán con las principales sentencias sobre reparaciones no monetarias dictadas en juicio de tutela de derechos fundamentales por los jueces laborales chilenos hasta ahora.

La siguiente pregunta que surge al hilo de lo expuesto remite a cómo un modelo de relaciones laborales garantiza los derechos. La respuesta básica indica que asegurando un sistema de tutela autónoma y, en paralelo, con una serie de intervenciones que constituyen la tutela heterónoma brindada por el Estado a través de la ley, la Autoridad Laboral y la judicatura. El ordenamiento vigente en Chile da la primera respuesta acerca de por qué medidas de reparación no monetaria decretadas por el juez en acciones de tutela de derechos fundamentales pueden resultar tan llamativas y ocupar un lugar relevante para la garantía de los derechos. Su importancia se ve aumentada por las dos características de base de su sistema laboral. La primera de ellas: la falta de un Derecho Colectivo sólido, que permita una organización sindical que dé lugar la tutela autónoma de los trabajadores.

---

<sup>12</sup> El otro ámbito es el de la OIT, que es el mismo al que pertenece España y, por ende, es un análisis completamente conocido en España.

<sup>13</sup> Que en este último caso ha llevado incluso a reconstrucciones del derecho de propiedad y de ahí que no sólo se trate de reparaciones simbólicas de muy baja intensidad con respecto a la redistribución del poder dentro de la sociedad.

El Libro IV del Código del Trabajo chileno, sobre la negociación colectiva, ha sobrevivido sin modificaciones relevantes desde que fue diseñado durante la dictadura, por medio de los decretos leyes N°s 2.756 y 2.758, ambos de 1979, conocidos por el nombre de “Plan Laboral”. En él se deja al sindicato y a la negociación colectiva centrados en la empresa, y al derecho de huelga como uno de carácter legal, conformado como una etapa dentro del procedimiento de negociación colectiva, dentro de cada empresa.

Semejante fisonomía de las relaciones colectivas es decisiva dentro de un sistema de relaciones laborales, tal como lo explicara el autor del “Plan Laboral”. “El Derecho y la normativa laboral tienen dos grandes ramas. Es necesario decirlo porque no todo el mundo lo sabe ni tiene por qué saberlo. Una de las ramas mira a la relación individual entre empleador y el trabajador (...). En Chile todas estas materias fueron objeto de regulación en el decreto 2.200, que estaba promulgado y en vigencia antes de que entrase al Ministerio del Trabajo. La otra rama del Derecho laboral corresponde al Derecho Colectivo del Trabajo y es ésta el área que el Plan Laboral iba a cubrir. El Plan Laboral no tiene nada que ver con el Derecho Individual del Trabajo. El Plan Laboral en realidad es única y exclusivamente un plan sindical y si no lo bautizamos así fue porque nos pareció que las dos palabras no sonaban bien. Era mucho más hermoso el título Plan Laboral”<sup>14</sup>.

El segundo rasgo caracterizador, es la ausencia de un sistema de estabilidad del empleo. El chileno ha sido calificado de “estabilidad laboral precaria”<sup>15</sup>, en oposición al sistema de estabilidad real, según la cual debe considerarse estable toda relación que subordine la legitimidad y eficacia de la resolución a la existencia de circunstancias objetivas y predeterminadas y, en el plano procesal, que confíe al juez la calificación de tales circunstancias y la posibilidad de remover los efectos del despido ilegítimo<sup>16</sup>.

El sistema chileno no considera la figura de los despidos colectivos y la indemnización por años de servicio sólo se contempla ante la causa referida a “necesidades de la empresa”<sup>17</sup>. Sobre ésta se ha dicho “que por su diseño normativo y sin control judicial efectivo, corresponde a un verdadero libre despido encubierto. En efecto, la causal de necesidades de la empresa está redactada en términos tan vagos y amplios, que cualquier circunstancia económica puede ser calificada como tal, ya que la ley expresamente señala que se considerarán por tales las ‘derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones de mercado o de la economía, que

---

<sup>14</sup> PIÑERA ECHEÑIQUE, José, *La revolución laboral en Chile*, Editorial Zigzag, Santiago de Chile, 1990, pp. 22 y siguientes.

<sup>15</sup> ROJAS MIÑO, Irene, *Manual de Derecho del trabajo. Derecho individual*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 232 y siguientes.

<sup>16</sup> Definición de dicho sistema dada en Italia por la Sentencia de casación N° 1268, del 12 de abril de 1976.

<sup>17</sup> Contenida en el artículo 161, inciso 1° CTCH: “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 de 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”.

hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores’, cuestión que hace muy difícil discutir judicialmente la existencia o no de una determinada causal. A lo anterior, cabe agregar que por ser una causal que tiene como efecto jurídico automático el pago de la indemnización legal por el término de contrato (art.161 CT), el incentivo para su impugnación judicial es inexistente: de ganar el largo proceso judicial respectivo la ley señala que el empleador derrotado debe pagar la misma indemnización legal que ya debía por el sólo hecho de utilizar la causal necesidades de la empresa, pero aumentada en un 30 por ciento (art. 168 CT)”<sup>18</sup>.

Por todo ello, la protección proveída por la judicatura laboral se torna esencial. La centralidad de medidas de reparación, de eminente carga simbólica y de signo contrario al ejercicio arbitrario de un poder privado, que campea casi sin trabas en Chile, es probablemente poco comprensible en sistemas como suelen ser los europeos, en los que la protección del trabajador ha corrido principalmente por la vía autónoma, sin perjuicio de una muy potente también, brindada por el Estado, de carácter heterónomo.

Dado este escenario legislativo tan débil, se revela como esencial, y a ello se dedicará el Capítulo II, al análisis de una serie de figuras vinculadas a la autonomía: el poder privado al que los derechos fundamentales pretenden regular, los diversos pesos políticos de los derechos fundamentales específicos e inespecíficos, y el modo en que éstos se relacionan y construyen diversos significados de ciudadanía.

En base a la noción de ciudadanía como posibilidad concreta de ejercicio de derechos dentro de la relación laboral, desarrollada en profundidad por la doctrina italiana, se intenta obtener el fundamento teórico de las medidas de reparación no monetarias, cuyo fin último es la eficacia de los derechos, y su fracaso, la compensación económica por su no ejercicio.

Como el método de análisis de este capítulo atiende a las diversas formas de tutela que poseen los sistemas de relaciones laborales: autónoma y heterónoma, como una especie de anexo se dará cuenta de la Reforma Laboral 2012 española<sup>19</sup>, para verificar si se trata de una ruptura al sistema de equilibrios, y de la consagración de una fuerza contraria a todo lo sostenido por esta tesis, ya que implica una acentuada individualización de las relaciones laborales, una opción decidida por la compensación económica (aunque cada vez más disminuida esta última), representando en su conjunto una pérdida de valor del puesto de trabajo dentro de la sociedad, guiada peligrosamente por la suposición de un fin común: la creación de empleo.

El Capítulo III y final se adentrará en el problema procesal como instrumento imprescindible de garantía. Si, como se afirma en esta tesis, son las órdenes de hacer y de no hacer como reparación contenida en una sentencia condenatoria en juicio de derechos fundamentales la mejor forma de garantía de estos derechos, se vuelve imprescindible

---

<sup>18</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, *Derecho del trabajo, Flexibilidad laboral y Análisis Económico del Derecho*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 40. Aunque la afirmación sobre la larga duración de los procesos judiciales hace referencia a los tiempos que se manejaban previos a la Reforma Procesal en comento, que se redujeron ostensiblemente, lo que incide hoy favorablemente en la decisión de recurrir a tribunales.

<sup>19</sup> Introducida por medio del Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la Ley 3/2012, de 6 de julio e igual denominación.



analizar qué forma de ejecución es adecuada para este tipo de obligaciones. Se partirá de la revisión de diversos modelos en el Derecho Comparado dando cuenta del debate que implicaron, uno muy clarificador a los efectos de esta tesis, pues de un lado surge el liberalismo señalando que nadie puede ser compelido a un hecho en contra de su voluntad y prefiriéndose la condena dineraria sobre la personal, y, de otro, cómo esto fue tomado por el capitalismo que lo transformó en homogeneidad de bienes, formas de reparación y cauces procesales: todos los bienes son susceptibles de ser compensados por la entrega de una suma de dinero.

A continuación se revisará el proceso español fundado en la tutela judicial efectiva, la forma en que consagra el cumplimiento en sus propios términos de las sentencias condenatorias y cómo desarrolla este mandato normativamente.

La obligación de readmisión será revisada en su irrupción como subversión de los valores economicistas, marcando el punto en que el Derecho del Trabajo incorporó su propia reflexión respecto de la protección de la voluntad libre del infractor y de la compensación económica como reparación paradigmática de los derechos, que tuvo un reflejo señalado en la discusión procesal que desplegó, que se referirá también en la sección. Cerrando con la constatación de qué fue lo efectivamente recuperado de todo ello por la ley procesal española.

Como último caso de estudio, se dará cuenta de la política de igualdad de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOIHM), y en especial los relacionado a los llamados “Planes de Igualdad”, que reciente doctrina ha propuesto como posibles condenas judiciales para casos de vulneración de este derecho constitucional y que se conforman por obligaciones de hacer y de no hacer para el empleador<sup>20</sup>. Representativa de una política potentemente dirigida a las demandas de reconocimiento de un grupo -sin perjuicio de sus efectos redistributivos-. De ser adoptadas como medidas condenatorias para casos de discriminación entre hombres y mujeres en el trabajo, podrían describir uno de los puntos más próximos del ordenamiento jurídico español con las medidas de reparación no monetarias chilenas, tanto por ser una manifestación de la búsqueda de la igualdad real, como por pretender generar una cultura de derechos y creación de condiciones favorables a su ejercicio.

Así se concluirá el estudio de la normativa española sobre ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer, dentro de un marco constitucional que se toma de un cierto contenido decantado luego de un intenso debate sobre el derecho al trabajo, del artículo 35 de la Constitución española (CE) y de la Tutela Judicial Efectiva, consagrada en su artículo 24, que ha devenido en una concepción renovada acerca del proceso, pero apuntando también lo que la doctrina española ha planteado como perfectible, de todo lo cual se pretenden extraer categorías replicables en Chile. La justifican del excurso que se propone hasta llegar al problema procesal planteado como objeto primero: la ejecución, pretende verificar

---

<sup>20</sup> Aquí también hubo una opción de delimitación del objeto pues las medidas de higiene y seguridad habrían admitido un paralelo interesante como modelos de obligaciones de hacer y de no hacer, pero carecen de un elemento relevante para la tesis, que es explicar las demandas de reconocimiento de identidad de grupos subalternos, que se integran a las reivindicaciones sobre condiciones de trabajo, y que cobran sentido a la hora de la reparación no monetaria. Por otro lado, en las obligaciones de higiene y seguridad incide de forma importante la intervención de la Autoridad Laboral, figura tutelar que no releva en el argumento de esta tesis.

si está pensada en una lógica de reparación “monetizada” o “monetarizada”<sup>21</sup> como vía absolutamente preponderante, la cual estaría entonces acompañada de las características de mirar sólo al pasado y carecer de interés en torno a si resulta funcional a la perpetuación de la situación que originó la lesión<sup>22</sup>. Estudiar la ejecución, que fue la ausencia que me llevó a pensar en esta tesis, responde a una idea vieja pero nunca superada. “El mejor Derecho del Trabajo se reducirá a papel mojado si no se puede hacer efectivo ante los Tribunales. La prueba de bondad de un Derecho no está en su contenido y formulación, sino en su posibilidad de ejecución”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Ambos neologismos son usados en España, provenientes del italiano “monetizzazione”. Según el diccionario italiano Virgilio, “monetizzare” significa: “1. Traducir en términos de moneda; valorar una cosa en su equivalente en dinero: *un daño que monetizado, vale un total de cincuenta mil euros*. 2. Traducir en términos monetarios, cambiar por dinero, también referido a valores no económicos: monetizar la salud, el tiempo libre, las vacaciones”. Disponible en: [www.virgilio.it](http://www.virgilio.it).

<sup>22</sup> Como última advertencia de la parte introductoria, las traducciones de la bibliografía del italiano pertenecen a quien suscribe esta tesis, decisión que se debe a que este material ocupa gran parte de las fuentes consultadas, de manera que transcribirlas en su idioma original, hacía posible generar una barrera con el lector.

<sup>23</sup> SINZHEIMER, Hugo, “El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, (Felipe Vásquez Mateo traductor y director), Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1984, p. 53.

## CAPÍTULO I

### “LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL SIGNIFICADO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS Y LA FUNCIÓN DE LA REPARACIÓN”.

#### I. Introducción.

El acercamiento que pretende este capítulo nace de la percepción de que, si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) no ha fallado un gran número de casos que sean estrictamente laborales, dado que sus principales sentencias en la materia se han producido en el marco de graves crisis institucionales en los países donde se originan los hechos a juzgar, ello es consecuencia de condicionantes históricos que no impiden futuros pronunciamientos de contenido laboral. Pero sobre todo, que, a día de hoy, el desarrollo que ha realizado delimitando la obligación de garantía de sus Estados miembros respecto de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969; y su interpretación de la reparación conformada por “medidas positivas no materiales”, ofrecen una base jurídica de la más alta jerarquía para la teoría de la reparación no monetaria de los derechos fundamentales propuesta en esta tesis.

#### A) Contexto de creación.

El Sistema Interamericano surge de una manera que ha sido calificada de “poco ortodoxa”, con el establecimiento de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1959, a través de la Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile, antes de existir un tratado de derechos humanos. Más tarde, el Sistema fue institucionalizado formalmente por medio de la adopción de un tratado, cuando entró en vigor la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), suscrita el 22 de noviembre de 1969, la que incorporó a la Comisión y creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>24</sup>. El modelo adopta la estructura configurada en la Convención Europea, el que contemplaba también una Comisión y una Corte, como dos instituciones encargadas de velar por el respeto a los compromisos contraídos<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte”, *Anuario de derechos humanos Universidad de Chile*, N° 7, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 1.

Disponible en <http://www.cd.h.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario07/07-MEDINA.pdf> [fecha de la visita 21 de julio de 2011].

<sup>25</sup> NIKKEN, Pedro, “Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin reformar al Pacto de San José”, en la obra colectiva *El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, (Juan E. Méndez y Francisco Cox editores), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San

La Convención Americana asigna a la Corte Interamericana “una función contenciosa o jurisdiccional y otra consultiva. El ejercicio de la primera le permite a la Corte IDH resolver las demandas contra un Estado parte por violaciones de derechos o libertades protegidos por la Convención”<sup>26</sup>. Actualmente, se han agregado otros instrumentos, contenedores de derechos que permiten fundar una denuncia ante la Comisión y eventualmente ser llevados ante la Corte. Uno de ellos es el Protocolo de San Salvador, el cual en su artículo 19 N° 6, indica que los derechos establecidos en sus artículos 8 a), libertad sindical y 13), derecho al estudio, pueden dar lugar al sistema de conocimiento de casos, que es aquél regulado en los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana<sup>27</sup>.

La función consultiva “es ejercida por la Corte IDH a través de opiniones consultivas en las que establece la interpretación de cláusulas de la Convención y de cláusulas de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos. Por este mecanismo la Corte IDH también expresa opinión sobre la compatibilidad entre leyes de los estados parte y los instrumentos internacionales mencionados”<sup>28</sup>.

Finalmente, posee una función cautelar, pudiendo adoptar medidas provisionales, ante supuestos de extrema gravedad y urgencia “orientadas a evitar daños irreparables a las personas, aun antes de que se establezca la violación del derecho o incluso cuando el caso no ha llegado a conocimiento de la Corte IDH”<sup>29</sup>.

Considerar el contexto en que se crea un Sistema Internacional, es crucial para su correcta intelección, pues éstos se crean con objetivos y en escenarios determinados, y como apunta la profesora Cecilia Medina, asimismo todo el Derecho, que no surge ni del vacío ni de la nada. “Una organización internacional nace cuando existe un propósito común entre un

---

José, Costa Rica, 1998, p. 27. La Comisión Europea de Derechos Humanos funcionó desde 1954 hasta 1998, en que fue eliminada por medio del Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>26</sup> PELLEGRINI, Lisandro, “El incumplimiento de las sentencias del Sistema Interamericano”, en la obra colectiva *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, (Kai Ambos y Ezequiel Malarino, editores), Konrad-Adenauer, Tomo I, Montevideo, Uruguay, 2010, p. 82.

<sup>27</sup> Estos son los indiscutidos, pues tienen texto expreso. A diferencia de lo que ocurre con una serie de otros instrumentos internacionales en los que se ha generado un intenso debate sobre si hay competencia o no, producto de la deficiente redacción del artículo 23 del Reglamento de la Corte, que ha generado también falsas expectativas respecto de las posibilidades de tutela del Sistema. “Lo cierto es que hoy tanto la interpretación que se ha dado como la práctica, nos indican que la competencia de la CIDH recae únicamente sobre los tratados que le otorgan expresamente esa competencia y respecto de las disposiciones que dichos instrumentos concretamente señalen. Esta afirmación se realiza sin perjuicio de que la CIDH pueda interpretar los artículos convencionales a la luz de otros instrumentos internacionales”, ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés, “Alcance de la competencia contenciosa de la Corte a la luz del artículo 23 de su reglamento”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 14, Bogotá, Colombia, 2009, p. 23.

Disponible en:

[http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S169281562009000100005&lng=es&nrm=](http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169281562009000100005&lng=es&nrm=)

[Visitado el 20 de diciembre de 2011].

<sup>28</sup> PELLEGRINI, Lisandro, “El incumplimiento...”, op. cit., pp. 82 y 83.

<sup>29</sup> PELLEGRINI, Lisandro, “El incumplimiento...”, op. cit., p. 82.

grupo de Estados para solucionar problemas que trascienden sus fronteras. Por ello, las normas y disposiciones que la regulan se crean dentro de las circunstancias políticas, sociales y económicas existentes en esos Estados. La Unión Panamericana -predecesora de la Organización de Estados Americanos, no tenía, sin embargo, ese propósito común. Los Estados Unidos de Norteamérica deseaban proteger sus intereses económicos a través de normas regionales que crearan mecanismos pacíficos de solución de conflictos: los demás Estados pretendían consagrar en una norma internacional, el principio de no intervención. Cuando se adoptó la Carta de la OEA [Organización de Estados Americanos], los intereses de Estados Unidos se habían extendido de manera impresionante, más allá de Latinoamérica y, por lo tanto, la preocupación principal de los demás Estados era la de paliar, de algún modo, el desequilibrio económico entre Estados partes del continente americano, puesto que ellos, dependían significativamente de Estados Unidos en materia económica. Por otra parte, ni Estados Unidos ni Latinoamérica en su conjunto, poseían, además de estos objetivos, un interés real y genuino por los derechos humanos y por el perfeccionamiento de la incipiente democracia que existía en esa época”<sup>30</sup>.

Al crearse un sistema de protección más concreto como el de la Convención Americana de Derechos Humanos, se generó un sistema regional dual con dos grupos de fuentes, ya que no todos los países participantes de la OEA ratificaron la Convención<sup>31</sup>. “De una parte está el sistema general, aplicable a todos los Miembros de la OEA, contenido en la Carta de la Organización, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sistema general cuyo único órgano de salvaguarda es esta última. De la otra, está el sistema más exigente que emana de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga únicamente a las partes en dicho contrato y cuyos órganos de protección son la misma Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>32</sup>.

## **B) Por qué buscar el referente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.**

No obstante lo señalado al inicio, en cuanto a que la jurisprudencia de la Corte no ha resuelto un gran número de casos relacionados a derechos sociales, sí posee experticia y ha creado un desarrollo propio relacionado con las formas de reparación de lesiones de derechos fundamentales. En particular nos referimos a las llamadas “medidas positivas no materiales”, que forman parte del modo en que un Estado debe enfrentar su

---

<sup>30</sup> MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Los cuarenta años de la Convención Americana de derechos humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009, pp. 15 y siguientes. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/anuario2009.tpl> [fecha de la visita 16 de mayo de 2010].

<sup>31</sup> No han ratificado Estados Unidos, Canadá y la mayoría de los países angloparlantes del Caribe, NIKKEN, Pedro, op. cit., p. 28. Para obtener un listado actualizado de países firmantes, ratificaciones, reservas y otros, ver <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>

<sup>32</sup> NIKKEN, Pedro, op. cit., p. 28. En este sentido es atendible la crítica a la denominación “Sistema Interamericano”, pues es evidente que salvo México, el norte de América no participa y, por tanto, se trata de un sistema de países latinoamericanos.

responsabilidad internacional por violaciones a derechos fundamentales, distintas a las indemnizatorias. El por qué se debe atender a dicho desarrollo antes que a otros sistemas de responsabilidad conocidos y tradicionales de los Derechos nacionales, es algo que pretendo justificar en este capítulo.

Una razón básica se enlaza con el punto inicial de mirada que considera que la reflexión sobre los derechos fundamentales debe ir penetrando en las distintas disciplinas. “Cuando se habla de la comprensión de los derechos humanos se trata, a mi juicio, de explicarlos desde su raíz y en todas sus dimensiones para entender su origen, su fundamento, su estructura y su función en la sociedad, en el poder político y en el Derecho. Es una tarea que compete en primer lugar a la filosofía moral, política y jurídica, esta última, tanto en su dimensión de teoría de la justicia como de teoría del Derecho, que se completa con la acción de diversas ramas de la ciencia jurídica, como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Procesal, el Derecho del Trabajo e, incluso, el Derecho privado, civil o mercantil. Se ha dicho que la función del pensamiento es integrar y, en este supuesto, esa verdad aparece muy nítidamente.”<sup>33</sup>.

La integración teórica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el tratamiento de los sistemas nacionales a la misma materia, es una armonización de niveles requerida y a la que el Estado y, muy particularmente, el Poder Judicial deben propender, si se tiene en cuenta que el rol que el Sistema Interamericano le exige a los Estados “es el de cumplir las resoluciones emanadas del mismo y de hacer operativas a nivel interno las cláusulas constitucionales que recogen estándares internacionales.”<sup>34</sup>.

El contenido de este capítulo se irá desarrollando con una breve exposición de la historia del Sistema Interamericano, con especial énfasis en los casos que han vinculado a Chile. A continuación, se explicará qué es lo que dicho Sistema exige de los países miembros, en

---

<sup>33</sup> PECES-BARBA, Gregorio, “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y de Derecho”, en la obra colectiva *El fundamento de los derechos humanos*, (Javier Muguerza y Gregorio Peces Barba, coordinadores), Editorial Debate, Madrid, España, 1989, p. 266. Continúa explicando que “[c]ualquier intento de fundamentar o de explicar los derechos humanos exclusivamente desde alguno de esos puntos de vista, que son todos necesarios pero ninguno suficiente, conduce a reduccionismos que impiden la comprensión. Así nos encontramos con aproximaciones que describen el funcionamiento del Derecho internacional de los derechos humanos, probablemente la más extendida, o de un Derecho estatal, o de varios en una aproximación de Derecho comparado con sus fuentes, con sus garantías y técnicas de protección. Es un reduccionismo de la comprensión, que se agota en el análisis del Derecho positivo sin ahondar en sus fundamentos ni en sus orígenes, sólo se describe la función. Se contesta el ‘para qué’ y no el ‘por qué.’”. Destaco que lo compartido es el punto de inicio, el intento de satisfacer la necesidad de integrar el conocimiento, y no el punto de llegada del planteamiento del profesor Peces Barba, quien tiene una postura contraria a la calificación de los derechos sociales como derechos humanos, basado en la escasez de recursos, cuya crítica se tratará en el Capítulo III, sección quinta.

<sup>34</sup> GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas”, *Revista de Derecho Universidad del Norte* N° 16, Baranquilla, Colombia, 2001, p. 3.

Disponible en: [http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/search\\_result](http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/search_result)  
[fecha de la visita 8 de julio de 2011]

particular el contenido de la obligación estatal de garantía y el papel particularmente importante de los jueces nacionales en ese sentido. Finalmente, nos detendremos en cómo la Reforma Procesal Laboral chilena de 2008 contribuye al cumplimiento de ese deber general del Estado de garantizar los derechos fundamentales y, en especial, cómo con la nueva acción de tutela simultáneamente se satisface un binomio clave de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH): el derecho a la protección judicial con las debidas garantías procesales (artículos 25 y 8 de la CADH), en el marco del proceso de modernización de la justicia en que la Reforma Procesal Laboral se inserta.

La Reforma viene de esta forma a corregir un diagnóstico negativo en relación a las normas e instituciones de aplicación y control, que recae sobre Latinoamérica. “En el marco de la histórica tendencia de no efectividad de las normas en los sistemas de protección laboral de los países de la región, las reformas sustantivas no fueron acompañadas por modificaciones de análoga intensidad en los aparatos y procedimientos concebidos para su aplicación (inspección del trabajo, justicia del trabajo, etcétera). Pese a que esa carencia es reconocida desde las más diversas expresiones del pensamiento, no parece una audacia pensar que quienes impulsaban los procesos de reforma claramente orientados a reducir la intensidad de los regímenes tutelares no deseaban reducir correlativamente el margen de ‘flexibilidad de hecho’-de ilegalidad tolerada y no efectividad que, sostiene BENSUSÁN, obedece entre otras causas a fallas en los diseños y estrategia e instancias o mecanismos encargados de la aplicación de las reglas, en especial de la inspección del trabajo y del sistema de justicia laboral-.”<sup>35</sup>.

Una explicación de por qué es determinante el buen desempeño del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales radica, entre otras cosas, en que la responsabilidad internacional del Estado, con el advenimiento de la democracia y la entrada en escena de nuevas materias de interés, encaja en un ya depurado concepto de la obligación estatal de garantizar el respeto a los derechos humanos, que comprende el deber de garantizar tanto si la acción lesiva proviene del mismo Estado o de un particular, lo que implica una obligación mucho más compleja y que involucra a todos los poderes del Estado.

En ella, un punto particularmente sensible será el desempeño de los tribunales de justicia nacionales en su actividad de impartir justicia eficaz, oportuna y provista de procedimientos ajustados a las características propias de los derechos fundamentales.

Lo recién afirmado, se hizo patente en la última sentencia adversa a Chile por parte de la Corte Interamericana, caso “Atala Riffo y niñas versus Chile”<sup>36</sup>, en que se condena al país por actuaciones de su Poder Judicial, en relación a la señora Karen Atala. Se trata de una

---

<sup>35</sup> GOLDIN, Adrián, “Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 14, 2010, p. 97. Sin embargo, no compartimos con el autor en absoluto su diagnóstico con respecto a la realidad chilena, en que califica de “reforma procesal menor” a aquella que se implementó en la justicia laboral, ya que se trata de una reforma que implicó un avance sustantivo respecto de lo que existía, tanto porque, como se podrá apreciar, produjo un cambio sustancial en los plazos de tramitación como porque incorporó figuras ceñidas al tipo de derecho que se pretenda ejercer. Con ello aludo principalmente a las figuras del procedimiento monitorio (artículo 496 y siguientes del CTCH) y de tutela de derechos fundamentales (artículo 485 y siguientes del CTCH).

<sup>36</sup> Caso Atala Riffo y Niñas versus. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N°. 239. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=381> [fecha de la visita 5 de marzo de 2012]



jueza chilena, quien fue demandada por su ex marido por la obtención del cuidado personal de las hijas en común, fundado en que la señora Atala había comenzado una convivencia lésbica. La condena a Chile fue por la aplicación de la ley, al haberse creado una categoría por parte del Poder Judicial, cual es la orientación sexual, para privar de derechos a una persona, en este caso tan importante como el cuidado de los hijos. La Corte Interamericana fue muy clara al señalar que no constató que fuera la ley chilena la que contuviera elementos discriminatorios, sino que en diversas actuaciones de los Tribunales se discriminó a la jueza, incluida una investigación disciplinaria que se origina en un hecho ajeno a su labor profesional: su relación de pareja. Aspecto sumamente atractivo considerando que esta potestad tiene que ver con la relación laboral de la magistrada con sus superiores, y cuyo ejercicio fue sintomático de las concepciones que sobre discriminación detenta el más alto tribunal de Chile, en sus prácticas cotidianas.

Es por ello que la Corte no ordenó, en el capítulo reparaciones, modificación a la ley. Pero sí capacitaciones permanentes sobre “i) derechos humanos, orientación y discriminación, ii) protección de los derechos de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI), y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI”. Precizando que “los cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.”<sup>37</sup>. Continúa especificando que “[d]entro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente sentencia y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención. Debe ponerse especial atención para este efecto, en normas y prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales.”<sup>38</sup>.

El funcionamiento coordinado del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos con aquellos nacionales es, además, una necesidad para responder adecuadamente a la forma en que las violaciones de derechos fundamentales se producen en la actualidad, y que se presenta de un modo agudizado en materia laboral. Lo anterior ya se vislumbraba en 1996, cuando en un Seminario para tratar los problemas y desafíos del Sistema Interamericano ante una nueva realidad en América de gobiernos elegidos por elección popular, se enfatizaban fenómenos de directa repercusión en el mundo del trabajo. “Efectos de la globalización, la liberalización, la regionalización, la desregulación y la privatización sobre el goce de los derechos humanos (...) los sectores pobres y desfavorecidos de la sociedad han sido afectados adversamente por esas tendencias, y que eso ha perjudicado el goce y el ejercicio de sus derechos económicos y sociales (...) la privatización de vastos sectores de la sociedad ha creado la necesidad de establecer que las

---

<sup>37</sup> Párrafo 271.

<sup>38</sup> Párrafo 272.



compañías privadas tienen responsabilidad y deben atenerse a ella, puesto que sus acciones pueden afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos individuales”<sup>39</sup>.

## II. Breve historia del Sistema Interamericano y el caso chileno.

Como se expusiera en el apartado anterior, la Corte Interamericana surge sobre la base de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del hombre, adoptada en 1948; y, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como órgano, creada en 1959. Comienza a operar en 1978, mismo año en que culmina el proceso de elaboración de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>40</sup>, donde junto con la Comisión Interamericana es establecida como órgano de control del cumplimiento de los derechos humanos internacionales que consagra aquél instrumento.

Si bien las intenciones de los países de la región al decidir vincularse por instrumentos jurídicos internacionales eran los ya explicados, el contexto en el que empezó a funcionar fue el de las numerosas dictaduras que gobernaban en la zona, por lo que se trataba de un escenario adverso en términos absolutos a su actuación. En otras palabras: debieron abocarse al conocimiento de casos dentro de un cuadro de violaciones masivas y sistemáticas, muy particularmente la desaparición forzada, que eran supuestos que ni siquiera se habían tenido en perspectiva al momento de redactar la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>41</sup>.

### A) Actuaciones del SIDH durante la dictadura (1973-1988).

Sin embargo, lo hasta aquí aseverado debe ser relativizado respecto al caso chileno. Por lo menos en lo que respecta al tratamiento de las denuncias realizadas contra Chile durante la dictadura, vistos sus resultados concretos. Así, podemos observar que “[e]n general, el número de denuncias relacionadas con la dictadura militar vivida en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 marzo 1990, que no alcanzan las 170, es menor, si se compara con la dimensión de los crímenes originados a lo largo del régimen castrense y sus ulteriores consecuencias (...). En términos prácticos, las denuncias mayoritariamente no prosperaron, la Comisión postergó indefinidamente el análisis de los casos, a la espera de más antecedentes<sup>42</sup>. En otros casos, si las personas eran puestas en libertad o el Estado informaba determinados antecedentes que daban cuenta del paradero de la víctima o su condición, la Comisión archivaba la causa<sup>43</sup>, sin observar la precaria situación de seguridad

---

<sup>39</sup> Reconstrucción de la intervención de ROBINSON, Patrick L., en el panel sobre “La estructura del Sistema Interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos. Evaluación y desafíos”, en la obra colectiva *El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 89.

<sup>40</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Exigencia comparadas de justiciabilidad*, Serie de Derecho Humanos y Estado de Derecho, Ginebra, 2010, p. 1.

<sup>41</sup> MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Los cuarenta años de la Convención...”, op. cit., p. 21.

<sup>42</sup> A modo de ejemplo, casos N° 1.809, N° 1.810, N° 1.850, N° 1.878, N° 1.879, N° 1.884, N° 1.851, N° 1.864, N° 1.855, N° 1.859, N° 1.893, N° 1.931, N° 1.934, N° 1.936 y N° 1.939.

<sup>43</sup> A modo de ejemplo, casos N° 1.799, N° 1.848, N° 1.854, N° 1.861, N° 1.863, N° 1.865, N° 1.889, N° 1.885, N° 1.900 y N° 1.933.

en que se encontraban las víctimas, sin analizar si se habían cometido otros delitos en contra de ellas mientras permanecieron desaparecidas y sin requerir informes al Estado respecto de la situación vivida por estas personas. Además, si las víctimas eran puestas en libertad y luego exiliadas, el informe de exilio por parte del Estado era suficiente razón para archivar la causa<sup>44</sup>, desconociéndose explícitamente, que el exilio también constituye una vulneración de derechos esenciales.”<sup>45</sup>.

La Comisión no podía presentar posibles casos ante la Corte, porque Chile no era parte del Sistema, cuestión que cambia recién el 21 de agosto de 1990, momento en que ratifica y acepta la competencia de la Corte Interamericana. Es indispensable tener en cuenta que sólo la Comisión o un Estado contra otro, pueden presentar casos ante la Corte, de manera que el actuar de la Comisión repercute en el funcionamiento de ésta y en el desempeño total del Sistema. “La Comisión es competente para recibir y procesar denuncias sobre casos específicos en los cuales se alegan violaciones a los derechos humanos formuladas por cualquier persona, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales (ONGs) reconocidas por cualquier Estado miembro de la OEA. También puede interponer denuncias un Estado contra otro, pero ello sólo ha ocurrido en una oportunidad, cuando en 2006 Nicaragua presentó una denuncia en contra de Costa Rica”, la que fue desestimada por manifiestamente infundada<sup>46</sup>.

## **B) Actuaciones del SIDH llegada la democracia. Desde 1989 hasta la actualidad.**

Una vez tornada la democracia, en diciembre de 1989, y ratificada la Convención Americana, entramos a una etapa que se encuentra precedida por media década sin que se registren peticiones. Las denuncias presentadas en este período “se caracterizan por estar vinculadas con el resultado de los procesos judiciales seguidos en Chile por los crímenes perpetrados durante la dictadura militar y se traducen en reclamos por vulneraciones al derecho a la justicia, generados como consecuencia de la vigencia legal y la aplicación judicial del decreto ley de Amnistía (D.L. 2.191), en virtud del cual los tribunales chilenos finalizan las investigaciones judiciales sin determinar la verdad de lo ocurrido con víctimas desaparecidas y asesinadas, asegurando la impunidad de los responsables (...). Frente a las múltiples denuncias, la Comisión realizó acumulaciones y emitió los correspondientes informes de fondo<sup>47</sup>, en los que se continuó con la misma recomendación en orden a la necesidad de adecuar la legislación interna a las disposiciones de la Convención

---

<sup>44</sup> A modo de ejemplo, casos N° 1.886, N° 1.895 y N° 1.913.

<sup>45</sup> La información aquí expuesta ha sido facilitada por Karinna FERNÁNDEZ NEIRA, a quien agradezco, y forma parte de la investigación actualmente en curso sobre el tema “Denuncias presentadas ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos en contra de Chile, en el marco de las violaciones cometidas contra los derechos humanos durante la dictadura militar”, para el Institute for the study of the Americas, de la Universidad de Londres.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009, p. 12.

<sup>47</sup> Ver informe N° 34/96 e informe N° 25/98.

Americana sobre Derechos Humanos, dejando sin efecto el decreto ley N° 2.191 dictado en el año 1978.”<sup>48</sup>.

Pese a esto, es la labor de la Comisión la que tiene cierta relevancia, ya que la Corte sencillamente no tuvo ninguna. Como explica el profesor Felipe González<sup>49</sup>, hasta fines de los años '80 el núcleo del trabajo de la Comisión eran los informes de países. La Corte tenía pocos casos jurídico-contenciosos, a lo que se sumaba la falta de eficacia de las resoluciones de la Corte, cuya ejecución era una etapa irrelevante, puesto que la Corte cumplía a este respecto, emitiendo un informe por escrito ante la Asamblea General sobre el estado de mora. Por todo lo cual, a los países les interesaba sobre todo la acción de la Comisión Interamericana<sup>50</sup>.

Lo anterior permite matizar las reconstrucciones históricas del papel jugado por el Sistema Interamericano en lo que ha ido definiendo como su objetivo primero: responder a los crímenes masivos de las dictaduras, al ser interpelada por una realidad que no estaba prevista al momento de constituirse. En rigor, las sentencias condenatorias de la Corte, al menos respecto del Estado de Chile, lo contradicen. Tales fallos han tenido que ver no con los citados delitos, sino con materias bastante diversas: primero, fue condenado por vulnerar la libertad de expresión, en el caso conocido como “La última tentación de Cristo”, “Olmedo Bustos y otros versus Chile” (2001) y en el caso “Palamara Iribarne versus Chile” (2005). Luego, por libertad de acceso a la información pública en “Claude Reyes y otro versus Chile” (2006). Finalmente, el reciente y ya citado caso “Atala Riffo y niñas versus Chile” (2012) por violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón de orientación sexual, derecho a la vida privada, derecho a ser oído y violación de la garantía de imparcialidad. Es sólo en el año 2006 que se dicta la hasta ahora única condena por un caso vinculado a crímenes de la dictadura, en la sentencia “Almonacid Arellano versus Chile”.

Todo lo señalado, no obsta a que los fallos de la Corte declarando diversos derechos han sido muy bien valorados, en tanto “esta jurisprudencia ha excedido con creces el propósito primero con el que empezó a desarrollarse y ha significado un importante avance para el goce de los derechos humanos.”<sup>51</sup>. Y aunque hayan traído consigo una serie de tensiones. “Paradójicamente, otros conflictos serios se han originado por la decisión de los órganos del Sistema de diversificar sus preocupaciones, yendo más allá de su rol tradicional de confrontar violaciones masivas y sistemáticas. Decimos paradójicamente porque los propios estados han empujado (junto a otros actores, como las ONGs) al Sistema a abrirse en esta dirección. Esto ocurrió, por ejemplo, y como hemos relatado, con Chile a propósito del ejercicio de la libertad de expresión promediando la década de los noventa, cuando la Comisión comenzó a analizar críticamente las condiciones chilenas en la materia. Estas condiciones no decían relación en lo fundamental con la herencia de la dictadura, sino con la legislación más permanente; sin embargo, el gobierno procedió a descalificar a la Comisión [a propósito del Informe de la Comisión sobre leyes de desacato]. O sea, por una

---

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, texto preliminar de la investigación, (inédito).

<sup>49</sup> De la Universidad Carlos III de Madrid y quien además ha sido Comisionado por dos períodos, el último a finalizar en 2015, y presidente de la Comisión en el período 2011-2012.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La OEA y los derechos humanos...”, op. cit.

Disponible en: [http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/16-1/1\\_La\\_oea\\_y\\_los\\_derechos\\_humanos.pdf](http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/16-1/1_La_oea_y_los_derechos_humanos.pdf)

<sup>51</sup> MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Los cuarenta años de la Convención...”, op. cit., p. 27.

parte, los estados han promovido una mayor diversidad de las preocupaciones de los órganos del Sistema, y, por otra, han reaccionado vehementemente cuando ellos mismos se han sentido cuestionados en esas ‘nuevas’ materias. Ello lleva a pensar que la promoción de la diversificación de las preocupaciones ha sido en no pocos casos un pretexto de los gobiernos para evitar continuar siendo cuestionados acerca de la manera de confrontar las violaciones masivas del pasado.”<sup>52</sup>.

Independientemente de sus razones, el que la Corte esté ampliando su espectro de materias, incluida una incipiente jurisprudencia en materias relacionadas a trabajo, y siendo el trabajo una de las grandes causas del conflicto social, se puede sostener la necesidad de tender lazos entre el Derecho Laboral y el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos que, en el caso chileno, se remite principalmente al Interamericano<sup>53</sup>.

### **III. Especial sincronía entre Derecho del Trabajo y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**

La necesidad de buscar una integración de los Derechos nacionales con el internacional, adquiere una adicional dimensión atractiva, a causa de lo que se ha observado es una especial sincronía del Derecho del Trabajo con lo que ha sido la evolución de los derechos fundamentales. Se ha explicado así: “[l]o interesante de todo esto [la discusión sobre la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales] es que el sector del ordenamiento jurídico donde este debate se difumina es, precisamente, en el Derecho Laboral. Aquí la lógica de la autonomía privada y de la igualdad de las partes, principal lanza argumentativa de los partidarios de la eficacia indirecta, viene trastocada desde mucho antes de la constitucionalización del Derecho -y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales-, en razón de haber intentado esta rama del Derecho, desde su aparición histórica, la corrección y equilibrio de la situación de poder en que se desenvuelve la relación privada entre empleador y trabajador. Esa relación, qué duda cabe, tiene más parecido a la relación existente entre autoridad y ciudadano, que la del vendedor y comprador del Código civil”<sup>54</sup>.

Esta proximidad emana de su reconocimiento como una de las disciplinas que, junto con el Derecho ambiental y del consumidor, han desarrollado y están desarrollando criterios y estándares útiles que han hecho posible la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en cualquier otro ámbito del Derecho<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La OEA y los derechos humanos...”, op. cit., pp. 102 y siguientes.

<sup>53</sup> Sin perjuicio de su participación dentro del sistema de la OIT, al haber ratificado el Tratado constitutivo en 1919, la Parte XIII del Tratado de Paz de Versalles, y 61 Convenios hasta la fecha, 51 de los cuales se encuentran en vigor.

Información disponible en:

<http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byCtry.cfm?lang=es&CTYCHOICE=0120>

<sup>54</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2009, p.13.

<sup>55</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Los tribunales y la exigibilidad legal...*, op. cit., p. 15. Por ejemplo, el principio *pro homine* y, en materia laboral, la primacía de la cláusula más favorable al trabajador, que requiere la comparación de las cláusulas legislativas y de los convenios colectivos, op. cit., p. 34, nota 56.

El otro orden de ideas, la vinculación se produce también debido a que el Derecho del Trabajo cuenta con una interesante trayectoria, que se origina cuando irrumpe definiendo un nuevo paradigma en el tipo de codificación y, por consiguiente, modificando el espacio simbólico de pertenencia social. Esta “nueva modalidad de juridización de las relaciones laborales constituye un paradigma jurídico novedoso (...). En este sentido, no es aventurado afirmar que, con la definitiva consolidación de la producción industrial en masa, el libre intercambio de mercaderías pierde importancia a favor del trabajo. El trabajo (y, en esta etapa del desarrollo histórico de la producción capitalista, especialmente el trabajo industrial) constituye, por un lado, un nuevo espacio de integración social, política y jurídica. El trabajador goza ahora no sólo de derechos específicamente laborales, sino que, en el marco del Estado de bienestar, accede a beneficios sociales y crediticios, aumenta su posibilidad de consumo, y acrecienta su participación política. Pero, por otro lado, el trabajo constituye el espacio primordial de conflicto y reivindicación obrera. En consecuencia, el Derecho laboral representa la formalización jurídica de los temas y mecanismos habilitados para la negociación de intereses en el marco de las relaciones de trabajo.”<sup>56</sup>.

Así, surgido el Derecho Laboral, implicó varias cosas nuevas: el reconocimiento de intereses colectivos, que trajo una serie de consecuencias sustantivas y procesales: al introducirse “la distinción, en el ámbito de los conflictos jurídicos, entre intereses individuales e intereses colectivos, dentro de las relaciones laborales, además de zonas intermedias<sup>57</sup> que también repercutirán en la configuración de canales de acceso al

---

<sup>56</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, CRISTIAN, “Los anillos de la serpiente. Transformaciones del Derecho entre el trabajo y el consumo”, Revista *Jueces para la Democracia*, N° 22, 1994, p. 56.

Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552529>. Aunque en la tesis de estos autores, dicha relevancia se ha desplazado, si bien no desaparecido, a favor del paradigma del consumo.

[Fecha de la visita 14 de mayo de 2011].

<sup>57</sup> “Este diseño de neta separación entre ambos niveles –individual y colectivo– se complica cuando se descubre que dentro de un mismo litigio pueden llegar a combinarse ambas facetas. Ello da pie a la identificación de un tipo de conflictos individuales que, a pesar de poseer tal naturaleza, esconden una trascendencia sindical. En la mayoría de los casos se trata de actuaciones por parte del empleador, quien por medio del ejercicio de sus facultades directivas o disciplinarias que se materializan en un trabajador individualizado, produce al mismo tiempo el efecto de impedir el ejercicio de derechos de actividad sindical en la empresa o fuera de ella”, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal-Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991, pp. 311 y 312.

proceso, como sucedió con la intervención del coadyuvante”<sup>58</sup>. Como se explicará, la legitimación activa del Sistema Interamericano es posiblemente la más amplia que existe en la actualidad respecto del cualquier ordenamiento jurídico.

La juridificación del hecho sindical comporta la admisión de la existencia de conflictos de naturaleza colectiva, que manifiestan la presencia de intereses sindicales diferenciados de los propios de cada trabajador o empleador singularmente considerados. Supone trasladar al campo del Derecho el dato –tan manifiesto en la realidad social– de que las relaciones laborales de conflicto tienen un matiz eminentemente colectivo, siendo los sindicatos y asociaciones empresariales quienes actúan como representantes”<sup>59</sup>. A su vez, estos sujetos colectivos, la patronal y las representaciones obreras, son asumidos como manifestaciones que deben ser promovidas, al resultar armónicas e inherentes a los regímenes democráticos pluralistas<sup>60</sup>; la autonomía colectiva<sup>61</sup> que rompe con los principios de la contratación civil y los presupuestos a los que respondía (y responde); la creación de criterios objetivos de responsabilidad que socializan el riesgo de la actividad, van construyendo este nuevo paradigma.

También inherente al Derecho Colectivo del Trabajo y que forma parte importante de su contribución específica, se cuenta la ampliación del acceso al proceso<sup>62</sup>, a partir de la

---

<sup>58</sup> Para una exposición de las formas de intervención del Sindicato en el proceso se puede ver VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “El nuevo proceso laboral”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal-Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991, pp. 327 y siguientes. En el Capítulo V expondré sobre la evolución de estas tendencias procesales, que, al día de hoy, tienen su máxima expresión en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), de 10 de octubre de 2011, Real Decreto Ley 36/2011, legitimando incluso a organismos distintos al Sindicato, cuestión en que ha sido relevante la política de igualdad entre hombres y mujeres, cuya última concreción es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIHM).

<sup>59</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma...*, op. cit., p. 273.

<sup>60</sup> “El establecimiento de un modelo de democracia pluralista trae consigo la asignación de un papel preponderante dentro del sistema político a los denominados en terminología decimonónica ‘cuerpos intermedios’. Dentro de las democracias actuales, que actúan sobre una sociedad compleja como es la post industrial, las organizaciones de masas cumplen un papel decisivo de articulación del tejido social, al ser instrumento básico de representación, defensa y tutela de los intereses colectivos de un determinado sector, grupo o clase social”, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma...*, op. cit., p. 273.

<sup>61</sup> “Surge entonces el problema de la expresión de la voluntad de los sujetos colectivos, y en especial el mecanismo de representación del grupo y sus efectos. En este campo, las relaciones laborales que proceden de un contexto de relaciones entre sujetos privados, van adquiriendo un carácter público ostensible, tomando prestadas categorías que vienen del Derecho político”, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Los anillos de la serpiente...”, op. cit., p. 55.

<sup>62</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Los anillos de la serpiente...”, op. cit., p. 55.

configuración del concepto de interés colectivo<sup>63</sup> y, sin duda, la disruptiva aparición del Sindicato en el proceso, que en su momento fue objeto de fuertes críticas. En este sentido, se registra de ese debate que “el hilo conductor de una explicación plausible al rechazo institucional de la presencia del sindicato en el proceso de trabajo [es] la defensa de la cultura jurídica burguesa y de los valores e intereses que representa frente a la ‘colectivización’ que impone la mejor tutela de los propios intereses de clase de los trabajadores. El nivel jurisdiccional se ha querido así reservar de la ‘contaminación’ de las luchas sindicales, a cuyo fin concurren la construcción jurídica procesal y la formación profesional forense”<sup>64</sup>. Con la misma intención, y ante la asimilación de las innovaciones procesales, se plantea la crítica que alerta del peligro de ahogar la voluntad individual, siendo ésta la que el Derecho debe encausar. “Cuando con el paso del tiempo se vayan superando este tipo de frenos procesales, irán surgiendo desconfianzas de signo opuesto hacia una excesiva colectivización de intereses y consiguientemente de la legitimación: las tendencias oligárquicas y centralizadoras dentro de las organizaciones de masas pueden comportar un peligro si la atribución de las facultades de accionar llega a sofocar o reducir la libertad del individuo singularmente considerado”<sup>65</sup>.

La intervención del Sindicato en el proceso “es una manifestación de la incardinación de nuestro sistema procesal laboral dentro de un modelo de Estado democrático”<sup>66</sup>. Sin embargo, “el reconocimiento de las presentes facultades de actuación como parte o como representante procesal ha encontrado históricamente obstáculos de entidad, que se corresponden con los mismos frenos que opuso el Estado liberal al otorgamiento de carta de naturaleza jurídica y política a todo tipo de organizaciones de masas que pretendían actuar en representación de intereses colectivos. Ello se produjo con mayor fuerza, si cabe, en el ámbito de las normas procesales; primero se alcanzó el reconocimiento de la libertad sindical en el plano de los derechos sustantivos y sólo posteriormente ello se fue

---

<sup>63</sup> Un estudio sobre la importancia de esta noción y como se articula en el Derecho del Trabajo en GARCÍA BECEDAS, Gabriel, “Interés colectivo e interés sindical ¿Un lugar para el interés individual?”, en la obra colectiva *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Alonso Olea*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1990, pp. 875-887.

<sup>64</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “Sindicato y proceso del trabajo”, en *Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Editado por Salamanca, Salamanca, España, 2004, p. 287. En el mismo sentido CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Constitución y proceso del trabajo”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal-Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991, p. 76.

<sup>65</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Constitución y...”, op. cit., p. 76. Una crítica construida en términos más filosóficos pero que afirma básicamente lo mismo se encuentra en SIMITIS, Spiros, “Il Diritto del Lavoro e la riscoperta dell’individuo”, (Lorenzo Gaeta, traductor), *Giornale del Lavoro e delle Relazioni Industriali (GDLRI)*, N°45, 1990, que fue tratado en el Capítulo II, sección 1.1, dado que es una cita recurrente cuando se plantean estas discusiones sobre individuo y colectivo.

<sup>66</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Constitución y...”, op. cit., p. 75.

extendiendo a la vertiente adjetiva del Derecho”<sup>67</sup>. El Derecho Procesal fue más resistente todavía a los elementos colectivos, pues su tendencia es a la individualización del conflicto jurídico<sup>68</sup>, que es su propia herencia de la ideología liberal de la codificación, influyendo “sobremanera la ideología individualista subyacente del proceso civil. Como se ha señalado, todos los conceptos claves del proceso civil estaban estrechamente conectados a la estructura de los derechos subjetivos, los cuales a su vez, estaban fundados sobre concepciones individualistas del liberalismo económico clásico”<sup>69</sup>. Pese a ello, no pudo hacerlo por mucho tiempo. El proceso de trabajo “no podrá permanecer de espaldas a esta realidad, manteniendo una situación forzada de querer individualizar cualquier tipo de litigio que se produzca en el seno de las relaciones laborales. En la medida que se llegan a crear instituciones jurídicas de expresión de los diversos intereses colectivos que se presentan en la realidad social, el control judicial de tales situaciones será un resultado ineludible de la consideración unitaria del ordenamiento jurídico”<sup>70</sup>. Un problema distinto es el de la postura del Sindicato respecto de la intervención judicial, entendida como una “agresión” a su autonomía<sup>71</sup>, tendencias que son funcionales a sus propias épocas, ya que como intentaré plantear, actualmente el conflicto jurídico ha adquirido enorme relevancia en las estrategias defensivas de los colectivos, proporcional a la caída de su poder negociador, por lo mismo, no parece razonable abrazar la autonomía o la heteronomía a ultranza, sino que el interés se centra en plantear los modelos con ambos componentes presentes de un modo al menos suficiente y compensado, dando un resultado eficaz de protección.

En suma, es tanta la potencia de innovación del Derecho del Trabajo que, incluso, en franca paradoja, ha sido considerada como una explicación para el freno en el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en los ordenamientos internos. “Existe otro factor histórico que ayuda a explicar por qué, aunque los DESC sean reconocidos en muchas constituciones, no se ha llevado a cabo todavía una configuración completa y conceptual coherente con su contenido. Aún aquellos países -tanto desarrollados como en vías de desarrollo- que se comprometieron a establecer un Estado Providencia durante el siglo XX, lo hicieron, sobre todo, a través de un modelo redistributivo centrado en las relaciones de trabajo. La posición sólida y organizada de los trabajadores en el mercado laboral aseguró la atribución de derechos, las transferencias de ingresos y el acceso a otros beneficios sociales tales como vivienda, créditos para el consumo, seguro social o asistencia en salud (...). De hecho, la definición de los derechos

<sup>67</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma...*, op. cit., p. 274.

<sup>68</sup> Esta es una vertiente más del mismo razonamiento que justifica que los derechos sociales no sean considerados derechos, al argumentarse que esa es el área de la política, el de la reivindicación social, y que el “tener un derecho” es precisamente ejercer algo en contra de todos, sin pensar en sus repercusiones respecto del bien común, que es la tesis de Fernando ATRIA en Chile, y que es tributaria de Ronald DWORKIN y su doctrina de los “derechos como cartas de triunfo”.

<sup>69</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Constitución y...”, op. cit., p. 76.

<sup>70</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma...*, op. cit., p. 297.

<sup>71</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma...*, op. cit., p. 274.



laborales recibió considerable atención incluso en la esfera internacional, fundamentalmente a través de la adopción de convenios y recomendaciones por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Las constituciones, la legislación, y los convenios e instrumentos de la OIT han aclarado el contenido de derechos tales como el derecho a la protección frente al despido injusto, el derecho a la salud y a la seguridad ocupacional, el derecho a la indemnización en caso de accidentes de trabajo, el derecho a formar y afiliarse a sindicatos y a negociar colectivamente, y el derecho de huelga. No obstante, más allá del mercado de trabajo, hubo escaso espacio para el desarrollo de derechos tales como el derecho a la salud, el derecho a la alimentación o el derecho a una vivienda adecuada, en parte porque se ha considerado únicamente como derechos suplementarios de los trabajadores, o como derechos ligados a la posición del trabajador. Por consiguiente, frecuentemente se ha identificado a los DESC con los derechos de los trabajadores, y no se lo ha considerado como un conjunto distinto y autónomo de derechos.”<sup>72</sup>.

Como última idea respecto a por qué el diálogo entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por qué ser especialmente difícil, cabe anotar que se ha reconocido en el Derecho Laboral una fuente de principios interpretativos que han sido de gran utilidad en el desarrollo de los derechos fundamentales, como la primacía de la cláusula más favorable<sup>73</sup> o, incluso, la definición de obligaciones de cumplimiento inmediato en materia de derechos sociales, tales como la prohibición de discriminación, la prohibición del trabajo forzado, el derecho a la remuneración justa, y el derecho a gozar de condiciones de trabajo compatibles con la dignidad humana<sup>74</sup>.

Es importante señalar que la posición de la víctima de una lesión de derechos fundamentales, que es la principal dentro del Sistema de Protección Interamericano y más a la hora de fijar reparaciones, no resulta discordante con al principio pro trabajador, que

---

<sup>72</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, “Los tribunales y la exigibilidad...”, op. cit., p. 16. Un retrato ilustrativo de lo mismo, sobre cómo se concebía en íntima conexión trabajo, bienestar y derechos humanos, resulta de la lectura de un texto de 1971, llamado “Sobre los derechos humanos. El derecho al trabajo y su problemática.”, donde se afirma: “[d]entro de la catalogación de derechos y obligaciones que recogen en su articulado las diferentes Declaraciones de Derechos Humanos, es evidente, situación en la que no es menester insistir, que existen algunos derechos y algunas obligaciones de trascendencia social extraordinaria. Esto nos acontece, por ejemplo –trataremos en esta breve nota doctrinal alguna de las principales causas-, con el derecho al trabajo. Y, en efecto, como ha escrito recientemente el doctor Huneus Cox, el empleo es la base del bienestar de una familia. Los demás elementos que configuran su nivel de vida –vivienda, salud, educación, etc.- dependen esencialmente del trabajo. Por esto, los esfuerzos del estado por incrementar el nivel de vida de los grupos más pobres por medio del desarrollo social (planes de vivienda, servicio de salud, facilidades educacionales, promoción, seguridad social, etc.) quedan en el vacío si los grupos a los cuales se destina este esfuerzo carecen de suficientes oportunidades ocupacionales”, NIN DE CARDONA, José María, “Sobre los derechos humanos. El derecho al trabajo y su problemática.” *Revista de estudios políticos*, N° 176-177, 1971, p. 139.

<sup>73</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, “Los tribunales y la exigibilidad...”, op. cit., p. 34.

<sup>74</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, “Los tribunales y la exigibilidad...”, op. cit., p. 32.

inspira la norma sustantiva y procesal laboral, marcando una diferencia expresiva de lo que sucede, como se ha descrito en la sede penal.

La misma sintonía se puede apreciar entre las exigencias procesales de la Convención Americana al acceso a la justicia, en relación a la desformalización, intermediación y celeridad, y las que son notas características de los procesos laborales internos<sup>75</sup>.

Por lo tanto, cotejamos dos sistemas: el laboral y el internacional regional, que se orientan ambos a fines protectores de una parte que se presenta en desequilibrio de poder respecto de otra, que elaboran instrumentos interpretativos y rediseñan el proceso con el objeto de adecuarlos a su finalidad de protección.

#### **IV. Escalas de justicia: encuadre internacional del problema del trabajo. Opiniones Consultivas sobre la colegiación obligatoria de periodistas y sobre la condición jurídica de los migrantes indocumentados. Potencialidad de la reparación de integrar demandas de redistribución y reconocimiento, por medio de la universalidad del derecho al trabajo.**

En una primera fase de la investigación, consideré adecuado delimitar la búsqueda de jurisprudencia interamericana a aquella que tuviese algún relieve laboral. Sin embargo, en el camino advertí que lo verdaderamente relevante era el uso que se había hecho de las reparaciones, independientemente que el caso tuviese connotaciones laborales. Era útil ampliar la búsqueda de jurisprudencia para extraer ciertas categorías y, en otros casos, ejemplos, que pudiesen ser contrastados con el uso que de la reparación han hecho los jueces chilenos. A lo anterior, agregué el análisis de dos opiniones consultivas, directamente relacionadas con las relaciones laborales y que proveen aproximaciones importantes al problema del trabajo. De un lado, permiten sostener la importancia de un

---

<sup>75</sup> Estas notas han sido características del proceso laboral español desde la creación de los Tribunales Industriales de 1908, MONTERO AROCA, Juan, *Los tribunales del trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Universidad de Valencia. Secretaría de publicaciones, Valencia, España, 1976, p. 44. En la redacción de la reciente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se encuentran en los siguientes términos. “Artículo 74. Principios del proceso: 1. Los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social y los secretarios judiciales en su función de ordenación del procedimiento y demás competencias atribuidas por el artículo 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso social ordinario según los principios de intermediación, oralidad, concentración y celeridad. 2. Los principios indicados en el apartado anterior orientarán la interpretación y aplicación de las normas procesales propias de las modalidades procesales reguladas en la presente ley”. Están contenidos también en la legislación chilena en el artículo 425 del Código del Trabajo chileno, al señalar su inciso primero: “Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de intermediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad”. Sobre la importancia de estos principios y cómo han tenido influencia decisiva en otros órdenes jurisdiccionales ver GARCÍA BECEDAS, Gabriel, “Los principios informadores del proceso laboral (algunas reflexiones críticas en torno a la oralidad, celeridad y concentración)”, en la obra colectiva *El Proceso Laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid, 2001, pp. 205 y siguientes.

análisis universalista de los derechos fundamentales asociados a la relación de trabajo, y, de otro, incorporan consideraciones particulares sobre el peso de determinados derechos dentro de sociedades democráticas, que puede ser, en el futuro, representado por medio de la reparación.

### **A) Opiniones consultivas asociadas a las relaciones laborales: sobre la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la condición jurídica de los migrantes indocumentados.**

La Corte Interamericana no sólo tiene la competencia de resolver casos contenciosos que sean sometidos a su conocimiento. Posee, además, como ya se señaló, una competencia consultiva, calificada como “la más vasta que se haya entregado a tribunal internacional alguno hasta el presente”<sup>76</sup>.

Regulada en el artículo 64 de la Convención Americana<sup>77</sup>, demuestra su amplitud primero respecto de los sujetos que pueden solicitarla: todos los Estados miembros de la OEA y no sólo aquellos que hayan ratificado la Convención<sup>78</sup>. En seguida, debido a las normas jurídicas que pueden ser objeto de interpretación: cualquier tratado de protección de derechos humanos que rija para los Estados Americanos, aspecto que suscita bastante controversia y más considerándose el papel de intérprete auténtico de la Convención por parte de la Corte y una postulada obligatoriedad de su jurisprudencia, -que incluye sus interpretaciones emitidas vía opinión consultiva. Este tema no lo profundizaré, pues, a efectos de lo que aquí interesa: revisar determinados dictámenes, basta la eventualidad de que, llegado un caso contencioso de semejantes características, la Corte esté dispuesta a mantener su criterio. Como ya señalara, esta competencia complementa y refuerza el papel subsidiario del sistema y el objetivo de que sean principalmente los tribunales internos los que tengan a cargo velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones

---

<sup>76</sup> NNIKKEN, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en la obra colectiva *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo 1, San José, CorteIDH, 2001, p.162. Disponible en :

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>

[fecha de la visita 18 de mayo de 2012]. La misma opinión en PELLEGRINI, Lisandro, «El incumplimiento... », op. cit., p. 83.

<sup>77</sup> Artículo 64: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

<sup>78</sup> SALVIOLI, Fabián, “Derechos, acceso y rol de las víctimas”, en la obra colectiva *El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, (Juan E. Méndez y Francisco Cox editores), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, nota 29, p. 302.

internacionales asumidas por los distintos países en materia de derechos humanos<sup>79</sup>. Su objeto es “no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.”<sup>80</sup>.

Dos de sus más relevantes opiniones consultivas, han tenido que ver con las relaciones laborales<sup>81</sup>.

## **B) Libertad de expresión como condición de base para una sociedad democrática.**

Si bien pudo enfocarse desde el prisma de la libertad de trabajo, no fue el camino tomado por la Corte debido a que ésta no era una garantía convencional. La contraposición de derechos fue entre el derecho de asociación respecto de la libertad de pensamiento y expresión<sup>82</sup>, ponderación que llevó a la declaratoria de incompatibilidad del artículo que imponía requisitos para el ejercicio de la labor de periodista. Ello, pues la libertad de recabar y difundir ideas a través de los medios de comunicación es esencial en una democracia y forman parte del derecho a la libertad de expresión pero, a su vez, forma parte del derecho de la colectividad a recibir información. “Según las disposiciones citadas, la Ley N°. 4420 autoriza el ejercicio del periodismo remunerado solamente a quienes sean miembros del Colegio, con algunas excepciones que no tienen entidad suficiente a los

---

<sup>79</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales...*, op. cit., p. 72.

<sup>80</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana 14/94 de 9 de diciembre de 1994, punto N°23.

<sup>81</sup> Aunque una de ellas, en rigor, sólo tangencialmente: la OC 5/85 sobre *La colegiación obligatoria de los periodistas*, de 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica para verificar la adecuación de su normativa interna respecto de la Convención.

<sup>82</sup> Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”.

efectos del presente análisis. Dicha ley restringe igualmente el acceso al Colegio a quienes sean egresados de determinada escuela universitaria. Este régimen contradice la Convención por cuanto impone una restricción no justificada, según el artículo 13.2 de la misma, a la libertad de pensamiento y expresión como derecho que corresponde a todo ser humano; y, además, porque restringe también indebidamente el derecho de la colectividad en general de recibir sin trabas información de cualquier fuente.”<sup>83</sup>. La doble dimensión de la libertad de expresión, contenedora de una vertiente individual y otra colectiva, es reafirmada en el Informe Anual 2010 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: “el derecho a expresarse libremente y el derecho de la sociedad a recibir ideas y opiniones diversas”<sup>84</sup>. Reiterado en su parte conclusiva y de recomendaciones, en los siguientes términos: “[l]a libertad de expresión, además de proteger el derecho individual del emisor, garantiza el derecho de todas las demás personas a acceder a la mayor cantidad y diversidad de informaciones e ideas, como requisito del debate robusto que exige el sistema democrático para su buen funcionamiento. La Corte Interamericana específicamente remarcó esta doble dimensión, individual y social, de la libertad de expresión, y tanto esa Corte como la Comisión Interamericana han sostenido que la ausencia de pluralidad de fuentes de información y medios de comunicación representa un serio obstáculo para el efectivo ejercicio de este derecho”<sup>85</sup>.

La resolución de la consulta, atiende a los efectos sociales del ejercicio de los derechos fundamentales dentro de la sociedad, la que en materia de libertad de expresión es una característica totalmente acusada. “La libertad de expresión –esencial en toda sociedad- es un contrapeso fundamental que permite obtener y difundir opiniones e información, fortaleciendo la sociedad civil y creando posibilidades de participación para los individuos”<sup>86</sup>.

Pero además, de especial virtualidad para Latinoamérica. “La libertad de expresión es uno de los valores fundamentales de la democracia. Este valor adquiere connotaciones especiales en países donde la separación de poderes es frágil. Numerosos países del hemisferio –en procesos de transición luego de largos años de dictadura– se caracterizan

---

<sup>83</sup> Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N°. 5. Punto resolutivo N° 83.

Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>

<sup>84</sup> CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de expresión, *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2010, Párrafo 746.

Disponible en: [http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA\\_2010\\_ESP.pdf](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf)

En el mismo sentido, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 3/09. 30 de diciembre de 2009, párrafo 60. Disponible en:

<http://www.cidh.org/pdf%20files/Estandares%20para%20radiodifusion%20incluyente.pdf>

<sup>85</sup> CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe...*, op. cit., punto 8, párrafo 78.

<sup>86</sup> GROSSMAN, Claudio, “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva *Nos Ad Justitiam Esse Natos. Libro de homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911-2011)*, Volumen II, (José Luis Guzmán, coordinador), Edeval, Valparaíso, Chile, 2011, p. 1031.

por poseer poderes judiciales y congresos débiles que no ofrecen contrapesos efectivos frente a Ejecutivos todopoderosos”<sup>87</sup>.

Por ello es que fue el primer derecho fundamental que tuvo una Relatoría Especial<sup>88</sup>: en octubre de 1997 se crea esta oficina especial por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo objetivo declarado es “promover la conciencia por el pleno respeto del derecho a la libertad de expresión e información en el hemisferio, en consideración al papel fundamental que este derecho tiene en el fortalecimiento y desarrollo del sistema democrático y en la denuncia y protección de los demás derechos humanos”<sup>89</sup>. La trascendencia que se le da a este derecho también se expresa en que es la única cuyo Relator trabaja a tiempo completo<sup>90</sup>.

No obstante, se trata de una característica compartida por los sistemas occidentales. En un análisis pormenorizado de la libertad de expresión, y en particular sobre su repercusión en el ámbito laboral, se consigna en España que “[a]demás de su aspecto subjetivo (como expresión fundamentalmente de libertad, de ser ante todo un derecho de libertad), la libertad de expresión posee un institucional reconocido por el legislador constituyente, que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político que el artículo 1º CE proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico”, para luego citar las fuentes internacionales más relevantes que inciden, vía artículo 10 párrafo segundo de la Constitución, en la interpretación de este derecho: el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10 de la Convención de Salvaguardia de los derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, hasta arribar al nivel Europeo registrando el caso Handyside del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en que le confiere a la libertad de expresión y crítica, amén el carácter de libertad esencial y mínima, una potente función, al declarar en relación al art. 10 del Convenio de Roma, “que la libertad de expresión comprende no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como

---

<sup>87</sup> “Esto ha llevado al politólogo argentino Guillermo O’Donnell a caracterizar tales sistemas políticos como ‘democracias delegativas’, donde una figura carismática asume la presidencia de un país, como resultado de elecciones relativamente libres, pero gobierna sin los contrapesos tradicionales de la democracia representativa. En estas ‘democracias’ existe el riesgo cierto de retroceder al autoritarismo”, GROSSMAN, Claudio, “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva *Nos Ad Justitiam...*, op. cit., p. 1031.

<sup>88</sup> “La Comisión ha nombrado grupos de trabajo o relatores para enfrentar problemas que tienen un ‘componente colectivo’, incluyendo la Relatoría Especial sobre Trabajadores migratorios y miembros de sus familias, la Relatoría sobre Derechos de las Personas Privadas de Libertad y la Unidad de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, junto con las Relatorías especiales para cuestiones concernientes a mujeres, poblaciones indigentes, y la libertad de expresión. Para información sobre el trabajo de las Relatorías véase <http://www.cidh.oas.org/relatorias.esp.htm>.”, GROSSMAN, Claudio, “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva *Nos Ad Justitiam...*, op. cit., p. 1035, nota 23.

<sup>89</sup> Según se lee en su sitio <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp>.

<sup>90</sup> GROSSMAN, Claudio, “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva *Nos Ad Justitiam...*, op. cit., p. 1.037.

inofensivas o indiferentes, sino también aquéllas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas de pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”<sup>91</sup>. Su relación con la democracia es incesantemente remarcada, al punto de decirse en la Declaración de Principios que la democracia depende de la libertad de expresión<sup>92</sup>, y que es un derecho explicado de la misma manera que el derecho de asociación, es decir, calificado como primer derecho y con una especie de “plus” de relevancia<sup>93</sup>, al ser instrumental al ejercicio de otros derechos. Es así como puede leerse en el párrafo III del “Preámbulo de la Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez desafíos Claves

---

<sup>91</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid España, 1991, pp. 24 y 25, nota 24. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha sostenido lo mismo, a propósito de la existencia en los sistemas nacionales de las figuras delictivas de desacato, entendida para estos efectos como la penalización de cualquier expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos, o la de vilipendio, que implica desacato, en el sentido indicado pero respecto de Instituciones del Estado, se ha explicado la función de “la protección de afirmaciones que puedan resultar ofensivas, perturbadoras o ingratas para el Estado, (...) tal es la exigencia de un orden democrático que se funde en la diversidad y el pluralismo. Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia han sido coherentes, consistentes y reiterativas al indicar que las expresiones críticas que cuestionan a las autoridades públicas o las instituciones merecen una mayor –y no una menor– protección en el sistema interamericano. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana en todos y cada uno de los casos resueltos en materia de libertad de expresión”, *Informe Anual...párrafo 501*. También ver párrafos 11, 31, y punto resolutivo N° 7, en que recomienda la derogación de estas figuras penales así como las de injurias y calumnias, difamación, desde la premisa que es contrario a la Convención el uso del Derecho Penal y las acciones judiciales como mecanismo de presión indirecta sobre la libertad de expresión, en especial por su contraposición al Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, a los puntos N°s 5 y 13 de la *Declaración de principios sobre la Libertad de Expresión*.

Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>

<sup>92</sup> *Declaración de principios...*, op. cit., párrafo 2 del Preámbulo. Que declara: “CONSCIENTES que la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión”.

<sup>93</sup> En la construcción del Tribunal Constitucional peruano, a propósito del “haz de derechos del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, que consagra la libertad de pensamiento y expresión, sostiene que se vuelven “libertades” “preferidas” cuando se vinculan a la formación de la opinión pública, “ambas libertades tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad”, (Erns Wolfgang Böckenforde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Edit. Trotta, Madrid 2000, pág. 67)”, punto resolutivo N° 9, sentencia de 29 de enero de 2003, EXP. N° 1797-2002-HD/TC.

Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>



para la Libertad de Expresión”<sup>94</sup>: “*Enfatizando*, una vez más, la importancia fundamental de la libertad de expresión, que incluye los principios de diversidad y pluralismo, tanto en sí misma como en cuanto herramienta esencial para la defensa de todos los demás derechos y elemento fundamental de la democracia”<sup>95</sup>. De cierta forma, se propone como criterio de actuación a los Tribunales, desde una perspectiva democrática, que les exige “inhibirse y comprometerse activamente, al mismo tiempo, en la protección de aquellos derechos civiles, políticos y sociales que permitan reforzar las bases materiales de la autonomía personal y la capacidad de participar en los asuntos públicos”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> De 2 de febrero de 2010, emitida por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=784&IID=2>

Que reitera la aserción del párrafo 9 del Preámbulo de la Declaración de principios sobre la Libertad de Expresión: “CONSIDERANDO la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, el papel fundamental que le asigna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el pleno apoyo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, en la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile”.

<sup>95</sup> En España, se ha justificado la prevalencia de la libertad de expresión cuando se vincule a informaciones de interés público, y no sólo con el valor del pluralismo, pues las empresas también serían manifestaciones de dicho valor. “La mayor o menor limitación de un derecho estaría en función de los fines a los que la institución sirve. Puede deducirse que el espacio de la libertad de expresión es más amplio cuando se refiere al ámbito de lo público. Así, la STC 6/1988 establece que ‘la conducta del trabajador se orientó a transmitir una información de relieve público, advertencia que ahora no es intrascendente si se recuerda que, en su artículo 20.1, la Constitución garantiza no sólo derechos subjetivos; sino la misma existencia de una comunicación libre”, APARICIO TOVAR, Joaquín, “Empresas ideológicas y derechos fundamentales”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p. 91. Se trata de una fase inicial de la vigencia de los derechos fundamentales en bloque dentro de la relación laboral, por lo que éstas resultaban disquisiciones nuevas y complejas: el sólo cuestionar que no por el consentimiento del trabajador al contrato significara que sus derechos fundamentales inespecíficos quedaran fuertemente limitados. La integración del grado de lesión y la relevancia del ejercicio del derecho fundamental actualmente se comprenden y resuelven por medio del juicio de ponderación como lo construye Robert Alexy. Fuera de esto, ante todo debería definirse si la expectativa de ocultamiento de una información de interés público es un fin lícito comprendido por la libre iniciativa económica.

<sup>96</sup> “Lo que se exigiría a los tribunales, más bien, es que sean capaces, por un lado, de *retirarse* y de actuar con *deferencia* frente a aquellas actuaciones o abstenciones legislativas que amplían el ámbito de vigencia de los derechos civiles, políticos y sociales y, por otro, de *involucrarse* y de ser *activos* frente a aquellas que, por el



Dada la función que cumple de contrapeso y control dentro de la democracia, como movilizadora y canalizadora de la disidencia y contraposición de intereses, la Relatoría ha sido enfática en indicar las repercusiones sociales negativas de la lesión a la libertad de expresión<sup>97</sup> –tal como se verá, lo hace en casos de atentados a la libertad sindical- por sus característicos efectos amedrentadores, que desincentivan el ejercicio del derecho, lo que deberá ser tenido en cuenta precisamente al momento de reparar ese derecho<sup>98</sup>. Esto es sumamente relevante al momento de decretar las reparaciones, pues es a esos efectos que sobrepasan a la víctima directa los que deben ser contrarrestados por las reparaciones, enviando y difundiendo el hecho de que son actos antijurídicos, que han sido objetos de una condena por medio de la cual el Estado de Derecho ha sido restablecido y que éste garantiza la vigencia del derecho para su despliegue futuro.

### **C) Trabajo como llave de acceso a igual estatuto de derechos y fuente de una pluralidad de responsabilidades estatales.**

Muy relevante y útil para introducir nociones de la obligación de garantizar los derechos y la mayor posibilidad de hacer incurrir en responsabilidad al Estado por actuaciones de privados, es la OC-18/2003, *Sobre la condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*<sup>99</sup>.

---

contrario, restrinjan de manera ilegítima su alcance normativo”, PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, España, 2007, p. 122.

<sup>97</sup> Ver especialmente “Caso Huilca Tecse versus Perú”, Capítulo I, sección 8.E).

<sup>98</sup> “A partir del análisis de las situaciones que se reportan en el hemisferio, la Relatoría Especial subrayó algunos desafíos que enfrentan los Estados de la región. En particular, el capítulo II de este informe pone énfasis en los asesinatos, agresiones y amenazas contra los periodistas. Los Estados tienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de estos hechos, no sólo para reparar a sus víctimas y familiares, sino también para prevenir la ocurrencia de hechos futuros de violencia e intimidación”, por lo que promueve, por ejemplo, la despenalización de delitos inhibitorios o intimidantes (injurias y calumnias), cuya sola existencia limita el ejercicio de la libertad de expresión, o bien, situaciones originadas por poderes privados pero toleradas por el Estado, en que existe control de los medios para producir la información, y que es fuente de responsabilidad para el Estado: “En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que el artículo 13.3 impone a los Estados una obligación de garantía frente a las relaciones entre particulares que puedan derivar en limitaciones indirectas de la libertad de expresión: ‘el artículo 13.3 de la Convención [Americana] impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también ‘controles [...] particulares’ que produzcan el mismo resultado’(...) Leído en conjunto con el artículo 1.1 de la Convención Americana, ello implica, en criterio del tribunal, que se viola dicho instrumento no sólo cuando el Estado impone a través de sus agentes restricciones indirectas sobre la circulación de ideas u opiniones, sino también cuando ha permitido que el establecimiento de controles particulares genere una restricción de la libertad de expresión”, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de expresión, *Informe Anual...*, puntos N° 5-6-7-8.

<sup>99</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos de México. Serie A N° 18.

La relevancia de lo que allí analizó resulta de la ya mencionada entrega de criterios que podrán ser argumentados en futuros casos concretos, en cumplimiento de su función coadyuvante a los Estados, en la interpretación y aplicación que deben hacer en materia de derechos fundamentales, como condición necesaria para el fortalecimiento de la democracia en la región. Pero además el interés surge de los derechos confrontados en ella. Por un lado, el derecho a la igualdad jurídica, prohibición de tratamiento discriminatorio y protección efectiva e igualitaria de la ley, en relación a los efectos jurídicos que garantice el Derecho respecto de los trabajadores, que en este caso son un grupo determinado: migrantes indocumentados; de otro, el derecho de un Estado a regular políticas migratorias, que redunden en la privación de todos o de algunos de esos efectos jurídico-laborales, al tratarse de objetivos de política interna y de orden público<sup>100</sup>. La respuesta se conformó a través de la siguiente secuencia de preguntas: a) Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación (preguntas N°s. 2.1 y 4); b) Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes (pregunta N°. 2.1); c) Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados (preguntas N°s. 2.2 y 1); y d) Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (pregunta N°. 3).

**a) Ser persona y trabajar: únicos requisitos de acceso a la igual protección jurídica del trabajo en un Estado.**

La Corte en cuanto a la definición jurídica del problema, concluyó que “[l]os derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna. 134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral. 135. Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular. 136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación

---

Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)

[Fecha de la visita 27 de enero de 2012].

<sup>100</sup> Párrafo 67.

por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.”<sup>101</sup>.

#### **b) La situación de migración potencia el desequilibrio de poder entre las partes de una relación laboral.**

Se aprecia entonces que la perspectiva es “la tradicional” del derecho a no ser discriminado. Pero a la que arriba, eso sí, luego de una interesante contextualización de lo que contratar migrantes indocumentados significa en el funcionamiento del trabajo. Lo que argumenta es que de no sancionarse tal conducta -lo que en este caso significa simplemente que la relación laboral produzca todos sus efectos-, implica que el Derecho esté dando una respuesta incentivadora a contratar bajo los mínimos del Derecho Laboral respectivo, puesto que económicamente es más barato que seguir las reglas. Pero además releva el que tolerar esa conducta significa abandonar a los trabajadores a una mayor vulnerabilidad<sup>102</sup>, puesto que junto con ser la parte débil de la relación en el sentido laboral, su situación se ve agudizada en su calidad de migrante e indocumentado, lo que le dificulta el acceso a las instituciones de protección estatal sea administrativa o judiciales, y todo ello sin consecuencias jurídicas proporcionales al empleador que incurrió en tal ilegalidad. En este sentido, precisa que la obligación de garantía implica una posibilidad cierta de responsabilidad del Estado en caso que el ilícito provenga de empleadores privados: “no basta con hacer referencia a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales de todos los trabajadores migrantes, sino que es pertinente señalar que estas obligaciones proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y a terceros”<sup>103</sup>. Entre dichos efectos, además de reconocer los mismos derechos laborales a los migrantes indocumentados respecto de los trabajadores nacionales, también se encontrará el de acceso a la justicia, punto especialmente crítico ante la ya explicada mayor vulnerabilidad

---

<sup>101</sup> Párrafos 133 y siguientes.

<sup>102</sup> La mayor vulnerabilidad de los trabajadores migrantes respecto de los nacionales es analizada en el párr. 131 y siguientes, afirmando que “[h]oy en día los derechos de los trabajadores migrantes no han sido debidamente reconocidos en todas partes” e incluso los trabajadores indocumentados “son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y (...) para determinadas empresas [ lo cual] constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal (...) Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.”.

<sup>103</sup> Párrafo 137.

del migrante indocumentado que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.

Al respecto, la Corte Interamericana fue enfática en señalar que el derecho de acceso a la justicia pertenece a todas las personas sin importar la condición de migrante en la que se encuentre dentro del Estado respectivo: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (...). Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (supra párr. 4), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA.”<sup>104</sup>.

**c) El Estado puede incurrir en responsabilidad tanto en su propia vertiente de empleador como por ser el titular del poder de regulación del marco normativo en que se desenvolverán las relaciones de trabajo dentro de un país (responde por impunidad de las infracciones de los particulares).**

Junto con dar titularidad universal al derecho de acceso a la justicia o de tutela judicial efectiva, establece que los deberes convencionales obligan a los Estados y a los particulares. “Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de

<sup>104</sup> Párrafos 108 y 109, en cita al Caso “Cinco Pensionistas”, supra nota 27, párr. 136; y cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, supra nota 27, párr. 113; Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N°. 74, párrs. 136 y 137; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia, supra nota 17, párr. 24.

protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.”<sup>105</sup>

Respecto al papel del Estado, la Opinión Consultiva destaca la naturaleza mixta de las relaciones de trabajo, estableciendo que participa de las características del Derecho público y privado, teniendo en las dos el Estado un papel clave. Sostiene la Corte que “[e]n el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente (...) En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (...). De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores (...). La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.”<sup>106</sup> Es decir, el Estado puede devenir en incumplidor en materia de trabajo tanto por su vertiente de empleador, que es, como veremos, lo que ha dado lugar a algunos contenciosos y, por la forma en que decida regular esta relación que se da en el ámbito de la autonomía de los particulares.

#### **d) Consagración del concepto de “ciudadanía social”.**

La Corte, además del aspecto discriminatorio, analiza el derecho al trabajo y a su vinculación con los otros derechos fundamentales. “Entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan. Tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto. No es debido confundir unos con otros, pero tampoco es posible ignorar la relación en que se encuentran, por el imperio mismo de las circunstancias: digamos, por ejemplo, que si bien el derecho al trabajo no se confunde con el derecho a la vida, el trabajo es condición de una vida digna, e incluso de la vida misma: factor de subsistencia. Si se niega el acceso al trabajo, o se impide al obrero la recepción de sus frutos, o se obstruye la vía jurisdiccional o administrativa por la que éste reclama sus derechos, podría quedar en riesgo la vida, y en

---

<sup>105</sup> Párrafo 110 y punto resolutivo número 5.

<sup>106</sup> Párrafos 138 y siguientes.

todo caso sufrirá menoscabo la calidad de la vida, que es un punto básico tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los civiles y políticos”<sup>107</sup>. En otras palabras, al tiempo que reafirma el valor del trabajo en la sociedad, condición de subsistencia y dignidad, lo declara como un derecho de carácter universal.

En síntesis, la opinión de la Corte al darle un carácter universal al Derecho del Trabajo haciendo opaco el dato del origen nacional de la persona a efectos de gozar de esta normativa protectora, se condice plenamente con lo que Baylos ha denominado “ciudadanía social” y Derecho del Trabajo como “Derecho para la inmigración”. “La dicotomía ciudadano/persona no es el espacio de debate que se querría explorar en este texto. Tampoco la virtualidad de la dignidad de la persona como fundamento de los derechos humanos, entendidos ciertamente en una perspectiva no iusnaturalista, que suele asomar a demasiadas aportaciones doctrinales sobre el tema, sino como una categoría construida histórica, cultural y políticamente. Situándose en una perspectiva parcialmente diferente que conecta en cierta forma con una línea de análisis del iuslaboralismo español para la cual el derecho del trabajo es un derecho ‘para la inmigración en cuanto ordenamiento de tutela de las condiciones laborales y las situaciones que afectan al estatus jurídico del inmigrante, la noción de ciudadanía se adjetiva como social y a través de ello se ‘desnacionaliza’, cambia de sentido porque ya no significa la pertenencia a una comunidad política nacional organizada como un Estado. La ciudadanía social deriva de la condición de trabajador y ‘con valores, principios y derechos que desde la Constitución y desde la legislación configuran la tutela del trabajo. Se trata de preguntarse si el trabajo puede suministrar un nuevo ‘universalismo’ igualitario (...) que constituye el peculiar tipo de ciudadanía social que se sitúa claramente en la esfera de la política democrática de un país determinado aunque de forma distinta de aquella en la que se despliega la ciudadanía política”<sup>108</sup>.

Es esa amplitud de perspectiva la que justifica una institucionalidad internacional: la perspectiva colectiva, en cuanto a que son bienes que deben poseer todas las personas por el hecho de ser tales y cuya insatisfacción constituyen conflictos que interesarán a toda la humanidad. Si bien algunos asocian la dimensión colectiva como inherente a los derechos sociales, esto puede ser contra-argumentado. Siguiendo a Pisarello y sus tesis de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, dicha dimensión está presente tanto en los derechos civiles y políticos como en aquéllos llamados sociales, ya que todos “protegen bienes jurídicos cuya incidencia es, a la vez, individualizable y colectiva. La salud, la educación, el entorno habitacional o ambiental, por ejemplo, son bienes cuya afectación

<sup>107</sup> Punto 28 del voto razonado del Juez García Ramírez.

<sup>108</sup> Agregando a esta construcción, cómo el Sindicato engarza con esta perspectiva: “en este tipo de operación que a partir de la materialidad del trabajo como relación social quiere construir una relación igualitaria en los derechos laborales y sociales, el sindicato como figura inclusiva y niveladora resulta decisiva y, en consecuencia, a este proceso son plenamente funcionales los derechos que se construyen desde la dimensión colectiva de las relaciones laborales”, BAYLOS GRAU, Antonio, *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, España, 2009, pp. 18 -19. En particular, con la huelga como instrumento especialmente idóneo para garantizar los derechos por parte de colectivos explotados, en este caso, los migrantes, reivindicando la regularización de su situación. Al hilo de lo cual vierte una crítica a las legislaciones que privan de la titularidad de este derecho a los migrantes irregulares transformándolos en “esquiroleros forzados”, op. cit., pp. 56 y 57.

puede producir tanto daños individuales como colectivos y cuya reparación, por consiguiente, puede exigir intervenciones puntuales, dirigidas a dar respuesta a la vulneración de un derecho de una persona, como intervenciones más complejas dirigidas a resolver la situación de grupos afectados más amplios. Algo similar ocurre, sin embargo, con la libertad de expresión, con la libertad ideológica, o con el derecho de asociación. Contra lo que sugiere cierta mitología liberal, ninguno de estos derechos puede concebirse en términos exclusivamente individuales, como si se ejercieran fuera de la sociedad o con independencia de la existencia de otros sujetos. Todos ellos, como casi todos los derechos, encierran en realidad libertades de expresarse y de asociarse eventualmente *contra* otros, pero también *con* otros. Así, cuando se vulneran, lo que está en juego no es sólo la libertad de expresión, ideológica o de asociación de una persona concreta sino también la calidad y el carácter plural e informado de la esfera pública en su conjunto”<sup>109</sup>.

Como último pero decisivo alcance: la Opinión Consultiva recién analizada surge a raíz de una sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso de *Hoffman Plastic Compounds Inc. v. National Labor Relations Board*, en la que determinó que un empleador estadounidense puede violar los derechos laborales de un trabajador migrante en situación irregular sin tener que pagarle salarios caídos [back pay], sin concederle indemnización ni compensación alguna. Como ya indicara, Estados Unidos no ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

## **VI. Potencialidad de la reparación de integrar demandas de redistribución y reconocimiento por medio de la universalidad del derecho al trabajo.**

Ese sentido universalista: el de la ciudadanía social, que significa el acceso a un estatuto protector por el sólo hecho de ser persona, permite conciliar las formulaciones más recientes del problema de la libertad y de la igualdad. Actualmente, el problema del bienestar como condición necesaria para la autonomía, se vuelve complejo, porque al problema redistributivo se incorporan las demandas de “reconocimiento”, constituidas por reivindicaciones sobre la identidad y la diferencia<sup>110</sup> dentro del ámbito del trabajo, que implican cuestionar el patrón dominante en la idea de “trabajador”: hombre, blanco, occidental, cuyo primer y principal paso fue situar a “la trabajadora”, a lo que se van agregando diversas características que concurren entre sí y que han significado finalmente el cuestionar la misma idea de “trabajador”, actuando en suma como la oportunidad de cuestionar el trabajo en su totalidad<sup>111</sup>.

Alex Honneth, principal teórico de la política del reconocimiento, postula que lo central en el problema de la justicia es el del “respeto”, traducido del alemán “achtung”. O mejor

---

<sup>109</sup> Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales...*, op. cit., pp. 72 y 73.

<sup>110</sup> SOLINAS, Marco, en la presentación a *Capitalismo e riconoscimento*, Firenze University Press, Florencia, Italia, 2010, p. X.

<sup>111</sup> Una interesante reflexión en este sentido ofrece Antonio LOFFREDO al decir que no sólo puede cuestionarse el que se le ofrezcan los derechos del hombre a la mujer, sin preguntarles a éstas si es el tipo de derechos a los que aspiran, sino que puede dudarse que esos derechos todavía sean deseados por los hombres, sentando que este debate es una posibilidad de replantear el trabajo, la política y la economía de todos, “Masculino y femenino en el trabajo. Singulares y plurales, individuales y colectivos”, en la obra colectiva *Trabajar en femenino, trabajar en masculino...*, op. cit., p.29.

dicho, de la “falta de”, que en italiano se planteó como “disrispetto” -antes que “desprecio”-, para dar cuenta de la dimensión eminentemente moral a la que el fenómeno se remite. Lo que hace este autor es reconstruir todos los problemas de justicia, incluidos los paradigmáticamente categorizados de “redistributivos”, traduciendo de esta forma, la cuestión del trabajo asalariado a “luchas por el reconocimiento”. Sostiene que el “malentendido” se produce al dividir en dos fases históricamente diversas a estas sendas categorías de demandas: la primera, de la reivindicación distributiva, a la que seguiría la de “la identidad”, cuyo ícono vendría a ser el movimiento feminista que, a su vez, es un mal término porque restringiría la noción a lo cultural. Para el autor, no habría en la demanda de reconocimiento un fenómeno nuevo ya que desde los nacionalismos europeos del siglo XIX, hasta las luchas africanas anticolonialistas, pasando por los movimientos obreros, tienen como elemento esencial obtener reconocimiento por las propias tradiciones y formas de vida, en este último caso, dentro del cuadro de valores capitalista<sup>112</sup>.

Como sea, ambos tipos de demandas comparten el objetivo final de la paridad de participación, tradicionalmente vinculado a los derechos políticos o a la política en el sentido de poder ser escuchado y a la vez recibir opiniones de los otros en pie de igualdad<sup>113</sup>.

Y al igual que los problemas redistributivos, son exigencias no encuadrables al marco estatal. “Hoy día, las luchas por el reconocimiento están cada vez menos vinculadas con un país o región y cada vez más despegadas de las luchas por la redistribución, a pesar de la exacerbación mundial de la desigualdad económica”<sup>114</sup>.

Para algunos, la integración de demandas de redistribución con aquéllas vinculadas al reconocimiento, permiten identificar lo que es la “tercera etapa” del Sistema Interamericano, que se encuentra en desarrollo: “[e]n la segunda etapa, los órganos de protección de derechos de la OEA comienzan a ampliar sus agendas a medida que los Estados dejan atrás el autoritarismo y necesitan adaptarse a otras necesidades políticas y legales (...) es en esa época cuando comenzaron a tomar forma las demandas que el sistema suprarregional debería abordar en la tercera etapa –la que vivimos actualmente- .

<sup>112</sup> HONNETH, Alex, *Capitalismo e...*, op. cit., p. 16.

<sup>113</sup> Este es el sentido que da Hannah ARENDT a la política y que a su vez explica la centralidad de la libertad de expresión inserta en el conjunto de derechos necesarios para obtener ese pie de igualdad en la participación, dentro del desarrollo de la actividad, *¿Qué es la política?*, traducción de Rosa Sala Carbó, Paidós, Barcelona, España, 1997, pp. 77 y 133. En España, María Fernanda Fernández encuadraba tempranamente dentro de la disciplina laboral el problema de la discriminación por razón de sexo en el de la participación, siendo ésta su repercusión más significativa: “[e]n los Tratados destaca de forma especialmente clara la idea finalista del propio concepto de discriminación. No se trata sólo de establecer distinciones, exclusiones o preferencias –que en la vida social son difícilmente evitables-. Adquieren trascendencia estas conductas porque recaen sobre un grupo humano que, en muchas ocasiones, como consecuencia de su situación previa de marginación, ve acentuada así una situación que le impide participar con plenitud en la sociedad en la que vive”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo. Planteamiento constitucional”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.

<sup>114</sup> FRASER, Nancy y HONNETH, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Ediciones Morata, A Coruña, España, 2006, p. 167.



Hoy por hoy, parte de los casos que reciben los órganos de protección inciden sobre áreas menos obvias –desde el punto de vista de la vulneración de derechos- que las desapariciones forzadas o las ejecuciones extrajudiciales que conformaban la agenda del sistema hace un par de décadas (aunque, desafortunadamente, estos casos no son historia dado que los órganos del sistema aún deben ocuparse de este tipo de situaciones). En la actualidad el sistema conoce casos sobre redistribución y reconocimiento, para usar la terminología de Nancy Fraser e intenta expandir el marco de protección hacia aquellas áreas en las que algunos Estados han promovido importantes avances, como por ejemplo los derechos de diversidad sexual<sup>115</sup>.

La evolución de las demandas redistributivas de una clase -la trabajadora-, dentro de un marco -el Estado-, que dieron la impronta al siglo XX, hasta llegar a nuevas exigencias de la heterogeneidad cultural global actual, ha sido descrito así: “[s]i la relevancia del reconocimiento es, en la actualidad indiscutible, su relación con la ‘redistribución’ sigue a falta de un conocimiento teórico suficiente. Este último término era fundamental tanto para las filosofías morales como para las luchas sociales de la época fordista. Articulados en las grandes filosofías del liberalismo igualitario de posguerra de la Segunda Guerra Mundial, el paradigma de la justicia distributiva parecía muy adecuado para analizar las reivindicaciones de los trabajadores y de los pobres de ese período. En los estados democráticos de bienestar, cuyas bases nacionales se daban en gran medida por descontado, se desencadenaron conflictos en relación de los recursos, ya la discusión se centró en el terreno distributivo, apelando a normas universalistas”<sup>116</sup>.

Sin usar las categorías de redistribución y reconocimiento, en España el análisis de conjunto más agudo sobre el modo en que se superponen ambos tipos de demandas, ha sido elaborado por María Emilia Casas Baamonde, quien parte su análisis de la “explosión de la igualdad como valor superior que dota de sentido al Estado social y democrático de Derecho (art 1.1) que es el ‘fundamento axiológico’ del orden constitucional”<sup>117</sup>.

Advierte en la intensa agenda de políticas públicas y reformas para la igualdad entre hombre y mujeres, principalmente, pero también vinculadas a otras formas de discriminación como la raza, etnia, religión, discapacidad, convicciones, etc., una línea de

---

<sup>115</sup> CONTESSSE SINGH, Jorge, “Constitucionalismo Interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en la obra colectiva *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, (César Rodríguez Garavito, coordinador), Siglo XXI editores, Madrid, España, 2011, p. 252.

<sup>116</sup> FRASER, Nancy y HONNETH, Axel, *¿Redistribución o...?*, op. cit., p. 13.

<sup>117</sup> Asimismo, el Derecho de la Unión Europea “integrado en el nuestro propio por decisión de la Constitución (art. 93 y DTC 1/2004, FJ 2), no ha sido ajeno al proceso de afirmación y extensión del valor de la igualdad como elemento de transformación de los sistemas de Derecho y, en concreto, de los Derechos del trabajo y de la seguridad social de los estados miembros, incorporando desde la constitución inicial de la Comunidad Económica Europea (1957) el principio de la ‘igual retribución, sin discriminación por razón de sexo’ (art. 119) para favorecer la libre circulación de trabajadores sin obstaculizar la libre competencia y competitividad empresariales”, CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La igualdad en las transformaciones y en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, p. 70.

“constitucionalismo débil”<sup>118</sup>, que en el marco de una crisis capitalista ha relegado la función redistributiva inherente al Derecho del Trabajo, de lo cual lo único que se puede esperar es una profundización de todas las otras desigualdades<sup>119</sup>. Sin embargo, y aludiendo ya a un contexto de crisis económica, se subrayaba la importancia de no desinteresarse por las políticas de igualdad, problema que recién se transformaba en objeto de medidas concretas y de cierta consistencia por parte del Estado, a causa de que la crisis suprimiera todo otro interés distinto a la creación de empleo<sup>120</sup>.

Redistribución y reconocimiento son demandas que han estado instaladas en un marco “westfaliano-keynesiano”, pero que, como veremos, tensionan y demuestran la necesidad

---

<sup>118</sup> “Relegando el estatuto ‘garantista’ del trabajo y de los trabajadores, de construcción tan difícil a lo largo de la historia”, CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La igualdad en las transformaciones y en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y...*, op. cit., p. 79. HONNETH rebate a la crítica de que su tesis es una especie de “premio de consuelo” dada la resignación ante el desmantelamiento del Estado de Bienestar, al sostener que se trata del fruto de una más “profunda sensibilidad moral”, *Capitalismo e...*, op. cit., p. 6. Sin embargo, su premisa, tomándose de Robert Castel, efectivamente es la de que nos encontramos en la fase final del trabajo asalariado del Estado social, a partir de lo cual asume la aspiración social de cómo dentro de ese contexto el puesto de trabajo permita no sólo la subsistencia sino también que resulte socialmente satisfactorio, op. cit., pp. 21 y siguientes. Probablemente, el Derecho del Trabajo logró su máxima proximidad a ese buscado equilibrio entre redistribución y reconocimiento una vez que a la libertad sindical y sus consiguientes reivindicaciones, se sumó la vigencia de los derechos fundamentales inespecíficos, lo que fue embestido por las reformas legislativas, particularmente las de este milenio, que lo trajeron de vuelta de forma angustiosa al mero problema de la subsistencia, dando un aspecto “suntuario” al del reconocimiento.

<sup>119</sup> “Esas políticas y reformas ahondan asimismo las demás desigualdades sociales. La progresiva flexibilización de las condiciones de trabajo, en beneficio de un creciente poder de organización empresarial (organización irregular de la jornada, modificación de horarios) dificulta las posibilidades de conciliación de las mujeres y, previamente, empeora sus condiciones de empleabilidad CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La igualdad en las transformaciones y en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y...*, op. cit., p. 80.

<sup>120</sup> “La característica principal en nuestro país cuando se analiza la eventual política de acción positiva es su reciente aparición (...). El problema se agravaría a partir de la transición política, como consecuencia del dislocamiento interno que se produce en el sistema al colisionar los principios básicos consagrados en la Constitución en materia de prohibición de discriminación por razón de sexo, con una situación de paro creciente, coincidente con la crisis económica, que aconsejaría –equivocadamente– la orientación de la política de empleo hacia una perspectiva de incremento neto del empleo, sin tender seriamente al aprovechamiento óptimo de los recursos humanos presentes en nuestra población activa, de ahí que los segmentos más desfavorecidos del mercado de trabajo verían recaer sobre ellos con especial intensidad el peso de la crisis, concentrándose, en el mejor de los casos, en sectores productivos con amplio recurso de empleo precario”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Igualdad y no discriminación...”, op. cit., pp. 138 y 139.

de salir de él para aspirar a su satisfacción. Así lo explica Fraser: “la globalización está cambiando nuestra manera de hablar de justicia. No hace mucho, en el apogeo de la democracia social, las disputas sobre la justicia presuponían lo que llamaré un ‘marco westfaliano- keynesiano’. Como las discusiones sobre la justicia solían ocurrir dentro de los Estados territoriales modernos, se daba por supuesto que trataban de las relaciones entre conciudadanos, estaban sujetas a debate dentro del ámbito público nacional y contemplaban una resolución procedente de los Estados nacionales. Esto era así para los dos grupos mayores de reivindicaciones referentes a la justicia: las reivindicaciones de redistribución socioeconómica y las reivindicaciones de reconocimiento legal o cultural (...). Hoy día, en cambio, el marco westfaliano-keynesiano está perdiendo su aura de obviedad. Gracias a una conciencia de la globalización y a las inestabilidades de la Guerra Fría, mucho observan que los procesos sociales que habitualmente configuran sus vidas desbordan los Estados territoriales. Señalan, por ejemplo, que las decisiones tomadas en un estado territorial a menudo afectan a la vida de quienes viven fuera de él, como sucede con las grandes corporaciones transnacionales, los especuladores de los mercados internacionales y las grandes instituciones inversoras”<sup>121</sup>.

No se trata de compensar el problema redistributivo centrándose en las demandas de reconocimiento, ese es un falso dilema que sólo lleva a desconocer una de las aristas del conflicto, sino de lograr acuerdos sociales que permitan a todos los miembros de la sociedad interactuar en pie de igualdad<sup>122</sup>.

En su última formulación del problema, Fraser describe que “[a] diferencia de sus predecesores del siglo XX, que militaban sobre todo en favor de la ‘redistribución’, los reclamantes de hoy formulan sus demandas en muy diversos idiomas, que se orientan a objetivos rivales. Hoy, por ejemplo, los llamamientos con acento de clase en favor de una redistribución económica se enfrentan sistemáticamente a demandas de grupos minoritarios en favor del ‘reconocimiento’, mientras que las reivindicaciones feministas de justicia de género a menudo coliden con demandas en favor de formas supuestamente tradicionales de justicia religiosa o comunitaria. El resultado es una heterogeneidad radical en el discurso sobre justicia, que plantea un importante desafío a la idea de equilibrio moral: ¿en qué balanza de la justicia pueden sopesarse imparcialmente esas reivindicaciones tan heterogéneas?”<sup>123</sup>.

A esta última formulación de su propuesta, Fraser agrega a las demandas de redistribución y reconocimiento<sup>124</sup>, la de representación, cuya función en su modelo explica: “[r]evisando mi anterior interpretación del ‘qué’ de la justicia, introduzco una tercera dimensión, la política, junto con las dimensiones económica y cultural puestas anteriormente de relieve. Analíticamente distinta de la redistribución y reconocimiento, la representación sirve en parte para explicar las ‘injusticias en el plano de la política ordinaria’, que surgen internamente, dentro de las sociedades políticas delimitadas, cuando reglas de decisión sesgadas privan de voz política a personas que ya cuentan como miembros, perjudicando

---

<sup>121</sup> FRASER, Nancy, *Escalas de Justicia*, Traducción Antoní Martínez Riu, Editorial Herder, Barcelona, España, 2008, pp. 32 y 34.

<sup>122</sup> FRASER, Nancy y HONNETH, Axel, *¿Redistribución o...?*, op. cit., p. 39.

<sup>123</sup> FRASER, Nancy, *Escalas de...*, op. cit., p. 16.

<sup>124</sup> Esta posibilidad de cumplir con las llamadas demandas de reconocimiento, la retomaremos al analizar algunas sentencias en que por medio de las reparaciones, se trató de satisfacer los aspectos de género o raciales que entrañaban los conflictos.

su capacidad de participar como partes en la interacción social.”<sup>125</sup>. Tal teoría, entronca con los planteamientos habermasianos, en cuanto a que la única forma en que no se esté prejuzgando las necesidades de otros ni intentando tutelarlos, depende de que “todos los afectados reciban la efectiva oportunidad de elevar su voz para reclamar sus propios derechos desde sus experiencias concretas de integridad vulnerada”<sup>126</sup>. La variación aquí, es introducir a un proceso judicial, una nota deliberativa, en la medida que el proceso se vuelve apto para escuchar las voces de los afectados dentro de un caso concreto. Cuestión a la que es especialmente propenso el proceso laboral, más aún las acciones vinculadas a derechos fundamentales, sea en sedes nacionales o internacionales, y muy específicamente en el capítulo reparaciones, con su tendencia a aumentar el espacio de las víctimas.

No es una idea nueva. Contesse, por ejemplo, observa esta nota deliberativa en el procedimiento de solución amistosa del Sistema Interamericano, la que identifica como “paridad de participación”. “El procedimiento de solución amistosa, contemplado en el artículo 40 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consiste en el llamamiento que hace el órgano supranacional a las partes intervinientes para que negocien la posibilidad de un acuerdo que ponga término al proceso iniciado ante el sistema “fundad[o] en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables” (art. 40.1). En estos acuerdos los Estados reconocen haber cometido una violación a alguno o varios de estos derechos y consienten la adopción de medidas de reparación y no repetición de los hechos que motivaron la denuncia junto con la parte peticionaria. El mecanismo tiene equivalencia en los sistemas procesales domésticos mediante instrumentos tales como la transacción o la conciliación. Pero el procedimiento de solución amistosa ante la CIDH tiene características propias que lo hacen especialmente distintivo. En primer lugar, las partes que se ven las caras lo hacen precisamente porque una de ellas –el Estado– no pudo o no quiso hacerlo con el ahora peticionario en el ámbito doméstico, ya sea mediante la acción de un tribunal, del Congreso o de alguna agencia de la administración. Es justamente la falta de una debida atención en el ámbito nacional lo que motiva la comparecencia de ambas partes ante un órgano regional y, en este sentido, las partes que inicialmente tenían una relación de poder muy desigual ahora se enfrentan, a instancias de la Comisión Interamericana, en condiciones de paridad. El procedimiento le otorga a la víctima, que comúnmente lo es por un patrón estructural de discriminación u otro tipo de vulneraciones sistemáticas a los derechos, la posibilidad de hablarle fuerte y claro al Estado, que está sentado frente a ella *porque* inicialmente la desoyó. En segundo lugar, en tanto se trata de un procedimiento de negociación –al cual, valga señalarlo, la Comisión puede poner término en cualquier momento con la aquiescencia de la parte peticionaria si detecta que no existe posibilidad de alcanzar un acuerdo–, las posibilidades de cumplimiento por parte del Estado de lo que allí se decida pueden ser mayores que ante una condena de la Corte IDH o un informe final de la Comisión. El Estado que acepta los términos de un arreglo amistoso lo hace porque se ha persuadido de que es valioso aceptar su responsabilidad internacional y actuar en consecuencia –por ejemplo, adoptando medidas de no repetición–. A estos efectos no importa demasiado si la postura estatal responde a una concepción robusta de los derechos de las personas o simplemente a un cálculo instrumental sobre las ventajas de evitar la condena internacional. Lo importante es

<sup>125</sup> FRASER, Nancy, *Escalas de Justicia*, op. cit., p. 22.

<sup>126</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Editorial Trotta, (sexta edición), Madrid, España, 2010, p. 511.

que existen mayores posibilidades de internalizar los estándares sobre derechos humanos ya que, de no hacerlo, la posibilidad de acuerdo simplemente no existiría (...). En este proceso de apropiación por parte de los Estados, alimentado por las interpretaciones provenientes de los organismos de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil, hay mayores posibilidades de que el Estado que originalmente no tuvo consideración hacia una persona o un grupo desaventajado tome conciencia del daño causado e intente repararlo. De no hacerlo, sabe que las cosas seguirán su curso y que, muy posiblemente, será reprendido con igual o mayor fuerza en otro momento dentro del mismo procedimiento ante la Comisión Interamericana, o posteriormente mediante una condena de la propia Corte IDH.”<sup>127</sup>.

Una perspectiva crítica a estas tendencias es la de Ferrajoli respecto de estas tendencias, articulada desde el garantismo penal, a las que llama la “aberración de las penas negociadas”. “Aquí, de nuevo, no juega el principio de mayoría. Es más, no sólo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso y, sobre todo, del proceso penal las doctrinas “consensualistas” y “discursivas” de la verdad que –nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas)- algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora al proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones de penas. En efecto, ningún consenso –ni el de la mayoría, ni el del imputado– puede valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles. Aquí, en el proceso penal no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis alternativas de la acusación”<sup>128</sup>.

En mi opinión, la negociación de una sanción de carácter penal aplicada a una persona natural, es un supuesto diverso al que se da en el Sistema Internacional o en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, y mucho menos con las figuras de conciliación que puedan contemplarse en su interior. Tanto por las características del infractor como la de las consecuencias jurídicas anexas a la infracción. No es lo mismo elegir por mayoría que abrir el proceso a diversas voces intervinientes para ampliar al máximo la perspectiva del juzgador sobre los hechos a valorar. Sin embargo, los argumentos son atendibles, pues históricamente se formaron en pos de proteger al más débil, en este caso, el delincuente, que en aquél entonces equivalía a una persona natural frente al Poder del Estado.

Resulta de interés señalar este punto del debate, ya que es una perspectiva que asume un análisis global del problema de la justicia, ante el cual los sistemas internacionales debieran estar en mejores condiciones de ofrecer alguna respuesta, que bien podría ser representarle a los Estados que su organización interna no permite la paridad de

<sup>127</sup> CONTESSÉ SINGH, Jorge, “Constitucionalismo Interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en la obra colectiva *El Derecho en América...*, op. cit., pp. 265 y 266.

<sup>128</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, (séptima edición), traducción Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, 2010, p. 27.

participación, elemento esencial de la democracia, a la que se comprometieron al ratificar la Convención. A lo mismo apunta el incluir al problema de la representación. “La adición de la tercera dimensión sirve para explicar las ‘injusticias en el plano metapolítico’, aquellas que surgen cuando la división del espacio político en sociedades delimitadas provoca un enmarque injusto de las cuestiones de primer orden de distribución y reconocimiento y representación; por ejemplo, catalogando lo que son verdaderas injusticias transnacionales como asuntos meramente nacionales”<sup>129</sup>. Al modo en que la Corte planteó el problema de los migrantes, de un lado, el derecho a ser tratado igual, condición que implica el obtener los beneficios propios del trabajo, pero de otro, subrayar cuánta ventaja saca de la discriminación el capitalismo. Pero también como incipientemente lo están encuadrando los demandantes en los ordenamientos internos. Un caso que veremos con cierta detención (por lo que han significado las sentencias respectivas en términos de reparaciones), es el de prácticas antisindicales de la empresa Starbucks, que se fundamentó por parte del sindicato accionante, en declaraciones sobre la política de su empresa, que el fundador de la Compañía, Howard Schultz, había hecho en forma pública. “Mientras Starbucks respeta la elección de nuestros *partners*, creemos firmemente que nuestro ambiente de trabajo, además de nuestros sorprendentes beneficios y compensaciones hacen que los Sindicatos sean innecesarios en Starbucks. Respetamos el derecho de nuestros *partners* a organizarse, pero creemos que no lo deberían encontrar necesario debido a nuestro ambiente *pro partner*”<sup>130</sup>, que luego eran armónicas con el tenor

---

<sup>129</sup> FRASER, Nancy, *Escalas de...*, op. cit., p. 22.

<sup>130</sup> Disponible en [http://news.starbucks.com/article\\_display.cfm?article\\_id=88](http://news.starbucks.com/article_display.cfm?article_id=88). En la misma tónica citan, del Libro de Shultz “Pour your heart into it: How Starbucks built a company one cup at time”: “El manejo benévolo gerencial debería hacer a los sindicatos superfluos (...). Estaba convencido que bajo mi liderazgo, los empleados se darían cuenta que yo escucharía sus preocupaciones. Si tuviesen fe en mí y mis motivaciones, no necesitarían un sindicato”. Demandas de las causas RIT S-32 y S-39 de 2011 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Este documento de política global de la transnacional es expresiva de lo que Lorenzo Gaeta llama la empresa “neofeudal”. “En estos espacios vuelve a operar una visión personalista y fiduciaria de la relación (...). La neoempresa de este tipo asume, además, el papel del coloso multinacional hipertecnologizado. Contradiciendo las previsiones de quienes han preconizado la ‘occidentalización’ del capitalismo japonés, la realidad de los hechos indica justo la tendencia opuesta”, GAETA, Lorenzo, “La dignidad del trabajador y las ‘perturbaciones’ de la innovación”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p. 73.

de los mails enviados por los administradores del establecimiento demandado, los que fueron parte del ramo de prueba de la parte actora<sup>131</sup>.

Y es que el problema del capitalismo nunca fue local. Esto ya fue evidenciado en 1913, por la tesis relegada -debido a que no afirmaba la inevitabilidad de la caída del capitalismo- de Rosa Luxemburgo, quien en su libro *La acumulación del capital*, explicaba que debido a que “el capitalismo no mostró ningún signo de colapso ‘bajo el peso de sus contradicciones económicas’, ella comenzó a buscar una causa externa que explicara su existencia y crecimiento continuos. La encontró en la denominada teoría del tercer hombre, es decir, en el hecho de que el proceso de crecimiento no era meramente la consecuencia de leyes naturales que dirigían la producción capitalista sino de la continua existencia de sectores precapitalistas en el país que el ‘capitalismo’ capturaba y llevaba dentro de su esfera de influencia. Una vez que este proceso se había expandido por todo el territorio nacional, los capitalistas se vieron obligados a buscar otras partes de la tierra, otras tierras precapitalistas, para integrarlas al proceso de acumulación de capital que, según su manera de ser, se alimentaba de todo lo que estuviera fuera de él mismo.”<sup>132</sup>.

Este análisis es armónico con el que la propia Arendt realiza en torno a cómo funciona la expansión imperialista y su conexión con la burguesía y el capitalismo, a fines del siglo XIX. “Lo que los imperialistas realmente deseaban era la expansión del poder político sin la fundación de un cuerpo político. La expansión imperialista había sido desencadenada por un curioso tipo de crisis económica, la superproducción de capital y la aparición de

---

<sup>131</sup> Para una profundización de la proyección del contrato de franquicia en la relación laboral, en particular por sus efectos sobre los poderes empresariales se recomienda ver MORALES ORTEGA, José Manuel, “Las relaciones interempresariales como fuente de la relación laboral”, en la obra colectiva *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, (María Fernanda Fernández López, coordinadora), Trotta, Madrid, España, 2004, p. 105. Allí señala: “[e]l franquiciado es el encargado de la contratación del personal o de retribuir a los trabajadores y cotizar por ellos en la Seguridad Social. Facultades propias del empleador, que impiden entenderlo como empleador ficticio. Pero ello no quiere decir que, por ejemplo, sea totalmente libre a la hora de decidir el perfil del trabajador contratado o la modalidad contractual con la que se va a vincular con el trabajador. Con bastante frecuencia, ambas cuestiones, así como otras proceden directamente de la voluntad del franquiciador, que las impone al franquiciado y que, por tanto, se proyectan sobre el vínculo laboral. Así, existe una influencia del franquiciador que, sin duda, diluye o relativiza los poderes empresariales del franquiciado”. Por lo anterior, y siguiendo la tesis de Gallego Sánchez, el contrato de franquicia debe considerarse como fuente de los contratos de aplicación que a él le dan vida y movimiento de lo cual deriva una consecuencia importante: “[e]l hecho de que el contrato de franquicia o, si se prefiere, la relación interempresarial sea fuente del contrato de trabajo supone, como es fácil imaginar, la posibilidad de los trabajadores de oponer dicho contrato”, op. cit., p. 107

<sup>132</sup> ARENDT, Hannah, *Hombres en tiempos de oscuridad*, Gedisa, (segunda edición), Barcelona, España, 2008, p. 49. Arendt explica en este capítulo dedicado a Rosa Luxemburgo que la preterición de su tesis se debe a que no declaraba la destrucción inexorable del capitalismo, ni reducir el problema del capital al hecho único de la expropiación burguesa naciente, dos elementos claves del marxismo. Lo cual, como apunta Arendt, significó leer como un error lo que era una “descripción eminentemente fiel de las cosas como eran en la realidad”, op. cit., p. 50.

dinero ‘superfluo’, resultado de un exceso de ahorro que ya no podía hallar inversiones productivas dentro de las fronteras nacionales. Por vez primera la inversión de poder no abrió el camino a la inversión de dinero, sino que la exportación de poder siguió mansamente al dinero exportado, dado que las inversiones incontrolables en lejanos países amenazaban con convertir en jugadores a grandes estratos de la sociedad, con hacer que toda la economía capitalista dejara de ser un sistema de producción para trocarse en un sistema de especulación financiera y con sustituir los beneficios de la producción a los beneficios de las comisiones. La década inmediatamente anterior a la época imperialista, la de los setenta del siglo XIX pudo presenciar un crecimiento sin paralelo de las estafas, los escándalos financieros y el juego en la Bolsa”<sup>133</sup>.

El imperialismo es el modo en que la burguesía entra a los asuntos públicos<sup>134</sup>, y su ideología es el “progreso”, con un sentido completamente diverso del siglo XVIII de la Francia pre revolucionaria, que “consideraba que la crítica del pasado era un medio de dominar el presente y controlar el futuro; el progreso culminaba en la emancipación del hombre. Pero esta noción tenía poco que ver con el inacabable progreso de la sociedad burguesa, que no solamente no deseaba la libertad y la autonomía del hombre, sino que estaba dispuesta a sacrificarlo todo y a todos en aras de las aparentemente sobrehumanas leyes de la historia”<sup>135</sup>. En esto la autora pone gran énfasis en el principio destructivo que implica la mentalidad imperialista y su ideología del progreso<sup>136</sup>: “[I]a nueva característica de esta filosofía política imperialista no es el lugar predominante que concedió a la violencia ni el descubrimiento de que el poder es una de las realidades políticas básicas. La violencia ha sido siempre la *ultima ratio* de la acción política y el poder ha sido siempre la expresión visible de la dominación y del gobierno. Pero ni uno ni otro habían sido anteriormente el objetivo del cuerpo político o el propósito definido de cualquier política determinada. Porque el poder entregado a sí mismo sólo puede lograr más poder, y la violencia administrada en beneficio del poder (y no de la ley) se convierte en un principio destructivo que no se detendrá hasta que no quede nada que violar”<sup>137</sup>.

En el estudio de Gallino, cuya propuesta es a escala global, pareciera vislumbrarse un final del círculo. Analizando el caso de China y los esfuerzos por incorporar derechos que regulen sus formas de producción por parte de gobiernos y sindicatos occidentales, por medio de la incorporación de cláusulas sociales en los acuerdos comerciales bilaterales, describe que este nexo entre la localización en China de Transnacionales (Tnc) americanas y europeas y “la posibilidad de valerse de trabajadores y trabajadoras desmesuradamente y dócilmente flexibles emergió con particular evidencia entre el 2006 y el 2007. Durante la primavera de 2006 el gobierno chino de hecho difundió un proyecto sobre los contratos de

<sup>133</sup> ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, traducción Guillermo Solana, Alianza Editorial, Madrid, España, quinta impresión, 2011, p. 225.

<sup>134</sup> “La burguesía, durante largo tiempo excluida del gobierno por la nación estado y por su propia falta de interés por los asuntos públicos, fue políticamente emancipada por el imperialismo”, ARENDT, Hannah, *Los orígenes...*, op. cit., p.229.

<sup>135</sup> ARENDT, Hannah, *Los orígenes...*, op. cit., pp. 235 y 236.

<sup>136</sup> Cuestión que grafica con una bella imagen de Walter Benjamin “Lo que llamamos progreso es [el] viento (...) [que] impulsa [al ángel de la historia] irresistiblemente hacia el futuro, al que vuelve la espalda mientras la pila de ruinas ante él se alza hasta los cielos”, ARENDT, Hannah, *Los orígenes...*, op. cit., p. 236.

<sup>137</sup> ARENDT, Hannah, *Los orígenes...*, op. cit., p. 228.



trabajo que introducía para ellos nuevos requisitos. De hecho estos eran exiguos, muy por debajo de aquéllos que se dan por descontado en América y Europa; de otro lado, para millones de trabajadores habría representado un progreso (...) muchas transnacionales americanas y europeas, que se consideran amenazadas por tales medidas revolucionarias, iniciaron una intensa campaña de lobby con el fin de constreñir al gobierno chino a atenuar o abandonar el proyecto de ley. Particularmente activas fueron en tal actividad la Cámara de comercio americana de Shangái y la Cámara de comercio europea en Pekín. En sus documentos, como en las declaraciones de varias sociedades interesadas, se indicaba como grave daño para las empresas la posibilidad de que en la ley en gestación se redujese la flexibilidad de sus maestranzas. Se aludía también, a veces en modo explícito, la eventualidad de deslocalizar al exterior sus instalaciones en caso que la ley fuera aprobada. No fue nunca claro dónde, visto que los salarios habrían de ser todavía más bajos que en China”<sup>138</sup>. El libro de este economista tiene como uno de sus objetivos centrales atender a las causas de la precariedad –y no a sus efectos como lo hacen las reformas flexibilizadoras-. En este escenario se cuestiona que si una de las causas de la precariedad es el proceso de economía global, cómo puede ser afrontada por un solo Gobierno o Estado<sup>139</sup>, aunque reconociendo la insuficiencia de la escala estatal para resolver el problema de éste que, en los términos de Ferrajoli, al ser un poder sin controles, “es un poder salvaje”<sup>140</sup>.

#### **V. Obligación estatal internacional de garantía y deberes derivados. Posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional de un Estado por actuaciones de particulares. Función coadyuvante del Sistema Interamericano a los Estados partes: críticas.**

Como ya se ha señalado, formar parte del Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos, impone una primera gran obligación a los Estados parte: la obligación de garantía de los derechos. Este deber “[s]e trata de una obligación positiva y complementaria, que se traduce en la obligación del Estado de promover a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades consagradas en la Convención. Esta obligación busca asegurar y proteger los derechos específicos reconocido en la Convención, salvaguardando que las personas puedan desarrollar un ejercicio real de ellos.”<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> “Las presiones y amenazas, más o menos veladas por las Tnc junto a sus asociaciones representativas, tuvieron éxito”, GALLINO, Luciano, *Il lavoro non é una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Bari, Italia, 2007, pp. 146, 147 y 148.

<sup>139</sup> A lo que GALLINO responde con la propuesta planteada en su libro, especialmente en el capítulo 10, titulado “Contra la precariedad. Una propuesta del trabajo global”, *Il lavoro non é...*, op. cit., pp. 135 y siguientes.

<sup>140</sup> “Es, por lo demás, un dato de ‘experiencia eterna’, como escribió Montesquieu, que los poderes, dejados sin límites ni controles, tienden a concentrarse y acumularse en forma absoluta: a transmutarse, en ausencia de reglas, en poderes salvajes”, FERRAJOLI, Luigi, *Poteri Selvaggi, La crisi della democrazia italiana*, Editorial Laterza, Bari, Italia, 2011, p. X.

<sup>141</sup> FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, *La prescripción gradual aplicada a los delitos de lesa humanidad*, Tesis para optar al grado de magister en Derecho por la Universidad de Chile, 2010, p. 128.

En su primera sentencia contenciosa, la Corte estableció los alcances del deber de garantía, declarando que “[l]a segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”<sup>142</sup>.

La reparación en el sentido interamericano participa de dos vertientes: por un lado, representa la tradicional postura de centrarse en el sujeto dañador haciéndole enfrentar las consecuencias de un hecho ilícito, fundado en que ello es esencial para la vida en comunidad, al hacer responsables a los sujetos por sus actos<sup>143</sup>; pero por otro, da un lugar central al restablecimiento de la víctima en sus derechos y a la recuperación de un estado lo más semejante que sea posible a aquél que ostentaba antes del ilícito. Así, la reparación cumple el deber de garantía que le impone a los Estados, que en la jurisprudencia de la Corte se ha explicado en los siguientes términos: “[e]ste deber de garantía, al estar vinculado con derechos específicos, puede ser cumplido de diferentes maneras, dependiendo del derecho que el Estado tenga el deber de garantizar y de la situación particular del caso”<sup>144</sup>. En este sentido, se puede agregar que “[l]a jurisprudencia, de la Corte Interamericana ha sido central a la hora de construir el contenido y alcance de esta obligación, de modo que los elementos específicos que la componen se han desarrollado de manera dinámica, en conjunto con la evolución de nuestro sistema regional de protección de derechos humanos.”<sup>145</sup>.

Continuando con los parámetros establecidos en dicho razonamiento, se ha indicado que: “[s]obre la obligación de garantía la Corte ha establecido que puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección (...). Como parte de dicha obligación, el Estado

<sup>142</sup> Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, (fondo). Serie C N° 4, párr. 166.

<sup>143</sup> “Si seguimos los conceptos clásicos sobre la responsabilidad desarrollados por la doctrina iusprivatista podríamos situar a la responsabilidad como uno de los pilares de la vida en comunidad. Tradicionalmente, la responsabilidad ha sido definida a partir de los efectos que el ilícito trae para el sujeto dañador: ‘ser responsables es soportar o sufrir las consecuencias de un acto’, lo que en términos más amplios se traduce en la posición que toma el Derecho respecto del sujeto dañador, el que define la responsabilidad (...). Es decir, el acento iusprivatista está puesto en el sujeto dañador y no en la víctima, a partir de lo cual se elabora la doctrina completa sobre la responsabilidad civil en el derecho privado. Esta tesis privatista fundamenta la responsabilidad poniendo frente a frente la obligación con la responsabilidad”, Nash, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, (segunda edición), Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2009, p. 10.

<sup>144</sup> Caso Garibaldi versus Brasil, sentencia de 23 de septiembre de 2009, párrafo 111.

<sup>145</sup> FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, *La prescripción gradual...*, op. cit., p. 128.

está en el deber jurídico de ‘prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación’<sup>146</sup>. Lo decisivo es dilucidar ‘si una determinada violación (...) ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. Actualmente, se distingue diversos deberes que se desprenden de la obligación de garantizar, toda vez que se trata de una obligación compleja y de amplio alcance.’<sup>147</sup> . Estas obligaciones o sub-deberes derivantes de la obligación de garantía se han identificado como: asegurar, proteger, reparar, cooperar, prevenir (integrado por las obligaciones de investigar, perseguir y sancionar). Dado que en el cumplimiento de la mayoría de estos deberes propios de la obligación de garantía, desempeña una tarea preponderante la judicatura en cuanto a la determinación de la forma en que se implementará la reparación, también deberá atenderse a los otros “sub- deberes”, al modo en que se hace en las reparaciones interamericanas, es decir, que la reparación da cumplimiento simultáneamente a estos sub deberes. Por ende, el deber de garantía que obliga internacionalmente al Estado es la principal apoyatura para justificar por qué esos criterios que se reconducen a los sub-deberes, y no otros que pudieran enunciarse.

#### **A) Aplicación de los sub-deberes de garantía y ductilidad de la reparación al ser modelable atendiendo al tipo de lesión, sujeto agresor y víctima.**

Para ilustrar este punto, es decir, que la obligación de garantía comprende el deber de reparar, pero que a su vez, la reparación cumple en sí misma todos los sub deberes de la garantía, considérese que “tener en cuenta el sufrimiento de las víctimas y reparar lo mejor posible su dolor pasa antes que nada por ‘una exigencia de justicia interna’ imponiendo a los Estados en la fase de reparación la obligación de investigar, de perseguir y de castigar a los responsables de las violaciones. Otras medidas de satisfacción tienen por objeto mostrar a la víctima y a su familia que el Estado toma en cuenta su sufrimiento. La toma en consideración de su sufrimiento es manifiesta cuando la Corte IDH impone al Estado encargarse del tratamiento médico o la entrega de los restos de la víctima a la familia para que pueda ofrecerle una sepultura conforme a sus costumbres y creencias religiosas. Tomar en consideración el perjuicio de las víctimas cobra también a veces una dimensión simbólica como las disculpas públicas del gobierno, la construcción de monumentos a la memoria de las víctimas o aun la inauguración de calles, plazas, edificios a su nombre. Estas manifestaciones públicas en su conjunto contribuyen, a la larga, a orquestar una difusión social de los valores convencionales. El derecho y la exigencia de justicia ya no están confinados en los cenáculos protegidos de las Cortes y tribunales. Este elemento es aún más evidente cuando la Corte IDH toma en consideración la construcción necesaria y existencial de la sociedad en su conjunto. A lo largo de su jurisprudencia, ha imaginado toda una serie de medidas originales que ha impuesto a los Estados; para calificarlas utiliza la expresión ‘medidas de alcance y repercusión públicos’. Así, la carga simbólica es fuerte

<sup>146</sup> FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, *La prescripción gradual...*, op. cit., p. 129, en cita a Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 236.

<sup>147</sup> FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna. *La prescripción gradual...* op. cit., p. 129.

e importante cuando la Corte IDH impone al Estado la obligación de publicar en los boletines oficiales, o incluso en los diarios de gran tirada, el o los extractos significativos del fallo de la Corte.”<sup>148</sup>.

Dada la posibilidad de modelación, la reparación permite al juez comunicar ese reconocimiento en base a rasgos específicos de la víctima o del tipo de lesión. Pues posee la potencialidad de ampliar el universo legítimo del desacuerdo político y que no se transforme en mera hegemonía y brutal represión de un grupo sobre otro<sup>149</sup>. Por ejemplo, en el caso González y otras (campo algodonero) versus México<sup>150</sup> la Corte regula por primera vez medidas reparatorias con perspectiva de género, principalmente conectadas a los rasgos discriminatorios y de desconocimiento en el tema de violencia contra la mujer que se constataron en los funcionarios públicos que recibieron las denuncias. Por ello, en el llamado capítulo de garantías de no repetición, se puso énfasis en la modificación de los protocolos de búsqueda y en capacitaciones para los funcionarios con perspectiva de género, ya que se determinó que éstos al tomar conocimiento de las desapariciones, primero indagaban en las características personales de la desaparecida, para definir si cumplía con el criterio de “alto riesgo”, es decir, determinar si “exist[ía] certeza de que [las mujeres] no tenían motivos para abandonar el hogar”, si se trataba de una niña, que “la joven [tuviera] una rutina estable” y que el reporte “tuviera características vinculadas con

<sup>148</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina”, en la obra colectiva, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, (José Vidal-Beneyto, coordinador), Amela, Valencia, España, 2009, pp. 151- 152.

<sup>149</sup> Que es a lo que apunta a corregir Nancy Fraser de lo que es la formulación de Pierre BOURDIEU, quien acentúa los aspectos excluyentes de las formaciones discursivas en ¿Qué significa hablar?, ver FRASER, Nancy, *Escalas de Justicia*, op. cit., p. 142, nota al pie 41.

<sup>150</sup> Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N°. 205. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=327>, [fecha de la visita 28 de enero de 2012]. Un presupuesto fáctico del fallo particularmente interesante fue el que determinó a la instalación de una industria maquiladora dentro de un entorno generalizado de violencia, como causa específica de la violencia, descrita en los siguientes términos: “Ciudad Juárez está ubicada en el norte del estado de Chihuahua, exactamente en la frontera con El Paso, Texas. Su población es de más de 1.200.000 habitantes. Se caracteriza por ser una ciudad industrial -en donde se ha desarrollado particularmente la industria maquiladora- y de tránsito de migrantes, mexicanos y extranjeros. El Estado, así como diversos informes nacionales e internacionales, hacen mención a una serie de factores que convergen en Ciudad Juárez, como las desigualdades sociales y la proximidad de la frontera internacional, que han contribuido al desarrollo de diversas formas de delincuencia organizada, como el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas y el lavado de dinero, incrementando así los niveles de inseguridad y violencia.”, (párrafo 113). Como se apunta en una nota de la sentencia “[e]stos alegatos coinciden con las conclusiones del Primer informe de gestión de la Comisión para Ciudad Juárez, el cual señala que en la década de los setenta y los ochenta, la industria maquiladora se caracterizó por la oferta casi exclusivamente a mujeres en un contexto de desempleo masculino, lo cual ‘produjo un choque cultural al interior de las familias’ y que ‘los hombres se quedaron sin trabajo y las que sostenían el hogar eran las mujeres’”, (nota 112).

los homicidios ‘seriales’”. Todo lo anterior con un contenido evidentemente estigmatizante, y que hacen parte de una “cultura de discriminación contra la mujer”<sup>151</sup>.

En casos de discriminación por razones raciales se decretó la publicación de la sentencia traducida en el idioma de la víctima<sup>152</sup>.

Otro ejemplo de modelación, está en el caso Masacre en Plan de Sánchez versus Guatemala. En éste se consignó que “La Corte estima que el Estado debe traducir al idioma maya achí la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso de que no se hubiere hecho, la sentencia de fondo dictada por la Corte el 29 de abril de 2004, así como la presente Sentencia. Asimismo, Guatemala debe disponer de los recursos necesarios para facilitar la divulgación de dichos textos en el Municipio de Rabinal y hacer entrega de los mismos a las víctimas del presente caso. Para tal efecto, el Estado cuenta con un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. Publicación de las partes pertinentes de las Sentencias de la Corte. Asimismo, y como lo ha ordenado en otras oportunidades, la Corte estima que, como medida de satisfacción, el Estado debe publicar dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, en español y en maya achí, tanto la Sección denominada Hechos Establecidos del Capítulo V como los puntos resolutive Primeros a Cuarto de la sentencia de fondo dictada por la Corte el 29 de abril de 2004 (*supra* párr. 18), así como el Capítulo VII titulado Hechos Probados, sin las notas al pie, y el punto declarativo Primero y los puntos resolutive”.

Con lo hasta ahora expuesto, se puede sostener que la reparación no monetaria a las lesiones de derechos fundamentales aplicada en sede laboral, engarza con la concepción que resalta el trabajo como elemento central de la sociedad y de carácter necesariamente universalizable. Al mismo tiempo, entiende el trabajo como un lugar de confluencia de diversos tipos de grupos, cada uno con sus propias particularidades, a lo cual se suma la vigencia de una serie de derechos fundamentales, los inespecíficos, que hace más de 30 años que incorporaron demandas no sólo redistributivas, la reparación no monetaria de derechos fundamentales aplicada en sede laboral, permite atender, canalizar y responder a esas nuevas demandas, llamadas de reconocimiento, por su profundo valor simbólico, a partir del acto de un Poder del Estado como lo es la sentencia<sup>153</sup>.

## **B) Posibilidad de incurrir en responsabilidades internacionales por parte de un Estado miembro por actuaciones de particulares.**

En cuanto a de qué manera puede surgir responsabilidad internacional para un Estado, por actos de particulares, fue algo que la Corte también debió definir en su primera sentencia contenciosa. El punto resulta gravitante ya que, en materia laboral, son los particulares o bien el Estado en su faz de empleador quienes pueden lesionar derechos fundamentales de

---

<sup>151</sup> Ver párrafos 205, 392, 531 y siguientes.

<sup>152</sup> Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, sentencia de reparaciones, de 19 de noviembre de 2004, Serie C 116, párrafos 102 y 103. En Chile, el único juicio en que hubo condena por discriminación racial no ordenó medidas de reparación y la única sanción fue la aplicación de una multa, sentencia T-403-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

<sup>153</sup> Como se explicara, las categorías demandas de redistribución, de reconocimiento y de participación, construcción de Nancy Fraser, son útiles para clarificar la evolución de las demandas laborales que se proyectan en la figura de las reparaciones no monetarias.

los trabajadores<sup>154</sup>. Sobre esta posibilidad de la responsabilidad internacional, la Corte sostuvo que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”<sup>155</sup>. En cuanto a la responsabilidad que surge de actuaciones de sus agentes señaló que “[e]sa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”<sup>156</sup>.

Más recientemente, dentro del voto razonado del juez Diego García-Sayan, en referencia al nivel de diligencia exigible al Estado por actuaciones de sus particulares, consignó que “[t]anto la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Europea”) como la Corte Interamericana han ido estableciendo criterios precisos y rigurosos para definir el ‘deber de prevención’ dentro de marcos situacionales más amplios y generales. La Corte Europea ha adoptado al respecto decisiones desde 1998 a través de las cuales se analiza la complejidad del tema del deber de prevención y se enumeran algunos criterios específicos para definirlo. Así, en el caso *Osman vs. Reino Unido* la Corte Europea estableció una aproximación cautelosa para definir el deber de prevención mencionando algunos criterios específicos, reiterados en posteriores y más recientes decisiones de ese mismo tribunal: ‘Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, para la Corte, la impredecibilidad de la conducta humana y las opciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de las prioridades y los recursos disponibles, esa obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. (...). En opinión de la Corte, cuando haya un alegato de que las autoridades han violado su obligación positiva de proteger el derecho a la vida (...), debe ser establecido con claridad que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o individuos identificados de ser víctimas de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus atribuciones que, apreciadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo’”<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> En concreto, hasta ahora los casos vinculados a trabajo que han sido resueltos por la Corte Interamericana han involucrado al Estado como empleador. Así: Caso Baena, Ricardo y otros versus Panamá (2001); Caso trabajadores cesados del Congreso versus Perú (2005); Caso Cinco pensionistas versus Perú (2003); Caso Acevedo Buendía (cesantes y jubilados de la Contraloría) versus Perú (2009).

<sup>155</sup> Caso Velásquez Rodríguez, párr. 172.

<sup>156</sup> Caso Velásquez Rodríguez, párr. 170.

<sup>157</sup> Caso González y otras (“Campo Algodonero”), Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 205, punto 5 del voto razonado Juez Diego García-Sayan.

Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

En jurisprudencias anteriores, el criterio fijado para ponderar los elementos llamados “impredictibilidad de la conducta humana” y “no imposición de cargas desproporcionadas” fue expresado de la siguiente manera: “para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”<sup>158</sup>.

Lo que la Corte ha evaluado, en este sentido, son las políticas públicas y su cumplimiento efectivo dentro de cada país. De verificar su insuficiencia, es lo que ha ordenado corregir dentro del capítulo de reparaciones comprendido en sus sentencias. Por ello que, en sí misma, la Reforma Procesal Laboral chileno constituye una forma de cumplimiento del deber de garantía estatal, y, en la medida que incorpore los estándares internacionales de protección –incluidas sus reparaciones de derechos fundamentales–, implica un menor riesgo de responsabilidad internacional para el Estado.

### **C) Función coadyuvante del Sistema Interamericano a los Estados partes: críticas.**

El Sistema Interamericano interviene sólo cuando los recursos internos han sido agotados<sup>159</sup>. Se debe tener en cuenta este aspecto pues tiene una consecuencia práctica en la litigación, ya que la carga de la prueba será del Estado, sobre el cumplimiento de su

---

[fecha de la visita 4 de febrero de 2012]. Complementar con lo señalado a partir de la OC -18/2003, *Sobre la condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*, Capítulo IV, sección 4.1.2.3.

<sup>158</sup> Punto 8 del voto razonado Juez Diego García Sayán, en cita al *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia* de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123.

<sup>159</sup> Artículo 46 de la CIDH: “1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición. 2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

propia obligación internacional. “Una vez que un Estado Parte ha probado la disponibilidad de recursos internos para el ejercicio de un derecho protegido por la Convención, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá, entonces, demostrar que las excepciones contempladas en el artículo 46.2 son aplicables”<sup>160</sup>.

Este requisito de acceso al Sistema Interamericano se ha ido delineando en el tiempo, en el sentido de irse entendiendo como una exigencia de brindar eficazmente protección a los derechos humanos, no sólo referida al Poder Judicial sino a todo el aparato estatal. En palabras de la Corte Interamericana: “[l]a protección de la ley la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, los cuales, a la luz de la obligación positiva que el artículo 1.1 contempla para los Estados de respetarlos y garantizarlos, implica, como ya lo dijo la Corte, el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>161</sup>.

Es que el Sistema Interamericano ha sido enfático en declarar que su función es complementaria a los esfuerzos nacionales. “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece

---

<sup>160</sup> Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. Opinión Consultiva OC 11/90 del 10 de agosto de 1990, párrafo 41. Serie A N° 11.

Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_11\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf)

[Visitado el 16 de diciembre de 2011].

<sup>161</sup> Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, párrafo 23, en cita a al criterio expuesto por primera vez en el caso *Manfredo Velásquez versus Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 166. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/4-esp.html>

[Visitado el 16 de diciembre de 2011].



el derecho interno de los Estados americanos”<sup>162</sup>. Y ello en un doble sentido: en el ya indicado en cuanto a que se activará ante una falla de los ordenamientos internos, pero además complementa en el sentido que indica el cómo deben ser protegidos los derechos fundamentales.

Debe consignarse que a partir de este aspecto es que se ha suscitado una de las mayores polémicas con la Corte, a partir de su auto proclamación de intérprete auténtica de la Convención Americana, lo que significa entender que por medio de sus fallos contra determinados países según el caso concreto, vincula a todos los Estados ratificantes. El problema se ha descrito así: “La eficacia *erga omnes* de los fallos de los tribunales internacionales de Derechos Humanos es la que más problema de aceptación pueda tener, ya que no es unánime la Doctrina en considerar que el fallo de un Tribunal Internacional pueda tener efectos más allá de los que se le puedan atribuir a las partes en el proceso específico. Se trata de la posibilidad de que la Corte Interamericana pueda enjuiciar una norma general por la cual, los efectos de las sentencias no sólo repercuten sobre las partes del proceso y reclamante particular, sino también sobre las demás personas que estén sometidas a dicha norma general. Ciertamente, el Estado y los particulares directamente implicados en el proceso y en la sentencia del Tribunal van a estar afectados por la cosa juzgada, de tal forma que ante problemas idénticos es de esperar que la Corte dicte sentencias iguales. En ese sentido, ocurre que las sentencias pueden tener efectos sobre los no implicados al producirse un efecto que la Doctrina ha llamado ‘radiactivo’ (efecto de la

---

<sup>162</sup> Párrafo segundo del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos. Posición subsidiaria que no está exenta de críticas. Se plantea que, en la medida que la Corte Internacional de Justicia siga ejerciendo la importante influencia que ha desplegado hasta ahora sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana, podría esperarse que ésta deje “de tener como elemento esencial los asuntos procesales y de carácter jurídico general, para pasar a las cuestiones propias, en cuanto a su contenido, naturaleza y elementos, de los derechos humanos considerados en sí mismos” Gros Espiell, Héctor, *Los derechos humanos y la Corte Internacional de Justicia. Una visión latinoamericana*. 2000. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/der/02120364/articulos/ANDH0101110411A.PDF> [fecha visita 2 de enero de 2011], p. 432. Una perspectiva diversa respecto de la diferencia sobre el tipo de materias que se conocen en el Sistema Interamericano y en el Sistema Europeo se ha expresado apuntando que “hay que tener en cuenta que el tipo de asuntos que llegan al sistema interamericano (aproximadamente el setenta por ciento), en su mayoría tratan de violaciones al derecho a la vida y a la integridad física; a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo, donde existe una mayor variedad en razón de la materia, y muchos casos se tramitan por violaciones a la vida privada y familiar o a aspectos del debido proceso”, Salvioli, Fabián, “Derechos, acceso y rol de las víctimas, en la obra colectiva *El futuro del Sistema...*, op. cit., p. 316.

cosa interpretada).”<sup>163</sup>. Ello, en virtud de sus artículos 62 y 68.1<sup>164</sup>, a partir de los cuales da a sus pronunciamientos la calificación de “cosa interpretada.”

Los argumentos principales de la polémica giran en torno a los conceptos de reparación-interpretación y soberanía. Se postula críticamente que la Corte confunde que sus sentencias sean definitivas e inapelables, con que sean vinculantes más allá del caso concreto, cuando ésta señala: “[l]a Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”<sup>165</sup>.

Para un efecto semejante, la opinión contraria sostiene debiera haberse agregado una regla adicional. Se plantea entonces la distinción entre un sentido fuerte y débil de lo que ha de entenderse por la expresión que genera el debate: “la jurisprudencia ha de servir de

---

<sup>163</sup> RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, “La ejecución de las sentencias de la Corte”, en la obra colectiva *El futuro del Sistema...*, op. cit., p. 456.

<sup>164</sup> Artículo 62 CADH: “1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

Artículo 68.1: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”

<sup>165</sup> Párrafo 124, Caso Almonacid Arellano y otros Versus. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

[fecha de la visita 23 de mayo de 2012]

guía”<sup>166</sup>. El sentido fuerte sería “obligatoriedad” y el débil “tomarla en consideración”. No profundizaremos más sobre el punto pues los problemas del Sistema no son el foco de este trabajo, si bien resulta necesario registrar dichos nudos. Sin embargo, parece evidente que el juez nacional de un país que ha ratificado la Convención debe “tomar en consideración” las interpretaciones que del mismo ha hecho la Corte, pues, como veremos, sin llegar a modificar lo decidido dentro un caso concreto local, no incorporar dichos doctrinas emanadas de la Corte, puede hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado. Eso es exactamente lo que sucedió en el reciente caso “Atala Riffo y niñas versus Chile”<sup>167</sup>. En otro orden de ideas, es posible sostener que las críticas más duras al Sistema Interamericano provienen de la dogmática penal, y ello debe tenerse presente para valorar dichas argumentaciones, ya que sus bases como la irretroactividad de la ley, legalidad, tipicidad, se ven alteradas por las decisiones de la Corte, en que las víctimas, centrales para el Sistema, no necesariamente y usualmente no se corresponden con los procesados por delitos dentro de los sistemas nacionales, que es el sujeto al que tienden a garantizar los recién citados principios. No sucede lo mismo en sede laboral, como se explica a continuación. Los derechos fundamentales no tensionan las bisagras del Derecho del Trabajo, en su configuración como disciplina de protección a la parte más débil y de corrección de desigualdades.

## **VI. La Reforma procesal laboral como cumplimiento de la obligación internacional de garantía y de acceso a una justicia pronta y eficaz.**

Siguiendo esta línea argumental, podemos señalar que la Reforma Procesal Laboral se inserta en un camino emprendido por Chile desde finales de la década de los noventa, constituido por un proceso de cambio de importantes políticas públicas destinadas a la modernización y modelación del sistema judicial a los principios de un Estado de Derecho. Tales políticas públicas tenían como objetivo incorporar los derechos humanos y los estándares internacionales a los sistemas de administración de justicia, así como adecuarlos

---

<sup>166</sup> Utilizada en la sentencia Brámajo de la Corte Suprema de Justicia argentina. Debe considerarse que la Constitución Argentina establece como fuente del Derecho a la Convención Americana, por lo que se genera un problema concreto ante la declaración de la Corte ya que, por consiguiente sus sentencias y opiniones, así como los Informes de la Comisión, son interpretación auténtica del sentido de la Convención. Lo cual implicaría una forma de modificación a la Constitución fuera del procedimiento que ella misma prevé para su reforma. Para profundizar ésta y otras críticas ver MALARINO, Ezequiel, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en la obra colectiva “Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional”, (Kai Ambos y Ezequiel Malarino editores), Konrad-Adenauer, Tomo II, Montevideo, Uruguay, 2010, pp. 425 y siguientes.

<sup>167</sup> Se condenó al Estado por actuaciones del Poder Judicial que implicaron discriminación en razón de orientación sexual. El caso se origina en un juicio sobre cuidado personal de los hijos. La sentencia de la Corte Suprema chilena que decidió sobre el cuidado personal no fue alterada, tampoco la legislación, pero sí se comprobó la lesión a partir del trato que recibió la denunciante por parte de la justicia, que, además, era su trabajadora, porque la víctima era una jueza.

al desarrollo social económico, político y cultural experimentado por la sociedad chilena en las últimas décadas<sup>168</sup>.

La relevancia del Derecho Internacional es recogida en forma expresa por la Reforma Procesal. En la norma que regula el contenido de las sentencias definitivas en el procedimiento de aplicación general, y que también opera en el de tutela de derechos fundamentales, artículo 495 del C.T., su numeral 5º, señala que ésta deberá indicar: “[l]os preceptos constitucionales, legales o los contenidos de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o equidad en que el fallo se funda.” El mensaje del Ejecutivo con que se presenta a tramitación el proyecto de reforma procesal en lo atinente al contenido de la sentencia, explica: “se modernizan las fuentes que pueden servir de fundamento a la sentencia, contemplándose como tales los preceptos constitucionales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, buscando con ello promover el uso de estas fuentes por los jueces de la instancia”<sup>169</sup>.

De modo que la jurisprudencia interamericana como desarrollo interpretativo operado por un tribunal especializado en la materia como es la Corte Interamericana, en el marco de resoluciones de casos concretos, adquiere un reforzado valor, pues ahora se trata de una tarea expresamente encomendada al juez laboral la de considerar el Derecho Internacional al momento de elaborar y exponer sus razonamientos.

Se trata de una labor delicada, ya que como postula el profesor Nash “los tribunales superiores de Chile han aplicado los distintos elementos del concepto de derechos fundamentales de forma tal que han comprometido la responsabilidad internacional del Estado. En algunos casos (...) esto se ha traducido en una condena internacional. He sostenido (...) que dicha responsabilidad internacional emana de una errada concepción de los derechos fundamentales”<sup>170</sup>, agregando que, en su opinión “[e]s posible aplicar en Chile, a la luz de nuestro texto constitucional vigente, la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana y de esta forma, dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y dar plena efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno”<sup>171</sup>. Y es que nadie discute que principalmente “son los tribunales internos quienes tienen a cargo velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones internacionales asumidas por los distintos países en materia de derechos humanos”<sup>172</sup>. En la medida que tales estándares sean conocidos y asimilados por los agentes del Derecho<sup>173</sup>.

<sup>168</sup> Palabras tomadas del acápite “Antecedentes y objetivos”, del sitio del Ministerio de Justicia dedicado a la reforma procesal penal, <http://www.minjusticia.cl/rpp/index.php>, [fecha de visita el 21 de enero de 2011].

<sup>169</sup> Mensaje del Ejecutivo N° 4-350, en “Historia de la Ley 20.087”, op. cit., p.22.

<sup>170</sup> NASH ROJAS, Claudio, *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Tesis doctoral Universidad de Chile, 2008, p. 329. Disponible en:

[http://www.estadodederechodh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Tesis\\_Nash.pdf](http://www.estadodederechodh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Tesis_Nash.pdf)

[Visitado el 5 de enero de 2011].

<sup>171</sup> Ibidem.

<sup>172</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002, p. 72. Haciendo cita de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC 14/94 de 9 de diciembre de 1994, párrafo N° 23, en

### **A) Algunas proximidades entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los procedimientos del orden interno de Tutela de Derechos Fundamentales en sede laboral.**

Una similitud histórica importante entre el Tribunal Regional y el proceso laboral chileno post reforma, es que tan o más en descampado se encontraban los jueces de la Corte Interamericana como hoy puede encontrarse el juez laboral al entrar a conocer en materia de derechos fundamentales. En efecto, ni la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento resolvían dos puntos clave para poder llevar adelante en buena forma esta clase de juicios: el estándar de prueba exigido y el significado de la reparación prescrita por el artículo 63.1.

La norma sobre reparación prescribe “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Como se puede observar, la norma distingue la reparación de las consecuencias del pago de la indemnización, al igual que el artículo 495 N° 3 del Código del Trabajo chileno, en el sentido que la reparación es más que la sola tutela indemnizatoria de daños. Al respecto es ilustrativo lo que se ha dicho en España de la lectura del artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que prescribe de toda clase de medida discriminatoria su condición de “nula y sin ningún valor”, Fernández López ha sostenido que “[e]videntemente, ‘nulidad’ y ‘carencia de efectos’ son una pareja de conceptos estrechamente vinculados, pero en el contexto del art. 17.1 ET, la especificación de ambos tiene un significado particular: no sólo basta con suprimir la conducta discriminatoria, es preciso, además, que los efectos que produjo o que pueda seguir produciendo en el futuro sean suprimidos también, y para lograrse este objetivo no siempre bastará con la mera declaración de nulidad. Será preciso también adoptar medidas complementarias que neutralicen los efectos de aquéllas; medidas activas, compensatorias, cuya concreción el precepto legal se abstiene de realizar, abandonándola al criterio del Juez, que deberá adoptarla en vista del contexto en que la discriminación se produjo (...). No obstante la amplitud de la fórmula legal, la existencia de una legislación procesal fuertemente apegada a soluciones clásicas, legalmente predeterminadas, ha conducido a una Jurisprudencia bastante rígida, que por ahora ha

---

la que explica el objetivo de su función consultiva: “La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos”, puesto que no se puede escindir esta función de los propósitos establecidos en la Convención, siempre en un papel coadyuvante”.

Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_14\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf)

<sup>173</sup> Esa “errada concepción” que refería el profesor NASH ROJAS, como ya se dijera, fue exactamente la que llevó a incurrir en responsabilidad internacional al Estado de Chile, por actuaciones de su Poder Judicial, en el caso “Atala Riffo y niñas versus Chile”.

neutralizado en alguna medida el apreciable potencial protector que regulan la sentencia en casos como éstos”<sup>174</sup>. Esa evolución se condice con las conclusiones a las que llevó la nulidad de actos antisindicales, al identificarse que la nulidad razona en torno a actos jurídicos y no conductas<sup>175</sup>. La actitud activa del juez en la adopción de medidas que restituyan al lesionado al estado más cercano al que se encontraba antes de la infracción, es la misma que se le pide en relación a la orden de cese<sup>176</sup>. Ésta ya no se ciñe a verificar si la conducta ilícita está en acto y hay que bloquearla<sup>177</sup>, sino que significa ordenarle al infractor que se abstenga de volver a cometerla, por ello es que la reparación de un derecho fundamental abarca en sus medidas a todas estas figuras que se hacen cargo de la redefinición del estado de cosas con el fin de garantizar el ejercicio a futuro del derecho quebrantado.

#### a) Estándar probatorio.

Sin texto normativo sobre reglas de la prueba es que la Corte Interamericana arriba al estándar de prueba indiciaria, justificando la posición que adoptará, principalmente en el carácter del denunciado: el Estado, en especial por su capacidad de actuar en orden a eliminar los elementos probatorios de su actuación ilícita<sup>178</sup>.

Esa posibilidad es la que volvía indispensable que la Corte aplicase un estándar distinto y menos exigente que el de los ordenamientos internos. En el párrafo 130 de la sentencia y siguientes, de la sentencia *Manfredo Velásquez contra Honduras*, crea el patrón por el que se guiará en lo sucesivo: “[l]a práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos (...). El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos.”. Dicho esto, resulta evidente que el juez laboral tiene la tarea más llana, pues expresamente se consagra la prueba indiciaria como la vigente en la acción de tutela laboral, no siendo susceptible de la crítica obvia respecto a que el tribunal estaría “creando” Derecho, en este caso, estándares probatorios. Pero es interesante verificar cómo la Corte debió delinearlos, basado en un argumento que es aplicable a un juicio entre trabajador y empresa: quién tiene más poder sobre la prueba<sup>179</sup>.

<sup>174</sup> Fernández López, María Fernanda, “Igualdad y no discriminación...”, op. cit., p.118 y 121.

<sup>175</sup> Valdeolivas, Yolanda, *Las conductas lesivas...*, op. cit., p. 144.

<sup>176</sup> Valdeolivas, Yolanda, *Las conductas lesivas...*, op. cit., p. 144.

<sup>177</sup> Que es la noción de orden de cese que maneja, por ejemplo, Goñi Sein, José Luis, *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Tecnos, Madrid, España, 1996, p. 10.

<sup>178</sup> Párrafo 136: “Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno.”.

<sup>179</sup> En este punto la historia del Sistema Interamericano al definir su estándar probatorio se asemeja a la del proceso laboral español pues, fue creación jurisprudencial alejarse en materia de derechos fundamentales de

## b) Legitimación activa.

En esto, la definición más adecuada es la que concibe la legitimación circunscrita a “determinar quiénes son las partes de un proceso concreto y en función de la titularidad afirmada por derechos litigiosos, y de la relación que presenta con el mismo”<sup>180</sup>. Es más adecuada porque logra no confundirla con la titularidad sobre un derecho o interés legítimo<sup>181</sup>: “lo cierto es que quien no tiene un derecho o interés legítimo, no puede obtener la tutela jurídica, aunque sí pueda pretenderla, de donde se desprenden esos dos aspectos que no han pasado desapercibidos a la doctrina, aunque con enfoques diferentes, relacionando la acción con la legitimación con base en la referencia de los derechos e intereses legítimos, cuando la legitimación presenta verdaderamente otro planteamiento, porque todo legitimado para actuar en un proceso no está protegido por un derecho o

---

la regla general del Código Civil del artículo 1.214, y aplicar una prueba cercana a lo que hoy se llama “prueba indiciaria”. Como se explicara, dicha corrección de las reglas comunes se llevó a cabo por “la jurisprudencia en el seno del proceso de trabajo, bien que con oscilaciones dignas de mención, responde de modo inequívoco a la necesidad de reforzar la protección de la posición procesal del trabajador, en cuanto sujeto más débil de la relación de trabajo, haciendo pesar ‘dicha carga sobre la parte que le es más fácil practicar la propuesta, como ocurre en los casos en que los trabajadores carecen de medios de prueba eficaces para demostrar la existencia de las obligaciones que reclaman (STCT 24-3-1965)”, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Despidos discriminatorios y Libertad Sindical*, Cuadernos Civitas, Madrid, España, 1983, pp. 75 y 76. Subrayando, el profesor Palomeque, que esto fue acogido por la mejor doctrina procesalista, (refiriéndose al profesor Prieto Castro). Señala entonces que: “por una serie de consideraciones de ‘buena fe, equidad, de facilitación del ejercicio de la defensa del derecho cuando a ello se oponen dificultades’, y razones análogas determinan en no pocas ocasiones que ‘la carga de la prueba no se distribuya conforme a las reglas admitidas, sino que se imponga a la parte que conforme a éstas no le incumbiría’. Y es precisamente esta exigencia de justicia, elevada constitucionalmente nada menos que al rango de *valor supremo* del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de derecho en que se constituye España (art. 1.1 CE), el soporte primero que el Tribunal Constitucional invoca en defensa de la construcción procesal adoptada”, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Despidos discriminatorios...*, op. cit., pp.79 y 80.

<sup>180</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, España, 1994, p. 57.

<sup>181</sup> Como sucedería con aquella que la entiende como la que “determina a la persona que es titular de los derechos o intereses jurídicos cuya lesión hace que la misma decida acudir al proceso, en calidad de parte actora o demandante, para solicitar la aplicación en su favor de la consecuencia jurídica establecida en una norma del ordenamiento; si un sujeto está legitimado activamente, pues, es porque el mismo es titular del derecho o interés legítimo litigioso, cuya preservación o restablecimiento se enjuicia en el proceso”, GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011*, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, Civitas, Madrid, España, 2011, p. 114.

interés legítimo, es más, lo normal es que una de las partes, perfectamente legitimadas, carezca de él”<sup>182</sup>.

Constituye otra semejanza entre ambos órdenes el que se establece una legitimación activa amplia. El artículo 486 del Código del Trabajo chileno, contempla varios supuestos de ejercicio de la acción:

Cualquier trabajador u organización sindical, invocando un derecho fundamental o interés legítimo, en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral. Excepción a que pueda denunciar cualquier trabajador u organización sindical es que la lesión se produzca con ocasión del despido, caso en el cual la titularidad se restringe sólo al trabajador afectado.

Si se trata de la organización a la que el trabajador afectado pertenece ésta puede intervenir como tercero coadyuvante o como denunciante principal, lo cual dependerá de lo que procesalmente le parezca mejor<sup>183</sup>, ya que el sentido de esta norma procesal laboral es legitimar activamente al sindicato<sup>184</sup>.

La Inspección del trabajo si actuando en el ámbito de sus atribuciones toma conocimiento de una lesión de derechos fundamentales, tiene el deber de denunciar.

Esta legitimación activa amplia es una “familiaridad” que la tutela presenta con el Sistema Interamericano y en general con las acciones cuyo objeto es la protección de derechos fundamentales<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El derecho del trabajador...*, op. cit., p. 56. Se advierte así que el interés pasa la noción de interés legítimo.

<sup>183</sup> En términos prácticos ninguna diferencia en cuanto a derechos para intervenir en el proceso representa el actuar como parte principal o tercero coadyuvante, salvo que éste se incorpora luego de la denuncia y, que deberá cumplir con dos prevenciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil chileno: no retrotraer el juicio a momentos anteriores, (que adquirirá importancia según cuándo se incorpore al proceso); y no entorpecer la marcha del juicio, artículo 23 en relación al artículo 17 del C.P.C.

<sup>184</sup> Por lo mismo, no se detiene en establecer que el trabajador podría ser tercero coadyuvante de la denuncia de la organización sindical, pues para ello bastan las reglas generales del Código de Procedimiento Civil chileno. Sobre este punto agradezco las observaciones del profesor Felipe Gorigoitia Abbott. La reforma a la jurisdicción social operada por la LRJS 36/2011, trajo mayor amplitud a la legitimación activa, permitiendo, en aquellos casos en los que dicha legitimación pertenezca al trabajador, actuar como terceros coadyuvantes, no sólo a la organización sindical, como lo permitía el artículo 175.2 de la LPL, sino también a las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, aunque manteniendo la limitación de que no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado, artículo 177.2.

<sup>185</sup> Un ejemplo reciente es el de España, con la LO 3/2007, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Su artículo 12.2 es una manifestación más de su pretensión de transversalidad, al irradiar todos los procesos, siempre con la salvedad del penal. Señala la norma: “artículo 12. Tutela judicial efectiva.2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos”. Aunque la restringe a la víctima en el caso del acoso sexual y el acoso por razón de sexo (numeral 3), cuestión criticable y que puede solventarse por las formas de



Totalmente distinto es el caso, pero por ello representa un avance superlativo, de la acción de protección del artículo 20 de la Constitución chilena, que permite interponerla por cualquier persona a nombre de la supuesta víctima, respecto de una serie de derechos fundamentales enumerados en la misma norma, de rango constitucional. Hasta antes de la Reforma Procesal Laboral, esta era la única vía procesal de protección de derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores vigente en Chile. No obstante que este aspecto fue destacado como un avance en las garantías procesales, una ley posterior, la N° 20.609 de 2012, llamada “Ley antidiscriminación”<sup>186</sup>, no incorporó este tipo de legitimación en base al “interés legítimo”, pues contempla la actuación de alguien distinto a la víctima concreta, cuando ésta se encuentre “imposibilitada de ejercerla” (artículo 3, inciso segundo). En cambio, lo que existe en la acción de tutela de derechos fundamentales laboral es la habilitación para deducir la acción no en nombre de otro, sino al propio nombre y en protección de un interés que le pertenece a la organización, denominado “legítimo” –y no un derecho subjetivo-.

Como se aprecia de la definición de legitimación activa dada al comienzo de este apartado, ella está estrechamente vinculada a la de interés legítimo. Esta última noción, que nace en el ámbito de la jurisprudencia administrativa francesa, para ser luego recogida en el ámbito laboral, define al interés legítimo como “el que tienen aquellas personas que, por razón de su situación objetiva en que se encuentren, por una circunstancia personal o por ser destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, diferente del de cualquier ciudadano, a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando, con motivo de persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito del interés propio. Entendida como situación jurídica individualizada desde la perspectiva procesal, comporta una específica relación con el objeto de la pretensión y, desde la sustantiva, alude al contenido de la esfera personal, excluyente de la actuación en favor de los terceros, la noción de interés legítimo nace y se desarrolla en el ámbito del interés

---

intervención de terceros no legitimados del artículo 20 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Sobre este punto y en general sobre los problemas de armonización en las distintas sedes cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, España, 2008, pp. 172, 185 y siguientes. La autora concluye preliminarmente que “la legitimación para accionar contra los actos de discriminación, en todas las jurisdicciones menos la penal, no puede descansar sólo en la respuesta de la víctima. El amplio fenómeno de asociacionismo por razón de sexo impone la toma en consideración adicional o exclusiva de estos grupos; de la forma en que integran el valor de la igualdad como un elemento constitutivo cuya exigencia es precisamente parte insoslayable de su razón de ser y da la forma en que los intereses colectivos han de combinarse con los individuales para lograr una cumplida satisfacción a todos. Por supuesto, parecidas observaciones cabe hacer en relación con aquellas instancias públicas que hayan asumido entre sus finalidades la defensa de la igualdad. Teniendo en cuenta esta doble dinámica reactiva posible –la de la víctima, basada en la titularidad del derecho a la igualdad y la de los grupos o instituciones, basada en su interés que la igualdad prevalezca– la idea de interés legítimo, de su titularidad y de los cauces habilitados para su defensa es una noción clave que la LO 3/2007 no deja cerrada ni siquiera cuando se enfrenta a ella”, op. cit., p. 188.

<sup>186</sup> Conocida como “Ley Zamudio”, porque se promulga ágilmente el 24 de julio de 2012, luego de la muerte de un joven homosexual por una golpiza en una plaza pública motivada por su condición de tal.

público, del que trae su razón de ser”<sup>187</sup>. Sin embargo, se explica la relación entre el derecho subjetivo y el interés legítimo no es tanto de figuras distintas, sino que el interés se tiene sobre “un derecho subjetivo verdadero, aun siendo de otra especie que los derechos activos o típicos, derecho que puede exigir medidas de restablecimiento específicas, distintas de la simple eliminación del acto o disposición invasoras del propio círculo vital”<sup>188</sup>, permitiendo así una mayor fiscalización de las actuaciones que afectan a los trabajadores.

Una formulación bastante clara, sobre todo porque logra desmarcar el interés legítimo de la creación de acciones populares, la entrega José Garberí Llobregat al decir que es aquél ostentado por “personas que, por la situación jurídica en la que se encuentran, o por una circunstancia de carácter personal, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos, a obtener un beneficio o a eliminar un perjuicio como consecuencia del resultado de un proceso; así, aun no siendo titular de un derecho subjetivo, si un sujeto puede obtener un beneficio, o eliminar un perjuicio, de su esfera personal o patrimonial, como consecuencia de un pronunciamiento judicial concreto, habrá que entender que el mismo se encuentra legitimado activamente, en virtud de un interés legítimo, para obtener dicho pronunciamiento judicial”<sup>189</sup>.

Rojas Rivero, compartiendo la explicación de que interés legítimo es básicamente la “situación jurídica específica en la que se encuentra un sujeto respecto a una norma objetiva, de manera que el cumplimiento de la misma le produce un beneficio, mientras que su infracción le ocasiona un perjuicio en su esfera vital”, destaca que es una facultad reaccional o impugnatoria, cuyo objetivo es el mantenimiento o restablecimiento íntegro de una situación jurídica. Por ello, si bien la distingue de una acción popular porque no es una facultad cuyo objetivo sea el puro respeto de la legalidad, no la desengancha de su origen administrativo, a partir del cual siempre representó un punto de inflexión entre garantizar la legitimidad del ejercicio del poder e instrumentalmente conseguir la eventual realización del interés sustancial del privado<sup>190</sup>. En ese confín, se explica la habilitación amplia, por la relación que se tenga con una norma, entendida esta relación de forma más general, como en el caso del interés legítimo, para solicitar una intervención judicial de dimensiones extensas como la de la reparación no monetaria. Así, se aprecia que desde el nacimiento de la noción de interés legítimo, éste constituyó un impulso a revisar los deslindes de lo

---

<sup>187</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal-Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991, p. 493.

<sup>188</sup> En cita a García de Enterría, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “El proceso de protección...”, op. cit., p. 494. Originalmente se entendía que el interés tenía que ver con la protección de la libertad sindical. Actualmente el interés es amplio según el artículo 177 N°1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y se restringe de forma expresa, como sucede en relación al acoso sexual y acosos por razón de sexo, (artículo 12.3 de la LO 3/2007, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres), que ciñe la titularidad sólo a la víctima, cuestión que es por lo demás, objeto de las fuertes críticas recién citadas, por parte de la profesora Fernández López.

<sup>189</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El nuevo proceso laboral*, op. cit., p. 115.

<sup>190</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El derecho del trabajador...*, op. cit., p. 64.

público y lo privado<sup>191</sup>. Tales tendencias son percibidas como “crisis del Derecho”, que bien puede ser percibida en un sentido positivo, en tanto normal revisión de los criterios de distinción para redefinir la dinámica de los dos términos<sup>192</sup>. Este tipo de movimientos, sin embargo, no pueden ser percibidos como crisis o puntos de inflexión dentro del Derecho del Trabajo, pues a su base está la existencia de intereses legítimos, sobre la conexión entre intereses individuales y colectivos que redefinieron los límites de los poderes empresariales<sup>193</sup>.

Como un claro ejemplo de los problemas expuestos y de las insuficiencias legislativas chilenas, y las carencias que provoca una insuficiente comprensión del Derecho del Trabajo, vale comentar la sentencia, con voto dividido, de la Corte Suprema chilena, que rechazó una acción de protección<sup>194</sup> (artículo 20 de la Constitución chilena)<sup>195</sup>, a favor de las llamadas en Chile “nanas”. Se trata de personas, generalmente mujeres, que trabajan en el servicio doméstico, incluyendo labores en las casas y de cuidados. El caso surge a partir de una serie de denuncias por discriminación, conocidas a través de los medios de comunicación. El acto impugnado por arbitrario e ilegal era el reglamento de un Club privado, que impedía su acceso a las piscinas del recinto y además requería que utilizaran “uniforme o tenida que la identifique como tal”, para su detección como trabajadoras de esta categoría.

La Corte Suprema, además de considerar que en este caso no existía daño que se hubiese podido verificar, consideró que la acción es personal, por lo que desechó aquella interpuesta por un Diputado de la República y la presidenta del Sindicato respectivo<sup>196</sup>. En rigor, no es una causa laboral de un trabajador (es) o un colectivo de ellos, contra un empleador (es), sino de trabajadores que se ven expuestos a una regla, emanada de una autonomía privada, por lo que, incluso existiendo el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, subsistía el problema de que el legitimado pasivo no era el empleador<sup>197</sup>.

---

<sup>191</sup> “El interés legítimo, siendo una categoría más amplia que la de derecho subjetivo –cuya insuficiencia como tal categoría se pone de relieve hoy por la doctrina-, no puede confundirse con la acción popular, entendida lisa y llanamente como el interés por la legalidad”, para ROJAS RIVERO es preferible establecer esa frontera caso a caso y no *a priori* por medio de una definición conceptual, *El derecho del trabajador...*, op. cit., p. 62.

<sup>192</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El derecho del trabajador...*, op. cit., pp. 62-63.

<sup>193</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El derecho del trabajador...*, op. cit., p. 67.

<sup>194</sup> Rol Ingreso Corte 2501-2012.

<sup>195</sup> Que es una acción de protección de algunos de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 19, que se crea en dictadura, por la Constitución de 1980, todavía vigente. Es, por tanto, parte y fundamento sobrevenido, de la ideología de las autoridades de la época, individualista, extremadamente liberal en lo económico y antiestatalista, cuya impronta comparte con la legislación colectiva que ya ha sido descrita y que proviene del mismo período.

<sup>196</sup> Sindicato de trabajadores independiente, es decir, según lo define el artículo 216, literal c), del Código del Trabajo chileno: “aquél que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno”.

<sup>197</sup> A diferencia de lo que eventualmente permitiría lo prescrito por el artículo 177, N°1, parte final, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: “Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y

En concreto, sostuvo la Corte Suprema, confirmando el criterio de la Corte de Apelaciones de Santiago. “Que el recurso o acción de protección, no obstante su naturaleza tutelar, debe atenerse al mandato explícito del precepto 20 de la Carta Fundamental, cuyo claro tenor literal –primero- ha personalizado su ejercicio, limitándolo sólo a quienes hubieren sufrido privación, perturbación o amenaza en sus derechos, a sus mandatarios, y a quienes comparezcan determinadamente en su favor. En seguida, ha objetivado su ámbito de aplicación, en cuanto exige, para su viabilidad, la existencia cierta de un hecho concreto, acción u omisión, que prive, perturbe o amenace los derechos referidos, afectando su ejercicio por persona cierta y determinada. Dicho en otra forma, y como se ha fallado, el arbitrio de protección no es una acción general o popular, que pueda interponerse por cualquier persona que no tenga interés inmediato y directo comprometido; ni tampoco es abstracta o potencial, puesto que requiere, *sine qua non*, a lo menos la concreción de una amenaza actual y real al legítimo ejercicio del derecho de alguien en particular. Que en la especie, ninguno de los recurrentes ha sufrido menoscabo en sus propios derechos, ni actúa en representación de ningún perjudicado en particular, ni ha logrado demostrar la amenaza o afectación del derecho de nadie en particular, no reuniéndose –en consecuencia— los presupuestos que el constituyente tuvo en vista para la procedencia del recurso”<sup>198</sup>.

Así entendido, el artículo 20 de la Constitución chilena establece que cualquiera a nombre de la víctima puede actuar, lo que de cierta forma es una norma amable en cuanto a la desformalización de la representación. El problema es que la Corte para desestimar la acción consideró como elemento insalvable, el que no se había apersonado una víctima concreta que se haya visto lesionada por el efecto del reglamento. Es ahí donde radica el primer error, desde mi punto de vista, del voto de mayoría, porque una lectura *pro actione* debió haber estimado, al menos en la representante sindical, una persona habilitada para ejercer el derecho a impugnar el reglamento, cuyos efectos irradian en forma permanente a un grupo indeterminado de personas de quien ella es representante en ejercicio de un

---

libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”. Esta norma recoge la solución jurídica de la STC 250/2007, de 17 de diciembre, que consideró que rechazar la demanda en contra de otro trabajador, dependiente de otra empresa, acusado de acoso sexual, era equivocado ya que implicaba una interpretación restrictiva del artículo 2, a), de la LPL, en circunstancias de que lo relevante no es quien sea el agresor, sino que la vulneración se produzca dentro del ámbito de trabajo. Cabe anotar que el transformar al empleador en centro de imputación final de responsabilidad, es una tendencia en materia laboral, en contraposición a su poder de configurar la organización y las relaciones laborales de las que es titular: “Con todo, la potestad de mando del empleador configura una responsabilidad por la salud del trabajador lo que lo indica como el centro de imputación de responsabilidad por los atentados a la dignidad de sus trabajadores”, GAMONAL CONTRERAS, Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis, “Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo”, XX Congreso Mundial de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 25-28 de septiembre de 2012, p. 16.

<sup>198</sup> Considerandos cuarto y quinto.

derecho fundamental como es la libertad sindical. Representante de las trabajadoras de los socios, que se encuentran en una posición de vulnerabilidad respecto del poder que las agrede. Lo cual dependería a su vez, de la lectura que realicen de dicho derecho, que como siempre no es unívoca y puede ir de una apegada al Derecho Internacional, a una literal de la norma ordinaria chilena que, como ya apuntáramos, proviene intocada en sus nudos centrales de dos decretos de la Dictadura, N°s 2.756 y 2.758, ambos de 1979, conocidos por el nombre “Plan Laboral”<sup>199</sup>.

No obstante, la cuestión no es pacífica pues el voto disidente del Ministro Muñoz, señaló: “[e]l hecho de impedir a una persona poder entrar a un lugar o espacio por motivos de raza, sexo, idioma, religión o cualquiera otra circunstancia étnica, social o cultural implica un trato discriminatorio que contraviene principios básicos de los derechos humanos plenamente asentados en la sociedad moderna y que se encuentran contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos que son leyes de la República”. Continúa la opinión disidente señalando que “[e]sta Corte Suprema de Justicia, en su función cautelar de los derechos fundamentales, le corresponde orientar la convivencia nacional en un plano de absoluta igualdad entre las personas, sin que sea posible amparar conductas que atenten en contra de esta garantía. Obligar que una persona utilice una determinada vestimenta que la identifique con un trabajo o función que, en el medio que se emplea, tiene un desvalor o una connotación de segregación, constituye una conducta discriminatoria que en nada se diferencia de la identificación por razones étnicas, políticas, sociales o religiosas que ha conocido la historia. Chile es una república y en ella todos sus habitantes gozan de igualdad de trato y derechos, sin que existan clases privilegiadas, como tampoco personas que puedan ser discriminadas arbitrariamente. Es por ello que el recurso debe ser acogido, prohibiendo la conducta reprochada, la cual no logra ser superada con una modificación estatutaria que refleja mayor segregación por razones sociales”.

Sin duda este problema tiene dimensiones mayores al problema de la legitimación activa. El razonamiento expuesto entronca con una concepción de los poderes privados, sobre los que se tratará en el Capítulo II. Esta “sensibilidad”, por llamarla de alguna manera, por parte del tribunal de más alta jerarquía en Chile, ante la discriminación de un grupo que además está constituido por mujeres, y que incluso se encuentra más precarizado que la generalidad de los trabajadores, de acuerdo a la propia norma -el Derecho del Trabajo-, cuyo fin es, paradójicamente, su protección, debiera llevar a alguna reflexión.

La Corte no pudo o no quiso ir contra un reglamento de un Club, que para efectos de la causa no es más que un hecho. Debe recordarse que no se trataba de la anulación de una ley, la que sí se vería entonces beneficiada por el principio de deferencia al legislador, dada su “posición institucional en la democracia”<sup>200</sup>. Simplemente se trata de un grupo que

---

<sup>199</sup> Para profundizar sobre esta materia se puede consultar CAAMAÑO ROJO, Eduardo y UGARTE CATALDO, José Luis, “Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico”, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2009.

<sup>200</sup> Sobre este aspecto ver UGARTE CATALDO, José Luis, , *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Legalpublishing, Santiago, Chile, 2013, y en *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad*, Tesis para optar al grado de doctor por la Universidad de Salamanca, 2012, p. 133.

sostiene valores que, manifestados por medio de su autonomía privada, producen resultados inconstitucionales. Es difícil sostener que se merma el libre desarrollo de la personalidad o perjudica al pluralismo el negar que los particulares puedan regular sus relaciones entre sí en términos de producir efectos discriminatorios. A estas alturas resulta indiscutible que los particulares no pueden darse un trato discriminatorio, menos cuando se trata de causas de aquellas que la legislación estableció como criterios sospechosos (artículo 2, inciso cuarto del CTCH: raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), y que corresponden a patrones que la política antidiscriminatoria tuvo como primer objetivo erradicar de la sociedad<sup>201</sup>.

El Sistema Interamericano, en cambio, configura una de las fórmulas más amplias de acceso de las consagradas en los instrumentos internacionales<sup>202</sup>. Para acceder al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos no se requiere que el peticionario tenga la calidad de víctima. Tampoco se exige vínculo alguno entre el peticionario y la víctima, y se admite que la petición pueda ser realizada por una ONG. Incluso las peticiones pueden plantearse sin el consentimiento de la víctima. La tendencia, dada la posición vulnerable de una víctima, es a que otros puedan actuar de modo que un tribunal llegue a conocer de la eventual lesión. Esa lectura es armoniosa con la satisfacción del deber de garantía que, por lo demás, en nada perjudica al sistema, pues el resultado final del proceso como siempre dependerá en gran medida del desempeño en la fase probatoria. Para efectos de nuestro tema, la reparación, esta semejanza es definitiva, pues explica el que para diseñar una reparación, el juzgador deberá tener en cuenta las proyecciones que eventual y muy probablemente tuvo en un determinado colectivo la lesión del derecho fundamental. No es un problema privado entre trabajador y empleador o un conjunto de éstos, sino que repercute en un ámbito que subsistirá al conflicto: aquél que se conforma en el lugar –no necesariamente físico pero sí de entramado de vínculos- de trabajo, donde se produjo la negación del derecho.

---

Disponible

en:

<http://www.tesisenred.net/handle/10803/649/browse?value=Ugarte+Cataldo%2C+Jos%C3%A9+L.&type=author>

<sup>201</sup> Al respecto ver PUEBLA PINILLA, Ana de la, “Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario”, *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, Tomo 2, 1994, p. 33; en el mismo sentido MERCADER UGUINA, Jesús, “La parte general de la Ley Orgánica para la Igualdad de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo”, en la obra colectiva *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2007, p. 23.

<sup>202</sup> OLÁSULO ALONSO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo, “La Influencia en la Corte Penal Internacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas”, en la obra colectiva *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, (Kai Ambos y Ezequiel Malarino, editores), Konrad-Adenauer, Tomo I, Montevideo, Uruguay, 2010, p. 378 y 379. El artículo clave en esta materia es el 28. E, del reglamento de la CADH que, según estos autores, permite sostener que el requisito esencial de acceso al Sistema Interamericano de protección de derechos humanos es la existencia de una víctima.

Un aspecto importante a destacar, que se retomará posteriormente, es que la centralidad de la víctima en un caso de lesión de sus derechos fundamentales no se manifiesta sólo en la legitimidad activa amplia ya explicada, ello se acentúa mucho más a la hora de fijar reparaciones. Lo demuestra la historia del Sistema Interamericano, al haberse producido una de sus más importantes evoluciones: establecer la obligatoriedad de la intervención de la víctima por sí misma y no sólo por medio de la Comisión, justamente, en la fase de fijación de reparaciones. Esa necesidad de apersonamiento y participación, es replicable en el proceso laboral chileno post reforma, al recogerse los principios de inmediación y oralidad.

### **c) Sentencia definitiva que acoge la denuncia como acto complejo.**

Implica la declaración de nulidad de un acto ilícito. Por lo mismo, se compondrá de una serie de órdenes con miras a retrotraer la situación al estado inmediatamente anterior. El artículo 495 del Código del Trabajo chileno, exige que el tribunal ordene el cese de la conducta lesiva y ello también proyectado hacia el futuro. Si se trata de una lesión con ocasión de un despido, decretará las indemnizaciones propias de esta figura (artículos 162 y 163 del Código del Trabajo chileno), además de una indemnización adicional que no puede ser inferior a seis ni superior a once meses equivalente a la última remuneración mensual, cuya fijación exacta queda entregada al juez de la causa.

Si bien el reglamento de la Corte Interamericana no detalla el contenido de la sentencia (artículo 59 del Reglamento<sup>203</sup>), distingue los pronunciamientos en: fondo, reparaciones y costas, en el caso que esta dos últimas procedan (artículos 59 y 60.1 del Reglamento)<sup>204</sup>. Pero debido al contenido de la responsabilidad internacional, las sentencias de la Corte implican también varios pronunciamientos. Esta responsabilidad es, en primer término, la de cumplir “efectivamente y de buena fe la obligación originaria”, que en el caso de corresponder a una obligación de hacer consistirá en la “*perpetuatio obligationis*, esto es cumplimiento específico de la obligación primaria contraída. En el caso de las de no hacer, la reparación consistirá en la *restitutio in integrum*, esto es, dejar sin efecto los actos que incumplieron con la obligación y los perjuicios que dicha acción pudiera haber ocasionado.”<sup>205</sup>.

Dentro de este conjunto de órdenes que debe contener la sentencia, muy importantes y verdaderamente nuevas en nuestro sistema<sup>206</sup>, son estas medidas reparatorias no monetarias cuya definición y modelación están entregadas al juez de la causa, ya que así lo prescribe

---

<sup>203</sup> Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos12.htm>

<sup>204</sup> Como explicaremos más adelante, la Corte puede postergar el pronunciamiento sobre reparaciones, tratándolo en una audiencia especial que prevé la posibilidad de mayor participación de la víctima de lo que en general admite el procedimiento.

<sup>205</sup> NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de derecho humanos (1ª edición)*, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2004, p. 28.

<sup>206</sup> Salvo que se considere la medida civil de reparación del honor, contemplada en el delito de calumnias, correspondiente al artículo 415, inciso segundo, del Código Penal chileno: “La sentencia en que se declare la calumnia, si el ofendido lo pidiera, se publicará por una vez a costa del calumniante en los periódicos que aquél designare, no excediendo de tres.”.

el único artículo que las regula<sup>207</sup>. Es en esta materia que vemos nuevamente una arteria común con el Sistema Regional –y con los planes de igualdad postuladas como posibles medidas condenatorias en casos de discriminación-, que es el sendero que ha encontrado el Derecho para ejecutar esa promesa imposible que emana de la nulidad: reconstituir el estado anterior a la lesión, como si lo que ocurrió, jamás hubiese existido.

Sobre el carácter “no privado” de la lesión de derechos fundamentales y de la tarea que impone al juez a la hora de definir reparaciones se ha dicho: “[f]inalmente, en materia de reparación de violaciones de los derechos humanos se abre un campo inexplorado por la jurisprudencia nacional. Efectivamente, el procedimiento de tutela parece admitir una suerte de reparación del daño moral en casos de violación de los derechos humanos que no necesariamente debe traducirse en el pago de una suma de dinero. Al contrario, justamente por tratarse de una violación de los derechos humanos y siempre teniendo en cuenta la naturaleza de la violación, la reparación debiera adoptar otras formas distintas a la indemnización o, en todo caso, que se sumaran a la indemnización. Insistimos, la razón de esto último se encuentra en la especial calidad del bien jurídico afectado por la violación del derecho humano. Consecuentemente, como ya es aplicado hace décadas por los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, en particular, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reparación que ordene el juez especial del trabajo podría adquirir la forma de: a) rehabilitación que habría de incluir atención médica y psicológica; b) medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; c) la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; d) una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) garantías de no repetición, etc.”<sup>208</sup>.

## **B) Una distancia y ventaja entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la acción de Tutela de Derechos Fundamentales: no lidia con el concepto de soberanía del Estado.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido objeto de potentes críticas respecto del significado que le ha dado al que es un concepto indeterminado: el deber de reparar del citado artículo 63 de la Convención. En una de las pocas sentencias de relevancia laboral

<sup>207</sup> “Artículo 495. 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 (...)”.

<sup>208</sup> AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo y CONTRERAS, Cristián, “El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile”, *Ius et Praxis*, Volumen 13, N° 1, Talca, Chile, 2007, p. 24.



que ha pronunciado la Corte, Caso Baena, Ricardo y otros versus Panamá<sup>209</sup>, vertió la declaración sobre su función reparatoria, que es la que desencadena la polémica. “Dicha norma otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación.”. Comentando sobre lo mismo y alabando el despliegue que dicha función ha tenido en el tiempo, el Juez García Ramírez, en su voto concurrente en el caso La Cantuta versus Perú (2006), afirma: “[l]a jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido especialmente dinámica y evolutiva en el renglón de las reparaciones. El desarrollo de la jurisprudencia interamericana en este ámbito ha quedado de manifiesto cuando se reflexiona sobre la distancia que media entre un régimen de reparaciones concentrados en la indemnización patrimonial –que ciertamente es indispensable y pertinente– y otro que, además de las indemnizaciones, previene medidas de gran alcance en materia de satisfacción moral para las víctimas y prevención de nuevas conductas violatorias: por ejemplo, reformas constitucionales, adopción de leyes, derogación de disposiciones de alcance general, invalidación de procesos y sentencias, reformas políticas o judiciales, etcétera.”<sup>210</sup>.

Ante tal declaración de creatividad por parte de la Corte, se ha replicado que “[e]ste párrafo describe bastante bien lo que al comienzo he nombrado como nacionalización de la Corte Interamericana: que como “reparación” de la violación de un derecho garantizado en la Convención la Corte con frecuencia ordena a los estados que adopten medidas que inciden sobre las esferas de competencia de los poderes públicos fuertemente vinculados con la soberanía nacional (...). Es difícil determinar con exactitud dónde debe trazarse el límite entre lo que puede y no puede ordenar la Corte a un estado como reparación por la violación de un derecho o libertad garantizados en la Convención, debido a la indeterminación del término reparación.”<sup>211</sup>.

Esta objeción democrática respecto de un tribunal que el autor además califica de conformado por “jueces part-time”<sup>212</sup>, no es susceptible de ser dirigida a la función reparatoria de los Tribunales Laborales: porque se trata de un poder público del orden interno, que, habilitado por una norma emanada del poder legislativo, cuya textura es indeterminada, deberá operar como se hace siempre antes estos casos, definiendo el sentido

---

<sup>209</sup> Caso Baena, Ricardo y otros versus Panamá, sentencia de competencia, 28 de noviembre de 2003, párrafos 64 y 65.

Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_104\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf)

[fecha de la visita: 5 de enero de 2012].

<sup>210</sup> Párrafo 24. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

[fecha de la visita 5 de enero de 2012]

<sup>211</sup> MALARINO, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, (Kai Ambos y Ezequiel Malarino editores), Konrad – Adenauer, Tomo I, Montevideo, Uruguay, 2010, pp. 49 y siguientes. Para una perspectiva completamente crítica del actuar de la Corte se sugiere este artículo cuyos focos de rechazo anuncia el mismo título del texto.

<sup>212</sup> MALARINO, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *Sistema Interamericano de protección...*, op. cit., p. 51

de la norma. “Las leyes de expresión indeterminada tienen un defecto lógico, uno que es, en consecuencia, tan determinable para el juez como lo es para el legislador. Por eso el legislador tiene la oportunidad de modificarla, corrigiendo la indeterminación de la expresión, si así lo quiere. Si no lo quiere o no lo hace, la expresión indeterminada puede ser determinada a través de métodos aceptados de interpretación y argumentación. En todo caso, no hay, no puede haber, un problema que el juez usurpe el poder legislativo, porque tratándose de leyes de este tipo si la indeterminación no es solucionada no hay ley aplicable: el sentido de la norma ha quedado en suspenso. Por esto permitirle al juez determinar la expresión indeterminada no es peligroso en absoluto”<sup>213</sup>.

Pero queda una última diferencia a favor de la norma de reparaciones ante esta denuncia de “intromisión de la Corte Interamericana, por medio de las sentencias de reparaciones, en funciones de las autoridades judiciales, legislativas y ejecutivas nacionales fuertemente expresivas de la soberanía estatal”: el juez laboral no tiene ante sí la soberanía o autodeterminación de un país<sup>214</sup>, sino una autonomía privada, reforzada en determinadas

---

<sup>213</sup> ATRIA LEMAITRE, Fernando, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, Revista de Estudios Judiciales N° 5, 2004, p. 128. Procedimiento que el mismo Malarino reconoce puede hacer la Corte respecto de otro concepto indeterminado contenido en la Convención: el plazo razonable, al decir que “[s]i una persona condenada por (o absuelta de) un delito muy grave reclama ante el sistema interamericano que su proceso ha durado un tiempo irrazonable y que, por lo tanto, se ha violado el artículo 8.1 de la Convención, la Corte Interamericana deberá determinar si eso ha ocurrido o no, y para hacerlo podrá echar mano a los criterios que ella misma ha elaborado para concretar la garantía.”, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *Sistema Interamericano de protección...*, op. cit., p.48.

<sup>214</sup> Analizando la insuficiencia actual del concepto de soberanía estatal, en un mundo en que no existe una fuerza que se superponga en términos absolutos a otra, y que debe atender al pluralismo social, el profesor ZAGREBELSKY ha dicho: “[l]as sociedades pluralistas actuales -es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficientes para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado-, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de la vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar una competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional”. Para afrontar el contexto descrito, propone el concepto de “Soberanía constitucional”: “Ésta es la naturaleza de las constituciones democráticas en la época del pluralismo. En estas circunstancias, hay quien ha considerado posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado (y lo que de exclusivo, simplificador y orientador tenía de por sí) por la soberanía de la

potestades de una de las partes respecto de la otra. Es por ello que para llegar a este punto, se revisarán algunos conceptos e instituciones, tradicionales por cierto, para trazar un mapa que defina qué elementos deben tenerse en cuenta para modelar la reparación, como son el concepto de sanción, en especial la de carácter privado, y los poderes del empleador de dirigir y de disciplinar la relación de trabajo.

Como se ha explicado, no es la persona específica de quien lesiona el derecho del trabajador la que interesa para la reparación, sino su papel de empleador y consiguiente poder dentro de la relación laboral, junto a su faz de deudor de la obligación de garantizar un ambiente laboral digno para sus trabajadores<sup>215</sup>. Por ello es que las reparaciones son fundamentalmente acciones u omisiones que deberán producirse en tales ámbitos. El Tribunal decretará órdenes y ante sí tendrá los derechos de propiedad<sup>216</sup> y de libertad para desarrollar cualquier actividad económica del empleador, que amparan los derechos de orden legal de organizar, dirigir y administrar la empresa<sup>217</sup>.

Sin embargo, es interesante apuntar que, tales facultades han sido objeto de interesantes relecturas en relación a cuánto poder de justificación tienen respecto del ejercicio de la potestad disciplinaria, y que son reflexiones válidas también respecto de la comisión de actos lesivos de derechos fundamentales de un trabajador: “Para la doctrina laboral nacional esta potestad disciplinaria es expresión del art. 19 N°21 de la Constitución, relativo a la libertad de desarrollar cualquier actividad económica y el derecho de propiedad (...). Estimamos discutible el fundamento constitucional para un poder punitivo privado como el descrito. Por un lado hay consideraciones prácticas más que

---

Constitución. E incluso en el plano de las relaciones entre Estados se ha recorrido un camino paralelo. Testimoniado por la introducción de la expresión ‘Constitución Internacional’, como signo de una progresiva legalización y de un repliegue de la mera efectividad del encuentro (o del desencuentro de soberanía)”, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción Marina Gascón, Editorial Trotta, (décima edición), Madrid, España, 2011, p. 13. Sobre el mismo problema se puede leer a Ferrajoli, quien centra su propuesta no en la instauración de un gobierno de carácter mundial sino en la existencia de una jurisdicción como garantía, que limite las soberanías nacionales en materia de violaciones contra la paz exterior y a los derechos humanos en el interior, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 153.

<sup>215</sup> Artículo 2, inciso segundo, en relación con el artículo 184 del Código del Trabajo chileno.

<sup>216</sup> La propiedad en el Código Civil chileno es tributaria del Código Civil napoleónico de 1804, al igual que España e Italia. Es tal el efecto de éste que es calificado como “‘monumento emblemático’ de un tipo de expresión del derecho”, JEAMMAUD, Antoine, “Desde el arrendamiento de servicios del Código civil napoleónico hasta el contrato de trabajo del vigente Derecho francés”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, p. 49, que se ha dicho que terminó por constituir una ideología según la cual una organización jurídica es tal, en la medida que coincida con la organización jurídica estatal del siglo XIX europeo y, cuya consecuencia más perniciosa, y promovida por la construcción de conceptos, pretendidamente universales al modo de la Teoría General del Derecho, es el tratamiento de instituciones histórico-jurídicas como entidades naturales, lo que sucedió paradigmáticamente con la propiedad del Código Napoleónico, TARELLO, Giovanni, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Italia, Il Mulino, 1974, pp. 15 y 16

<sup>217</sup> Artículo 306, inciso segundo, del Código del Trabajo chileno

constitucionales, dado que sin este poder probablemente el contrato no se podría ejecutar y el sistema de producción industrial podría llegar a ser inviable. En este contexto, quizás es posible sostener que el derecho a la libre iniciativa económica puede sustentar este poder disciplinario (...). Por el contrario, estimamos que no es posible fundar esta potestad en el derecho de propiedad. Se trata de una facultad organizativa del empleador reforzada por el CT frente a la insuficiencia de mecanismos civiles clásicos, como la resolución por incumplimiento o la indemnización de daños<sup>218</sup>. El derecho de propiedad en sí no faculta para una potestad sancionatoria tan intensa como la descrita. Si invito a alguien a mi casa o llevo en auto a una persona, el ser dueño de la casa o del auto no me faculta para sancionarlo disciplinariamente<sup>219</sup>. O como sintéticamente se expresara: “[d]e la propiedad sobre cosas, no se desprende un poder jurídico sobre personas”<sup>220</sup>. O incluso más, que entenderlo de otra manera corresponde a un pensamiento anterior al surgimiento del Derecho del Trabajo<sup>221</sup>.

Cabe señalar que el profesor Montoya, citado por el tratadista chileno Sergio Gamonal, justifica la existencia de un poder disciplinario en que la resolución del contrato por incumplimiento, en base al artículo 1.124 del Código Civil español, adolece de ser una respuesta extrema, y además excesiva en el caso de aplicarse a incumplimientos leves. Por su lado, la indemnización sería ilusoria por la debilidad patrimonial usual del trabajador, y aparecería la dificultad de ir a juicio y probar<sup>222</sup>.

<sup>218</sup> En este aspecto sigue y cita la doctrina del profesor Montoya Melgar en *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 363.

<sup>219</sup> GAMONAL, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del contrato de trabajo*, Abeledo Perrot Legalpublishing, Santiago de Chile, 2010, p. 99. En España, el profesor Borrajo puntualiza que este poder se explica en el tema organizativo y en el propio contrato de trabajo, más que en la propiedad del capital, del que no se deriva por sí mismo la propiedad del trabajo de otras personas, sino que tiene lugar sólo cuando aquél se cede en virtud del contrato de trabajo, BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo* (sexta edición), Tecnos, Madrid, 1989, p. 109; en igual sentido en Italia PERASIANI, Mattia, PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo e l’organizzazione del lavoro”, en el volumen IV “Contratto di Lavoro e organizzazione”, del *Trattato di Diritto del Lavoro* (Mattia Persiani y Franco Carinci, directores), Cedam, Padova, Italia, 2012, pp. 402-413-414-783.

<sup>220</sup> “Como es sabido, se ha razonado que tal posición de desequilibrio de las partes en la relación de trabajo tiene un origen extrajurídico, la propiedad del empresario de los medios de producción. Pero ese mero dato no le conferiría al empresario el poder complejo al que se ha venido aludiendo si no fuese porque le habilita a ello un instrumento jurídico. De la propiedad sobre cosas no se desprende un poder jurídico sobre personas, que es justamente el que se da en la relación de trabajo, caracterizada por entablarse entre uno que tiene poder y otro que no lo tiene. En este sentido el contrato de trabajo debe verse como el elemento de mediación que sanciona jurídicamente aquella posición de desigualdad”, APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU Antonio, presentación de *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p. 11.

<sup>221</sup> PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo e...”, op. cit., pp. 402-413-414-783.

<sup>222</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Trigésimo Segunda Edición, Madrid, España, 2010, p. 369.

Desde otro punto de vista, la profesora Fernández López, destaca la irrelevancia del daño o incluso su total ausencia en las infracciones disciplinarias, siendo la función punitiva y preventiva lo primordial en la aplicación de sanciones. “Esta tendencia me parece más ajustada a la real naturaleza del poder disciplinario. Ya se dijo en un principio que este responde a un tipo de responsabilidad constituido por sanciones inspiradas en una finalidad punitiva, en la que queda al margen la consideración del daño ocasionado al acreedor. Sólo desconociendo por completo la realidad de las cosas puede negarse que en la base de la sanción impuesta subyace la idea de castigo al culpable y de prevención de otras infracciones futuras (...). En la responsabilidad disciplinaria el daño ocupa un lugar entre los elementos que integran el supuesto de hecho que desencadena la sanción –esto es, entre los elementos que integran la falta-, pero es un lugar no necesario, porque puede no haber habido daño o ser irrelevante, ya que lo verdaderamente relevante es la inobservancia de las obligaciones que incumben al trabajador. Puede decirse que el puesto que el daño ocupa tiene como función medir la trascendencia del incumplimiento, a efectos de imponer una sanción mayor. Es un criterio para medir la proporción entre la falta y la sanción, y no un elemento constitutivo de la falta.”<sup>223</sup>

La profesora Fernández, evidencia las dificultades del contrato como fuente de atribución de la potestad disciplinaria, pero tampoco adscribe a considerarlo una delegación del poder sancionador del Estado<sup>224</sup>. “En el poder disciplinario está implicada una curiosa mezcla de cuestiones públicas y privadas. En esencia, se trata de una facultad del empresario, que versa sobre aspectos puramente contractuales; pero, por una parte, el poder disciplinario puede constituir una fuente de agresión a situaciones del trabajador que han sido respaldadas en el plano constitucional, y por otra parte, el poder público se encuentra profundamente implicado en esta actividad del empresario, en sistemas como el nuestro, por la vía de revisión de sanciones.”<sup>225</sup>. A lo que agrega la especial importancia de aplicar

---

<sup>223</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *El poder disciplinario en la empresa*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y Editorial Civitas, España, 1991, pp. 182 y 183. Ambos autores optan por fundar en el contrato los poderes del empleador, en el caso de Montoya declarando que las explicaciones de “vago carácter institucional o comunitario” se encuentran en “franco y justificado declive”, Montoya, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 365. Sin embargo, en su concepción, el elemento “organizacional” ocupa un lugar bastante central al explicar el poder directivo.

<sup>224</sup> Pues no se encuentra sujeto al estricto sistema de garantías que sí rige para la potestad punitiva del Estado, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *El poder...*, op. cit., p. 146. En una línea semejante y que resulta ilustrativa de la inadecuación de aplicar garantías penales como la de la presunción de inocencia y estándar probatorio para desvirtuarla dentro de una relación privada SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Despido y presunción de inocencia”, en la obra colectiva *Estudios sobre el despido. Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de derecho del Trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, España, 1996, pp. 362 y 363. Pero con la precisión de que, en todo caso, no forman parte del ejercicio de la potestad, sino que deberán considerarse en la revisión judicial. Aclarando que, incluso en ese caso, al juez laboral lo que se le exige es que califique pero en términos de incumplimiento contractual.

<sup>225</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *El poder...*, op. cit., p. 147.

adecuadamente esos derechos fundamentales, dentro de una relación como la de trabajo “que opone obstáculos a la efectiva igualdad”<sup>226</sup>.

Como se explicará en el Capítulo II, una evolución a las tesis contractualistas y comunitarias es la del contrato de trabajo como contrato de organización, de Mattia Persiani, porque, ante todo, reconoce el conflicto de intereses que subyace a la relación de trabajo, lo que evita que se pierda suponiendo fines que superan a los individuos de la relación de trabajo y mucho menos que éstos puedan ser “comunes”<sup>227</sup>: el que la teoría institucionalista justifique el poder empresarial en que todo se encuentra ubicado en función del interés de la empresa sólo acrecienta su anomalía<sup>228</sup>. Pero además, no se resigna a la explicación de los poderes empresariales como si fuesen un “hecho de la naturaleza” que brotan allí donde concurren muchas personas. Esos poderes son parte de la tutela que le otorga un sistema que aceptó –y consagró constitucionalmente- al capitalismo<sup>229</sup> como una forma valiosa de distribución de bienes y que, en consecuencia, le confiere una serie de garantías<sup>230</sup>. Pero dicha tesis nuevamente acierta en establecer que no se puede justificar jurídicamente, una vez que emergido el Derecho del Trabajo<sup>231</sup>, en el derecho de propiedad, el ejercicio de un poder de un privado sobre otro. La cobertura jurídica es a los intereses –además mutables- de organización de la empresa, que cuentan con su reconocimiento constitucional, y que se encuentran en conflicto con los del trabajador, a quien se le concede su propia normativa protectora a través del Derecho del Trabajo, a lo largo de la relación laboral.

Finalmente, y con todas las consideraciones efectuadas, no se puede olvidar que, llegado el caso, nos encontraremos ante una sentencia condenatoria que, como tal, implicará una restricción a los derechos del empleador. Pero que, salvo la orden inhibitoria, establecerá obligaciones de hacer usualmente de carácter temporal, lo cual resulta menos restrictivo incluso que la tradicional orden de reincorporación, que constituye la contradicción

---

<sup>226</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *El poder...*, op. cit., p. 149.

<sup>227</sup> Llegando así a un punto de encuentro, por ejemplo, con el romanticismo alemán de Hugo SINZHEIMER y su concepto de la *Gemeinschaft* (comunidad), que prescindía de la consideración de intereses comunes, explicadas en su libro *Grundzüge des Arbeitsrechts*, de 1921, ver PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo e l’organizzazione del lavoro”, en el Volumen IV “Contratto di Lavoro e organizzazione”, del *Trattato di Diritto del Lavoro* (Mattia Persiani y Franco Carinci, directores), Cedam, Padova, Italia, 2012, p. 405, nota 10.

<sup>228</sup> PERSIANI, Mattia, “Il potere...”, op. cit., pp. 780 y siguientes.

<sup>229</sup> Unas reflexiones dedicadas al capitalismo no sólo como sistema vigente y “no como el mejor, sino como el único posible”, pues sin la competencia “el Estado de bienestar deviene irrealizable”, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, en el prólogo a Magdalena Nogueira de *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, España, 1997, p. 23.

<sup>230</sup> PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo...”, op. cit., p. 786.

<sup>231</sup> Que es la explicación originaria liberal, que deriva los poderes empresariales “del hecho” de la propiedad y de la disponibilidad de los medios de producción, PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo...”, op. cit., pp. 402-413-414 y en “Il potere disciplinare”, en el Volumen IV “Contratto di Lavoro e organizzazione”, del *Trattato di Diritto del Lavoro* (Mattia Persiani y Franco Carinci, directores), Cedam, Padova, Italia, 2012, p. 780 y siguientes.

absoluta del ejercicio de la máxima potestad del empleador sobre el contrato de trabajo: la de extinguirlo.

## **VII. El concepto de reparación no monetaria y su vínculo con la justiciabilidad: función orientada a la reparación.**

Con lo hasta aquí señalado la reparación no monetaria puede ser definida como el conjunto de medidas de hacer y de no hacer, definidas por el juez de la causa, al emanar una sentencia condenatoria por lesión de derechos fundamentales, que deberán realizarse en el espacio donde se despliega la relación laboral y al que se haya proyectado la lesión respectiva, imponiéndose al empleador que ha ejercido ilícitamente los poderes empresariales, el cumplimiento de estas obligaciones, cuyos objetivos principales son restituir a la víctima -al reconocer su condición-, y asegurar el ejercicio de su o sus derechos, al mismo tiempo que afirma y difunde la vigencia de él o los derechos vulnerados, dentro del ámbito ya indicado, como expresión de la obligación internacional de garantía de los derechos fundamentales .

El Sistema Interamericano, forma parte del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyo elemento caracterizador en relación al Derecho Internacional en general, es la centralidad de la víctima. “En Derecho Internacional, esa sentencia [con la que ponen fin a un conflicto] busca establecer la responsabilidad internacional de los sujetos de Derecho Internacional por la comisión de un ilícito internacional, y en el caso del Derecho Internacional de los derechos humanos, la responsabilidad de los Estados por violaciones a derechos humanos contemplados en la Convención Internacional de que se trate<sup>232</sup>. Quiere decir que, en materia de derechos humanos, siempre debe haber como sujeto activo de la acción, un individuo al cual se le considera violado uno de sus derechos humanos, aun cuando, en algunos casos, no pueda actuar en forma directa ante el Tribunal.<sup>233</sup>”. En otras palabras, permite la “justiciabilidad” de los derechos de la Convención Americana, más otros instrumentos que se han ido agregando. ¿Y qué significa “justiciabilidad”? la posibilidad de las víctimas de acudir ante un órgano imparcial e independiente, para solicitar la reparación adecuada, si se prueba que ha ocurrido una violación, o que es probable que haya ocurrido. De lo cual resulta que reparar, es el objetivo de todo el despliegue de la actividad judicial. Vale decir, es una función orientada a la reparación.

Una característica general de corte procesal del procedimiento contencioso ante la Corte, mira al interés de la víctima, el que debe tener “carácter concentrado en virtud de que la protección de los derechos humanos consagrados por la Convención Americana, requiere

---

<sup>232</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 64.1. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Roma, 4 de noviembre de 1950, art. 50.

<sup>233</sup> RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, “Las reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos”, *Revista IDH*, Vol. 23. San José, CIDH, 1996, p. 129.

Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicasespecializado/sistema%20idh.htm>

[fecha de la visita 15 de mayo de 2012].

que dicho procedimiento sea lo más breve posible y por ello no debe estar sometido a las excesivas formalidades del proceso ordinario de carácter interno.”<sup>234</sup>.

Esta ‘posibilidad de las víctimas’ constituye a su vez un derecho: el llamado derecho a interponer un recurso, que ha sido definido como aquél que tiene “toda persona a reivindicar sus derechos ante un órgano independiente e imparcial, con el fin de obtener el reconocimiento de la violación, la cesación de la violación si ésta continúa y una reparación adecuada”.<sup>235</sup>.

La esencialidad de esta fase se puede apreciar considerando que ya en 1927, la Corte Permanente de Justicia Internacional (C.P.J.I), afirmó como principio fundamental de Derecho Internacional<sup>236</sup> que la violación de una obligación internacional implica el deber de reparar esa violación. “La Corte señaló que ‘la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de un tratado, sin que sea necesario que el propio tratado lo establezca’. Tal vez el aspecto más importante de la sentencia citada fue que contempló el deber de reparar como corolario necesario de una obligación internacional. Básicamente, aplicó un principio de lógica: todo acto violatorio del derecho internacional debe ser objeto de reparación.

Es importante recordar que esta sentencia sentó precedente, porque dejó en claro que todas las violaciones del derecho internacional traen consigo el deber de reparar la violación, se mencione expresamente o no ese deber, porque el derecho a la reparación es un derecho reconocido en el derecho internacional consuetudinario.”<sup>237</sup>.

Si bien no llegó a analizar el problema de la reparación individual, plasmó con decisión un principio que, de este modo, ha sido tomado “preferentemente del Derecho Internacional público en general más que de los sistemas jurídicos nacionales”.<sup>238</sup>.

En secuencia con lo anterior, fue dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se engendró una nueva concepción de la responsabilidad internacional del Estado, ya que ella “no se encuentra más definida por una relación entre Estados, sino que los sujetos se complejizan. Por una parte se encuentra el Estado, con la obligación de respetar los derechos y libertades fundamentales consagradas internacionalmente; y por otra, los individuos, con la posibilidad de exigir su cumplimiento, ya no como una mera concesión del Estado.”<sup>239</sup>. Es decir, el objeto de protección del derecho internacional pasa a

---

<sup>234</sup> Caso Loayza Tamayo, Resolución de 27 de junio de 1996 desechando recurso de nulidad contra la Sentencia de Excepciones preliminares, reimprimido en 1996, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [111], OEA/Ser.L/V/III.35, doc. 4 (1997).

Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/Annuals/sapp10-96.html>

[fecha de la visita 17 de mayo de 2012]

<sup>235</sup> Comisión Internacional de Juristas, *Derecho a interponer recursos y a obtener reparación por violaciones graves de los derechos humanos. Guía para profesionales*, Ginebra, Suiza, 2006, p. 47. Disponible en <http://www.icj.org/dwn/database/PGReparationsESP.pdf>

[fecha de la visita 13 de enero de 2011].

<sup>236</sup> En el caso de la Fábrica de Chorzow (Jurisdicción), Serie A, N° 9 [8.i.e.], 26 de julio de 1927.

<sup>237</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Derecho a interponer recursos...*, op. cit., p. 115.

<sup>238</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Derecho a interponer recursos...*, op. cit., p. 116.

<sup>239</sup> NASH ROJAS, *La concepción de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 15.



ser la persona, teniendo la Convención Americana un desarrollo importante a partir de este nuevo paradigma.

Se ha apuntado que al elaborarse los sistemas nacionales de protección a los derechos fundamentales tienden a poseer semejanzas estructurales con el modelo internacional, dadas por la creación de nuevas figuras de titularidad del derecho de reparación, la centralidad de la sumariedad en la tramitación como satisfacción de la necesaria oportunidad en la acción de la justicia, la reparación en sus varias dimensiones<sup>240</sup>, y en que la víctima es un foco central, aunque no la única beneficiaria de la condena, pues la declaración judicial se proyecta hacia la sociedad, cumpliendo una función de reforzamiento de la vigencia de los derechos fundamentales en ella.

#### **A) Papel central de la víctima en materia de reparaciones. La ampliación del concepto de víctima para valorar efectos sociales de las vulneraciones.**

Para algunos, la reparación se define en torno a la noción de víctima pues “en estricto rigor, son aquellas medidas que buscan restablecer al estado anterior a que se produzca la violación del derecho y por tanto, debe ser proporcional al hecho y directamente vinculada a la relación violación/víctima”<sup>241</sup>.

Como se ha señalado, “es importante resaltar como nota especificante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que la titularidad del derecho a ser reparado modifica sustancialmente la noción tradicional del Derecho Internacional. En este caso, el Estado que comete el acto ilícito es responsable a nivel interestatal y no frente a la persona individual o grupo de personas que sufrieron el daño, quienes no están en condiciones de reclamar internacionalmente, mientras, que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado del cual es nacional la víctima, no tiene injerencia alguna en la titularidad para recibir reparaciones, ya que no opera la figura de la protección diplomática”<sup>242</sup>. Así, se ha concluido que “el derecho a interponer un recurso garantiza, ante todo, el derecho de toda persona a reivindicar sus derechos ante un órgano independiente e imparcial, con el fin de obtener el reconocimiento de la violación, la cesación si ésta continúa y una reparación adecuada. El derecho a un recurso se vincula también de varias formas al derecho a obtener una reparación y, de hecho, a veces, para algunos, como el Comité de Derechos Humanos, el término ‘recurso’ comprende la reparación.”<sup>243</sup>.

A tal punto llega la vinculación entre ambos conceptos, que se ha sostenido que el contenido de la noción recurso efectivo “indica una forma de acceder a una autoridad independiente que tiene la facultad de decidir si se ha producido o si se está produciendo una violación de los derechos humanos y de ofrecer un recurso en el sentido de ordenar la cesación o reparación.”<sup>244</sup>.

---

<sup>240</sup> “Los criterios de reparación que ha establecido el Derecho Internacional Público son la restitución, la compensación, la rehabilitación y la satisfacción y garantías de no repetición”, NASH ROJAS, Claudio, *La concepción de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 14.

<sup>241</sup> NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana...*, op. cit., p. 87.

<sup>242</sup> RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, “Las reparaciones en el sistema...”, op. cit., p. 134.

<sup>243</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Derecho a interponer recursos...*, op. cit., p. 47.

<sup>244</sup> NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana...*, op. cit., p. 50.

Por lo mismo, la relación entre el concepto de víctima y de titular del derecho a reparación ha decantado en que esta última es una noción más amplia que aquella.

Víctima para el Sistema Interamericano es básicamente la persona cuyos derechos han sido conculcados; además, incluye a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa; y, en seguida, a las personas que hayan sufrido daños para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización<sup>245</sup>.

Otra noción proveniente de este desarrollo es la de víctima colectiva, cuya fuente normativa se encuentra en el derecho de los pueblos a la libre determinación en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>246</sup>; y muy cardinalmente en la Carta Africana de los Derechos Humanos y los Pueblos, en la que se establece que “los pueblos expoliados tendrán derecho a la recuperación legítima de su propiedad, así como a recibir una indemnización adecuada”, (en su artículo 21). Dentro de este argumento, vinculado a pueblos indígenas, es la normativa del Convenio 169 “Sobre pueblos indígenas y tribales” de la OIT (1989), la que se considera como más innovadora, ya que establece en su artículo 15, que si el Estado explota los recursos de las tierras de los pueblos indígenas o tribales, los pueblos interesados “deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Como se dijera, el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, de 31 de agosto de 2001, que es la pieza fundacional de la construcción con que la Corte Interamericana de Derechos Humanos empieza a responder al problema del despojo y de re-titulación de la tierra indígena. Este es el proceso del que emana el llamado “racismo epistémico”, entendido como la negación de otros sistemas de vida y de otras epistemologías de relacionamiento con la tierra y la naturaleza. La denuncia de esta lógica fundamenta el desarrollo de derechos como la consulta y el consentimiento y ha sido central en los debates de los mecanismos internacionales de derechos de los pueblos indígenas. La Corte Interamericana en esta sentencia reinterpreta el derecho de propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su formulación individualista, poniéndolo en relación al artículo 27 del Pacto Internacional de

---

<sup>245</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Derecho a interponer recursos...*, op. cit., p. 34.

<sup>246</sup> Junto con la Declaración sobre concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y la resolución de la Asamblea General sobre la Soberanía permanente sobre los recursos naturales.

Derechos Civiles y Políticos<sup>247</sup>, que recoge el carácter colectivo del derecho a la cultura, articulando una noción de propiedad situada en el ámbito comunitario<sup>248</sup>.

Volviendo a las formas de reparación, la Corte Interamericana, en una primera fase, al solicitarse como reparación por parte de la Comisión indemnizaciones a favor de una tribu, si bien no entregó la reparación solicitada, no cerró la posibilidad de hacerlo, ya que la razón de su negativa fue que no se demostró un móvil racial en las conductas sancionadas<sup>249</sup>. La alegación de la petición fue planteada así: “en la sociedad Maroon tradicional, una persona no es sólo miembro de su grupo familiar, sino también miembro de su comunidad aldeana y del grupo tribal. En este caso, el perjuicio experimentado por los aldeanos debido a la pérdida de miembros de su grupo debe ser indemnizado. Como los aldeanos constituyen en la práctica una familia en sentido amplio (...) han sufrido perjuicios emocionales directos resultado de las violaciones a la Convención”<sup>250</sup>.

Comentando la decisión de la Corte, se ha comentado que esta interpretación extensiva de “parte lesionada” no cabe “en casos de violaciones de derechos civiles y políticos, pero en situaciones donde se violen derechos económicos, sociales y culturales, o más aún, de la tercera generación (v.gr. derecho a un medio ambiente sano, derecho a la paz, etc.), es evidente que el sujeto pasivo de la violación es la colectividad”<sup>251</sup>. No se comparte esta distinción en base a las generaciones de derechos –el caso de la Comunidad Awastingni y

---

<sup>247</sup> Artículo 27: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”, Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>248</sup> Pero el problema que aborda el fallo destaca por su complejidad, pues pone a prueba las capacidades de la ponderación, ya que lo que debería balancearse es una visión del pueblo indígena, cuya relación con la tierra es tan indivisa que ante su reubicación en el período colonial reaccionaron con suicidios colectivos y las decisiones políticas del gobierno que lo llevan a otorgar en 1994 una concesión maderera a una empresa coreana, SOLCARSA, dentro del territorio tradicional de la Comunidad. Lo que sólo subraya que el de la Corte Interamericana es un esfuerzo serio por reconocer epistemologías diversas y contrarias - que incluyen adentrarse de una manera seria en culturas que manejan un diverso significado de problemas tan profundos de la concepción de la muerte-, y que no pertenecen al mismo bagaje cultural que inspira a la herramienta con la que pretende enfrentar el problema: el Derecho. Agradezco a Mónica Mazariegos por compartir su análisis del caso. Para un resumen del caso y exposición del incumplimiento por parte del Estado de la condena, ver:

<http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/awastingni/newsletter/newsletter.htm>

<sup>249</sup> RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, “Las reparaciones...”, op. cit., p. 135.

<sup>250</sup> Caso Aloeboetoe y otros versus Surinam, Reparaciones y Costas. Sentencia 10 de septiembre de 1993. Serie C N° 15, parr. 19.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf)

[fecha de la visita 16 de mayo de 2012].

<sup>251</sup> Ibidem.

su formulación sobre el derecho de propiedad es esclarecedor: los derechos civiles y políticos, en particular, el derecho a la no discriminación, cumplen una función básica e imprescindible dentro del sistema, ya que profundizados admiten canalizar diversas demandas de reconocimiento. Las reivindicaciones de colectivos definidos “culturalmente como ‘grupos’ o ‘comunidades de valor’ que luchan por la defensa de sus ‘identidades’, por acabar la ‘dominación cultural’ y ganar ‘reconocimiento’”<sup>252</sup>. Constituye un problema que se encuentran en actual desarrollo todavía respecto al primer y punta de lanza de la política antidiscriminatoria: las mujeres<sup>253</sup>, pero que ha servido de modelo para otros grupos subordinados en relación a patrones dominantes en la sociedad. En síntesis lo que se pretende aquí es poner sobre la mesa el problema de canalización de demandas de las mal llamadas minorías, en que grupos que se han encontrado sometidos a patrones dominantes impuestos ponen en cuestión las formas de representación que resuelven por mayorías, problema que no es ajeno al mundo del trabajo, que es una de las encrucijadas actuales del Sindicato, de la cual depende relegitimarlo y revitalizarlo como actor de representación.

---

<sup>252</sup> FRASER, Nancy, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Magdalena Holguín, Isabel Cristina Jaramillo, Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 1997, p. 5. Considérese simplemente, que cuando se postulaba a principios de los años noventa, la distinción entre redistribución y reconocimiento, ésta se veía arremetida por una crítica dura, en torno a que dicha política “tiene un impulso inherente hacia la autoafirmación particularista, que rechaza el universalismo de los ‘sueños comunes’ y que no guarda relación alguna con la justicia. Sin embargo, de hecho, estos movimientos surgieron inicialmente para protestar contra particularismos disfrazados -el machismo, el etnocentrismo del blanco anglosajón, el heterosexismo- ocultos tras la parodia del universalismo. En este sentido, tienen todo que ver con la justicia”. Es apreciable una resonancia directa en las legislaciones laborales, que, centradas en una política de no discriminación, en sus primeras formulaciones estaban centradas en “erradicar determinados elementos diferenciadores tradicional e históricamente arraigados en la sociedad”, PUEBLA PINILLA, Ana de la, “Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario”, op. cit., p. 33; en el mismo sentido MERCADER UGUINA, Jesús, “La parte general de la Ley Orgánica para la Igualdad de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo”, La parte general de la Ley Orgánica para la Igualdad de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo”, en la obra colectiva *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2007, p. 23.

<sup>253</sup> “Hasta hace poco, por ejemplo, las feministas eran minoría en pensar que la violencia doméstica contra la mujer era un asunto de interés común y, por consiguiente, un tópico legítimo de discurso público, la gran mayoría de la gente consideraba que era un asunto privado que concernía únicamente a un número reducido de parejas heterosexuales (...). Las feministas formábamos entonces un contra-público subalterno desde el cual propagábamos la idea de que la violencia doméstica es un rasgo sistémico y muy difundido en las sociedades patriarcales. Eventualmente, después de una oposición discursiva sostenida, conseguimos convertir este asunto en un problema de interés común. El punto es que, a este respecto, no existen fronteras naturales dadas a priori.”, FRASER, Nancy, *Iustitia Interrupta...*, op. cit., p. 123.

Luego de este excursus y retomando la figura de la reparación, diversa a la indemnización, ésta en derechos fundamentales *per se*, tiene una proyección social. “En la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización”<sup>254</sup>. En casos posteriores, que involucraban a pueblos indígenas y en que los peticionarios eran una comunidad, fue acertando un distingo que no es ajeno a problemas propios del Derecho del Trabajo, la difícil delimitación del concepto de interés colectivo. Así, en los casos Masacre de Caloto versus Colombia y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni versus Nicaragua; sin perjuicio de las reparaciones individuales, ordena reparaciones sociales. En otras palabras: al enfrentarse a la violación del derecho de un grupo, entiende que las reparaciones deberán considerar este carácter y consistir en obras o servicios de interés colectivo<sup>255</sup>. Se trata de una nueva categoría, distinta a los derechos “de los grupos”, contemplados en instrumentos como el Protocolo facultativo de la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) u otros, relacionados a las mal llamadas “minorías” como la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, que pretenden posibilitar el ejercicio conjunto de los derechos de cada individuo integrante de un colectivo, pero no abordan el problema de los derechos cuya titularidad pertenece al colectivo en sí.

En la terminología de la Corte Interamericana, contenida en el artículo 41 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades fundamentales y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se habla de parte perjudicada, en sintonía con lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.

En síntesis, no se ha tratado de verdaderas definiciones sino que se ha ido perfilando por medio de determinar quién tiene derecho a reparación. En lo que a este trabajo respecta, interesa mostrar la etapa actual en que se encuentra el Sistema, en que hace esfuerzos importantes de conciliar diversas visiones de mundo, gracias a su vocación de dirigirse y centrarse en la víctima, especialmente a la hora de fijar el capítulo reparaciones. Lo que es de extraordinaria importancia para una región en la que coexisten muchos y diversos pueblos<sup>256</sup>. Lo cual no es en absoluto un particularismo americano, sino un requerimiento

---

<sup>254</sup>Caso Aloeboetoe y otros versus Surinam, Reparaciones y Costas. Sentencia 10 de septiembre de 1993. Serie C N° 15, párrafo 96.

<sup>255</sup> En una orientación muy similar, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, conociendo de una queja por la destrucción de la tierra de las Comunidades de Ogoni, en Nigeria, consideró que el elemento colectivo era esencial de los derechos humanos en África, declarada la violación de los derechos fundamentales tanto de las comunidades como la de sus miembros, apeló al gobierno de Nigeria para garantizar la protección del ambiente, la salud y los medios de sustento del pueblo afectado, exhortándolo a adoptar diversas medidas como investigaciones, estudio de impacto ambiental, información; sin perjuicio de la indemnización a las víctimas de invasiones patrocinadas por el Estado y reparación y asistencia para reubicarlas, además del compromiso de limpiar totalmente las tierras y ríos dañados por las operaciones petroleras. Ver en Centro de Acción por los derechos sociales y económicos y Centro de derechos Económicos y sociales contra Nigeria, Comunicación 155/96 de 2001.

<sup>256</sup>AGAPITO, Rafael, “El concepto de lo político”, citado por Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil...*, op. cit., pp. 12 y 13. Premisa a partir de la cual, Zagrebelsky pregunta si este ocaso significa un retorno a “la

de las sociedades plurales, que desbordan el dique de la soberanía, “[l]os europeos han vivido hasta hace poco tiempo en una época cuyos conceptos jurídicos venían totalmente referidos al Estado y presuponían el Estado como modelo de unidad política. La época de la estatalidad ya está llegando a su fin; no vale la pena desperdiciar más palabras en esto. Con ella desaparece toda la superestructura de conceptos relativos al Estado, levantada por una ciencia del derecho estatal e internacional eurocéntrica en el curso de un trabajo conceptual que ha durado cuatro siglos. El Estado como modelo de la unidad política, el Estado como titular del más extraordinario de los monopolios, el monopolio de la decisión política, esta brillante creación del formalismo europeo y del racionalismo occidental, está a punto de ser arrumbado”<sup>257</sup>.

### **B) Los derechos como cartas de triunfo: el modelo del propietario, hombre, blanco occidental.**

La anterior implica una ruta del Derecho que se aleja de las premisas de la Codificación, uno de cuyos caracteres, como explica Giovanni Tarello, es transportar las diferencias subjetivas desde el elemento subjetivo a los predicados de las normas, de manera de ocultarlas: “Assim, os códigos modernos assumiriam a estrutura de sistemas de normas com sujeito único, ainda que deixando persistir as desigualdades que não se referiam diretamente à organização jurídica estatal (esta, sim, foi efetivamente destruída no nível das normas, ainda que nem sempre no nível das estratificações sociais). O Código Civil estruturou-se sobre o sujeito único e transportou as diferenças subjetivas prevalentemente para o predicado jurídico da capacidade de agir, isto é, de produzir efeitos jurídicos pela vontade: todos são iguais como sujeitos, mas alguns não têm, ou não têm sem ajuda, porque são menores, mulheres, loucos, débeis, pródigos, a capacidade de agir. O Código de Comércio estruturou - se sobre um sujeito único, o próprio Código Civil (e não mais sobre a figura estatal distinta do mercador), o qual pode exercer as atividades objetivamente definidas como “atos de comércio”, e que, se exercer habitualmente atos de comércio, torna-se comerciante por razões objetivas.”<sup>258</sup>. En este punto, también el autor dirige unas palabras especiales para tratar la Codificación en el ámbito penal. Allí, la igualación de la víctima -y también del sujeto activo- tiene el indesmentible valor de que todas pesen lo mismo ante el Derecho y respondan por sus actos y no sus formas de ser o estatus, pero valga la añadidura que hace Tarello en cuanto a que los Códigos penales, a su vez, por la escases de medios de represivos, hicieron su propia selección o discriminación de bienes, centrándose en la protección de la propiedad particular y la organización estatal: “O Código Penal estruturou-se sobre o sujeito único: não mais diferenças subjetivas do

---

situación política premoderna de inseguridad e imposición por la fuerza”. El problema del concepto de soberanía estatal radica en que se trataba de una situación histórica en que existía una fuerza real capaz de imponerse incondicionadamente, la cual ya no existe, ante la cual se proponen conceptos como el de “Soberanía Constitucional” o “Constitución Internacional”.

<sup>257</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil...*, op. cit., pp. 12 y 13.

<sup>258</sup> TARELLO, Giovanni, “Ideología setecentistas da codificação e estrutura dos codigos”, *Revista Meritum*, Volumen 3, Nº 02, 2008, p. 23.

Disponibile en: <http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/search/titles?searchPage=3>

[fecha de la visita 14 de abril de 2013]

ponto de vista do agente ou da vítima; não mais diferenças entre um homicídio da parte de um nobre e de um cidadão, nem entre um homicídio cuja vítima é um nobre e um homicídio cuja vítima seja um camponês; as diferenças remanescentes – e são muitas – deslizam para os predicados sob a forma de atenuantes e de agravantes da ação objetivamente descrita. Essa técnica legislativa de transferir as diferenças dos sujeitos para os predicados das proposições jurídicas que completa, do ponto de vista formal, a concretização da ideologia jurídica igualitária, e, do ponto de vista substancial, oculta os limites da própria ideologia, essa técnica legislativa, eu dizia, é, por sua vez, uma transposição, na prática, de uma ideologia ulterior especificamente jurídica; uma ideologia jurídica cujas primeiras escaramuças doutrinárias aparecem pouco depois da metade do século XVIII e, no direito penal, estão implícitas na obra de Beccaria. Essa ideologia se chama objetivismo jurídico e se exprime dizendo que o direito não disciplina o homem, mas suas atividades: os seus atos de vontade (a meno que o homem não seja incapaz de vontade razoável), os seus atos de comércio, os seus atos criminais. Essa ideologia, em parte mistificante, mas em parte efetivamente carregada de valências liberatórias e liberais, se destinaria a se tornar um dos elementos característicos do liberalismo jurídico<sup>259</sup>. En suma y dicho de forma muy genérica: todos los sujetos activos y pasivos son tratados en modo igual por la ley, y se les aplican catálogos iguales de sanciones. Eso al menos al nivel de discurso legal y sin considerar como actúa el Derecho aplicado en la realidad. En ese sentido, la reparación no monetaria es prácticamente lo opuesto: una sanción modelada a las diferencias concretas de los sujetos infractores (por ejemplo, si se trata de un medio de comunicación, un establecimiento educacional), y en un grado mucho mayor a las características específicas del sujeto lesionado, reconociendo grupos subalternos dentro de esa gran clase que es la “trabajadora”.

En otro orden de ideas, los derechos fundamentales se desmarcan de la idea de los derechos “como cartas de triunfo”<sup>260</sup>, ejercidos por el titular en contra de todos, lo que es perceptible tanto por la tendencia a la amplitud del legitimado activo y otros intervinientes, como por el modo en que la reparación aspira a difundir y garantizar una cultura de respeto a los derechos fundamentales, que en el ámbito laboral con mayor razón resulta aprehensible, dado el elemento colectivo que caracteriza a la parte trabajadora. Así

---

<sup>259</sup> TARELLO, Giovanni, “Ideología setecentistas...”, op. cit., 24 y 27.

<sup>260</sup> Esta expresión pertenece a Ronald DWORKIN, y es la tesis que defiende en *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, Inglaterra, 1977, p. XI. Señala que sin hacer depender su planteamiento de “entidades fantasmas” como “voluntades colectivas”, y que implica que los individuos tienen derechos precisamente cuando las metas colectivas no son razones suficientes para negarles sus pretensiones. “Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goals not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them”.

también, al interpretar el derecho lesionado, este encierra un valor dentro del sistema constitucional, que también debe ser reparado en su alcance social<sup>261</sup>.

Marcando el punto más distante a argumentaciones clásicas como la del profesor Peces-Barba, en cuanto a su explicación de por qué el derecho al trabajo no podía ser considerado un derecho fundamental y ni siquiera un derecho. Sostenía que para ser lo primero debía corresponderse con una pretensión moral generalizable, lo cual era rebatible porque el trabajo es un bien escaso y el pleno empleo imposible, con lo cual “seguir sosteniendo que el trabajo es una exigencia para la autonomía moral del hombre sería condenar a una parte importante de la humanidad a la imposibilidad de su realización integral, de su independencia moral. E incluso en ese sentido, ante la escasez, y si eso parece aceptable, ante el imposible contenido igualitario del trabajo, puede llegar a ser inmoral una defensa del trabajo que uno tiene, prescindiendo del contexto de paro que le rodea”<sup>262</sup>. Argumento al que agudamente ha replicado Fernando Atria, aclarando que el que dice por ejemplo, que eliminar la pobreza, la tortura o la esclavitud es imprescindible para salvaguardar la

---

<sup>261</sup> La moralización del Derecho y pretensión de igualdad real, que aparejan una serie de principios que dan fisonomía a la disciplina, no han evitado ser objeto de una crítica desde la ciencia jurídica. “Quizá esta insatisfacción es inevitable y expresa los límites del trabajo del jurista en orden a la crítica de las instituciones legales. Los juristas trabajamos con determinados hechos sociales –las normas y los conjuntos de normas-. Cuando hacemos juicios morales o económicos sobre las normas vamos más allá de la zona de nuestra competencia profesional. Dice Ross que ‘los problemas de la regulación de las relaciones entre las clases –en particular, la regulación de las condiciones de trabajo- pertenecen a la política social, por más que tales medidas son llevadas a cabo a través de la legislación’. Los juristas trabajamos sobre los medios; no sobre los fines”, Casi porque se habría olvidado que la empresa “es un agente económico que opera en el mercado para obtener beneficios”, es decir, que no se condene a la “no ciudadanía” a la persona sólo por su condición de parado, DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Sobre el despido y su violencia. Una lectura de ‘El despido o la violencia del poder privado’ de Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey”, *Revista de Derecho Social* N° 51, 2010, pp. 15-16-27. Dicho planteamiento sobre la tarea del dogmático contrasta, por ejemplo, con el positivismo de Ferrajoli, quien señala que ante una legalidad compleja como la de hoy, atestada de disociaciones entre leyes y Constitución, inflación normativa, etc., impone, más que antes, una función crítica y de denuncia: “Esta divergencia -que (si bien sería patológica más allá de ciertos límites) es un rasgo fisiológico de la democracia constitucional, su mayor mérito y seña de identidad, además de su mayor defecto- ha hecho cambiar también la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica. La jurisdicción ya no es simple sujeción a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales”, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, (séptima edición), traducción Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, 2010, p. 68.

<sup>262</sup> PECES-BARBA, Gregorio, “Sobre el despido y su violencia...”, op. cit., p. 9.



dignidad humana, “no está condenando a los que sufren esos flagelos a la indignidad”<sup>263</sup>. Pero Atria lo que dice es sólo que éste, en específico, no es un buen punto para negar el carácter de fundamental del derecho al trabajo. Luego de lo cual entrega su propia explicación de por qué el derecho al trabajo y los derechos sociales no pueden ser derechos fundamentales. Su argumentación se basa en que los derechos sociales forman parte de la política, lo cual pugna con la arquitectura de un derecho subjetivo, el que es por esencia la pretensión de uno contra todos, y sin que importe si sus repercusiones al colectivo son positivas o negativas, porque lo importante es que “se tiene un derecho”<sup>264</sup>. Pero en realidad, este modelo de derecho subjetivo es el de la propiedad, que sin necesidad de declararlo fundamental, siempre ha recibido al más alto grado de protección en el ordenamiento, incluida la procesal<sup>265</sup>.

Esta concepción de los derechos como “cartas de triunfo”, actualmente es rebatida por quienes piensan que los derechos son regulatorios y que todos implican costos, mayores o menores, para su protección lo cual depende de diseños políticos y definición de prioridades, junto con la disponibilidad de recursos. Pero es importante la distinción, pues los derechos subjetivos entendidos al modo de “cartas de triunfo”, no tienen vinculación con la democracia e, incluso, ni siquiera son una obra del liberalismo. Explicativo resulta este párrafo de Guillermo O’Donnell: “[l]a temprana construcción de los derechos subjetivos, sobre todo en la ley de contratos de intercambio de bienes y servicios, es el legado del capitalismo y de la formación del Estado, no del liberalismo o la democracia, que surgieron cuando esa construcción ya estaba muy difundida en los países originarios y se expresaba en doctrinas jurídicas sumamente elaboradas”<sup>266</sup>. En cierta forma, el incremento de significado del valor del trabajo fue una forma de moralización en los pactos constitucionales de haber consagrado economías capitalistas, en que el eje es la propiedad individual.

---

<sup>263</sup> ARIA LEMAITRE, Fernando, “Existen los derechos sociales”, *Discusiones Doxa*, N°4, 2004, p. 50, nota 105. Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=203013>.

[Fecha de la visita 3 de enero de 2012].

<sup>264</sup> ATRIA LEMAITRE, Fernando, “Existen los derechos...”, op. cit., p. 46.

<sup>265</sup> “Hay que destacar que los artt. 949 y 1079 asignan a la tutela de condena una función tutelar preventiva (además de represiva) con referencia a derechos -tales como la propiedad y la servidumbre- de contenido y funciones típicamente patrimoniales, es decir, derechos respecto de los cuales la tutela por equivalente monetario no puede ser por definición considerada *a priori* inadecuada”, PROTO PISANI, Andrea, “Appunti sulla tutela di condanna”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año XXXII, N°3, Giuffrè, Milán, Italia, 1978, p. 1148.

<sup>266</sup> “Lo mismo cabe decir, desde luego, de la construcción de la propiedad como un derecho individual, exclusivo y comerciable. Si observamos esta historia desde un ángulo convergente, debemos recordar que los estados y el capitalismo generaron mercados territorialmente delimitados, con los que también contribuyeron a generar una densa trama de derechos subjetivos, incluidas redes de tribunales que aplicaban esos derechos bastante antes que el liberalismo y la democracia entraran en escena”, O’DONELL, Guillermo, “Teoría democrática y política comparada”, en *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 39, N°156, 2000, p. 145; postura que también es citada por ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Bomarzo, Albacete, España, 2006, p. 10, nota al pie 4.

Una lectura de equilibrio se encuentra en que “es evidente que la idea de que los derechos se erigen contra la comunidad es demasiado simple, en tanto éstos son intereses especiales a los que nosotros, como comunidad, hemos otorgado protección especial, normalmente porque afectan ‘el interés público’ –es decir, porque implican los intereses de la comunidad en su conjunto o bien el tratamiento justo de sus distintos miembros-. Al reconocer, proteger y financiar los derechos, la colectividad está impulsando lo que en general se interpreta como los intereses más profundos de sus miembros”<sup>267</sup>.

Por otro lado, ese redescubrimiento del valor del trabajo en la sociedad es lo que ha venido a legitimar algo que ha trastabillado en encontrar su fundamento jurídico. Porque, paradójicamente, una forma de subordinación se terminó encontrando en forma profunda con la autonomía, ¿cómo podría explicarse, por ejemplo, que una ley que busca la erradicación de la violencia contra la mujer, y, por tanto, apunta a corregir una forma de discriminación, posea un contingente de derechos laborales, que constituyen cargas para el empleador sin que sea necesario que la violencia de género se produzca en la relación de trabajo? Porque parte de la solución del problema se consigue por medio del trabajo, en tanto fuente de autonomía<sup>268</sup>. Lo mismo cabe decir con respecto a los efectos de la igualdad entre hombres y mujeres al presentarse bajo la forma de derechos concretos, como los de conciliación familiar. Asimismo, puede verse que ha sido conectada la

---

<sup>267</sup> HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Traducción Stella Mastrangelo, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 138. En el mismo sentido, PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales...*, op. cit., p. 61. Expresado en otras palabras y en términos críticos sobre el “sesgo antiestatal del liberalismo” que queda “traducido en un tácito, curioso, consentimiento frente a ciertas violaciones de derechos individuales”: “[u]na inconsecuencia parecida se observa en el carácter selectivo del rechazo liberal al activismo estatal. El liberalismo suele ser muy severo contra cualquier intento del Estado por regular el curso del acontecer económico. Sin embargo, tolera y demanda una activa intervención estatal para fijar y legalizar el derecho de propiedad, para asegurar que a nadie se le arrebate aquello de lo que se ha apropiado ‘legalmente’. El liberalismo cierra los ojos frente al hecho evidente de que el estado de cosas reinante en las sociedades modernas se sostiene, por ejemplo, a partir de intervenciones estatales masivas: intervenciones tan costosas como las necesarias para mantener en funcionamiento un orden legal extremadamente complejo” -refiriéndose al sistema judicial penal y penitenciario, fuerzas armadas, entre otro, a partir de lo cual concluye- “Cuando reconocemos estos hechos, entonces podemos afirmar que el liberalismo no rechaza, y tal como muchas veces proclama, la presencia de un Estado fuertemente activo, sino que rechaza, más bien, la presencia de un Estado activo en ciertas áreas (por ejemplo, en el área económica o, más exactamente, en lo que se refiere a la modificación de la estructura de los derechos de propiedad o a los procesos de distribución, lo que equivale, de facto, a sancionar como justa la distribución asociada al mercado).”, GARGARELL Roberto y OVEJERO, Félix, “Introducción: El socialismo, todavía” en la obra colectiva *Razones para el socialismo*, (Roberto Gargarella y Félix Ovejero, compiladores), Paidós, Barcelona, España, 2001, pp. 39 y 40; en el mismo sentido la cita del Capítulo II a Boaventura de Sousa, nota 223.

<sup>268</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, España, 2005, p. 10.

precariedad laboral como causa de una alteración profunda de la percepción de los derechos de ciudadanía (social y política) en los jóvenes”<sup>269</sup>.

Sin duda el Derecho del Trabajo surge como una norma “defensiva”: su esencia es brindar “protección” para la corrección de la situación de desequilibrio entre las partes, ese es su “mínimo existencial”. Sucede que al habersele emparentado con la noción de “ciudadanía” o de pre condición para la participación política la conquista de una real autonomía, se puede hablar de mejor y peor Derecho del Trabajo, ya que aquél punto, dentro de una concepción siempre reformista, fue el que estrechó más la brecha de desequilibrio de poder entre las partes, desplegando su tutela desde varios frentes y que permite el análisis crítico de diversos problemas actuales como el empleo juvenil, el trabajo migrante, la violencia de género y, paradigmáticamente la igualdad entre mujeres y hombres en sede laboral.

Las reparaciones ordenadas en las sentencias de la Corte serán analizadas en la sección dedicada a revisar su jurisprudencia<sup>270</sup>; no obstante, el tema de los pueblos originarios, que ha abierto un flanco de enorme interés debido al Convenio 169 de la OIT, excede el objeto de este estudio.

### **C) Creciente intervención de la víctima ante la Corte en el momento de la fijación de la reparación.**

Si se admite que en un Sistema lo relevante es el daño infligido a una persona más que el origen del poder agresor, es fácil entender por qué el capítulo reparaciones ha sido el de mayor desarrollo. Explica la razón por la que dentro de las pocas modificaciones que ha experimentado el Reglamento de la Corte, varias han tenido que ver con este punto, si bien, “desde los primeros casos contenciosos llevados ante la Corte la Comisión se ha hecho asistir por abogados designados por los denunciantes, las víctimas o sus familiares”<sup>271</sup>. Es decir, se dio naturalmente la necesidad de dar participación al denunciante o víctima.

---

<sup>269</sup> Consignando una observación aguda respecto a la mentalidad que esta generación ha ido adoptando, producto de que “la temporalidad laboral llega a ser percibida como algo ‘normal’ frente a la cual los jóvenes interpretan como privilegiada cualquier otra situación que mejore algunos de los elementos indicados [poco salario, puestos por debajo de la formación, no proyección de carrera al ser contratos por tiempo determinado]” cuyos efectos no son estrictamente laborales sino retumban “sobre todo con la definición del rol de los jóvenes en la sociedad. Por un lado, se puede decir que la condición de joven precario acaba por alterar profundamente la percepción de los derechos de ciudadanía (social y política) favoreciendo una sensación generacional de exclusión e impotencia. Por otro lado imposibilita a los jóvenes empleados a ‘pasar de *status*’, es decir, convertirse en trabajadores y trabajadoras ‘de primera división, amplificando de esta manera, aún más las fragmentaciones de la clase trabajadora ya existentes y enfatizando la competitividad y el individualismo”, BOGONI, Milena, “La conciliación de la vida laboral y familiar: una mirada desde la perspectiva de la precariedad laboral juvenil, en la obra colectiva *Trabajar en femenino, Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 169.

<sup>270</sup> Secciones X-XI de este capítulo.

<sup>271</sup> NIKKEN, Pedro, “Perfeccionar el Sistema...”, en la obra colectiva *El futuro del Sistema...*, op. cit., p. 36

Este aspecto ha sido objeto de varias reformas consecutivas. El primer Reglamento de la Corte, de 1980, fue modificado en 1991, recogiendo esta práctica en el artículo 22<sup>272</sup>. A su turno, el artículo 44 del Reglamento, relativo a reparación e indemnización debidas por el Estado señalaba que la Corte podía invitar a las personas mencionadas en el artículo 22, a que presentasen alegatos referidos a la aplicación del artículo 63. 1 de la Convención<sup>273</sup>. En la reforma de 1996, se añade un párrafo al artículo 22.2, que ordena que si entre quienes asisten a los delegados de la Comisión conforme figuran el denunciante original o los representantes de las víctimas o de sus familiares, esta circunstancia deberá comunicarse a la Corte, la cual podrá autorizar su intervención en los debates, a instancias de la Comisión<sup>274</sup>.

Más específicamente, el Reglamento vigente desde el 1 de enero de 1997, le da *locus standi* a la víctima en la fase de reparaciones, ya que el artículo 23 del Reglamento, señala que los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma. La explicación de esta norma es “que en la fase de reparaciones, es la víctima o sus representantes, el sujeto idóneo para llevar al tribunal elementos probatorios de primera mano sobre gastos y otros hechos que faciliten el alcance y monto de las indemnizaciones. Además, es el beneficiado o afectado directo con la decisión que se tome”<sup>275</sup>.

#### **D) Algunas clasificaciones de reparación.**

Partiendo del modelo del profesor Nash (pero adecuándolo a un sistema de responsabilidad a cargo de un empleador) podemos sostener que la primera medida reparatoria será la de cumplir efectivamente y de buena fe la obligación originaria, que en el caso de corresponder a una obligación de hacer consistirá en la *perpetuatio obligationis*, esto es cumplimiento específico de la obligación primaria contraída<sup>276</sup>. Esa obligación primaria en materia de derechos fundamentales puede exponerse en términos de un “no hacer”, en el sentido de obligación de “no lesionar”. Es por ello que son inherentes a los sistemas tutelares la posibilidad de dictar órdenes inhibitorias o de cese de la conducta lesiva: ““*perpetuatio obligationis*, esto es cumplimiento específico de la obligación primaria contraída. En el caso de las de no hacer, la reparación consistirá en la *restitutio in integrum*, esto es, dejar sin efecto los actos que incumplieron con la obligación y los perjuicios que dicha acción pudiera haber ocasionado. En este punto se encuentran tanto las indemnizaciones y las medidas reparatorias no monetarias.”<sup>277</sup>.

<sup>272</sup> “Representación de la Comisión: 1. La Comisión será representada por los delegados que al efecto designe. Estos delegados podrán hacerse asistir por cualesquiera personas de su elección. 2. Si entre quienes asisten a los delegados conforme al párrafo precedente figuran abogados representantes designados por el denunciante original, por la presunta víctima o por familiares de ésta, esta circunstancia deberá comunicarse a la Corte”.

<sup>273</sup> NIKKEN, Pedro, “Perfeccionar el Sistema...”, en la obra colectiva *El futuro del Sistema...*, op. cit., p. 37.

<sup>274</sup> Ibidem.

<sup>275</sup> RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, “Las reparaciones en...”, op. cit., p. 137.

<sup>276</sup> Cfr. NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana...*, 2004, op. cit., p. 28.

<sup>277</sup> NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana...*, 2004, op. cit., p. 47.

En esta línea se encontraría la obligación de readmisión del trabajador. Así, al haberse incumplido la obligación de no privar sin causa reconocida por el Derecho del puesto de trabajo, deberá reparar restituyéndole en él. La reincorporación ha sido definida como una obligación compleja, si bien única, ya que por razón del propio vínculo obligatorio sólo con el cumplimiento de todas se cumple la obligación: “la consideración de la readmisión como deber complejo implica que, pese a ser una obligación única, va a estar compuesta de un conjunto de prestaciones, siendo la empresa sujeto de obligaciones tanto económicas como de hacer y tolerar”<sup>278</sup>. Lo anterior debido a que, en definitiva se trata del restablecimiento de la fisiología del contrato de trabajo y, así, es complejo como lo es éste”<sup>279</sup>.

Se observa que la reparación trae consigo una serie de obligaciones de hacer y de no hacer, amén de la de dar una suma de dinero, que implica gran compenetración del juez en el caso concreto. En esta línea, una jurisprudencia relevante y que puede ser ilustrativa es la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la Sentencia Marshall II, del 2 de agosto de 1993. Tanto por focalizar en la obligación de garantía de los Estados como en la necesidad de atender a las características del caso concreto para lo cual se requiere la adopción de medidas apropiadas. Los planteamientos fueron sintetizados de la siguiente manera: “[I]a Directiva (76/207) [de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo] ‘no impone una medida determinada en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación, sino que deja a los Estados miembros la libertad de elegir las diferentes soluciones *apropiadas para alcanzar el objetivo*’ perseguido por la norma (FJ 23). Puesto que ‘el objetivo es lograr la igualdad efectiva de oportunidades y, por tanto, no puede alcanzarse sin las medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad (...) dichas medidas deben garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario’ (FJ 24). Ello ‘implica (...) necesariamente la consideración de las características propias de cada caso de violación del principio de igualdad’; *por ello, en un despido discriminatorio* ‘no puede restablecerse la situación de igualdad si la persona discriminada no recupera su puesto de trabajo o, alternativamente, si no se la indemniza por los perjuicios sufridos (...). Por consecuencia de esta doctrina, no es admisible la fijación de topes máximos a la cuantía de indemnizaciones por despidos discriminatorios - al menos en la forma fijada en el caso- porque está fijada a un nivel que no garantiza la efectividad del derecho”<sup>280</sup>. Dicha exigencia de variedad de medidas e interiorización en el caso concreto, también repercutirá al momento de la ejecución, razón por la que se requieren ciertos momentos cognoscitivos.

Sin embargo, en este punto se hace necesario decir que esa obligación de restablecer al estado anterior tiene una función retórica, en tanto persuade a alcanzar el punto más cercano pero de algo que es en términos reales imposible. Por lo que debe sentarse una

---

<sup>278</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria”, Estudios de Derecho Laboral, Civitas, Madrid, España, 1995, p. 70.

<sup>279</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Estudios de Derecho Laboral, Civitas, Madrid, España, 1995, p. 70.

<sup>280</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente...*, op. cit., pp. 230 y 231. Ese deber de garantizar adquiere un cariz nuevo en relación a los llamados Planes de Igualdad, como se verá en el Capítulo III.

premisa, antes de analizar el significado de esta intervención del juez en su esfera de poder, proveniente de una ya clásica doctrina sobre la readmisión en el puesto de trabajo<sup>281</sup>. Al tratar el problema del despido ilegítimo y la afirmación de que no pone término a la relación se ha apuntado: “[n]o es inoportuno advertir que la continuidad de la relación de trabajo no es entendida en un sentido naturalístico. La crisis de la relación –y todo aquello que se sigue en el plano de la correspondencia entre las prestaciones– pertenece al mundo de los hechos, y el derecho no baja a la lucha con los hechos sino, a lo más, intenta ponerles remedio. La ‘continuidad’ de la relación de trabajo es en primer lugar el conjunto de los remedios con los cuales el derecho reacciona a la contradicción del estado de cosas producido por el despido y la persistente validez de los derechos y de las obligaciones de las partes. Ninguno de estos remedios tiene el poder de borrar aquello que ha sido, pero, en su conjunto precisamente, ellos tienden a reportar al trabajador a una situación (patrimonial y real) cuanto más cercana a aquella en la que se habría encontrado si el despido injusto no se hubiese nunca infligido”<sup>282</sup>. Por ello es que son variadas y, en rigor, difíciles de agrupar en categorías. Sin embargo, se han definido distintas categorías comprendidas por el término reparación. A continuación mostraremos dos propuestas de la doctrina de Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

- “1. La restitución, que tiende a intentar restablecer la situación en que se encontraba la víctima antes de la violación de su derecho.
2. La compensación, que son las diferentes medidas que persiguen reparar, mediante una forma de “cuantificación” del daño sufrido que no solamente se concentra en las eventuales pérdidas económicas que pueden haberse presentado, sino que también se analizan los daños síquicos y mentales como así también el ‘daño moral’ (o daño inmaterial) derivante.
3. La rehabilitación, que son aquellas medidas que proveen asistencia social, médica, sanitaria y psicológica, como así también legal a la/s víctima/s.
4. Por último, se encuentran las garantías de no recurrencia y de reparación simbólica que son muy amplias, por ejemplo medidas que comportan la cesación de los actos de violación, la verificación de los hechos, pedidos oficiales de disculpas y perdón, la búsqueda de la verdad de los hechos para reestablecer la reputación y dignidad de las víctimas como así también la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a quienes perpetraron las violaciones y también modificaciones legales o institucionales.”<sup>283</sup>.

Otra clasificación apunta que “previo a que las víctimas o sus familiares obtengan algún tipo de reparación por la violación de un derecho humano, se requiere, en primer término, que el comportamiento ilícito cese si se prorroga en el tiempo y tienen el derecho a obtener

<sup>281</sup> La obligación de readmisión es una figura central de la reparación sin contenido económico directo, en base a la cual se ha desarrollado el mayor debate sobre su forma de ejecución en tanto obligación compleja distinta a dar una suma de dinero, que será el objeto del Capítulo III, sección 14.

<sup>282</sup> D’ANTONA, Massimo, *La reintegrazione nel posto di lavoro: Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Padova, Cedam, 1979, p. 140.

<sup>283</sup> En este punto seguimos a ROSSETTI, Andrés, “Sobre las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humano”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XVIII, 2009, Lerner-Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, Argentina, 2010, pp. 303-327, copia facilitada por el autor. A su vez, el autor en este punto sigue a Pablo de Greiff.

garantía que no se repetirá”<sup>284</sup>. Para luego integrar en su clasificación la orden de cese y la garantía de no repetición. “La reparación en general, puede adoptar las formas de la restitución en especie (*restitutio in integrum*), indemnización y seguridades y garantías de no repetición. A este respecto, se puede hacer la siguiente clasificación:

1. La restitución en especie: es el restablecimiento de la situación que existía antes de que se cometiera el ilícito internacional (v.gr. restaurar la libertad, la ciudadanía o residencia, el empleo, etc.).
2. La indemnización: en el caso de que el daño no se pueda compensar mediante la restitución en especie se concede una indemnización que cubra cualquier daño económicamente valorable sufrido por la parte lesionada, tales como daños físicos o mentales, dolor o sufrimiento físico o psicológico, pérdida de oportunidades, pérdida de ingresos y de la capacidad de ganarse la vida, gastos médicos y otros razonables para la rehabilitación, daños a los bienes o comercio; incluido el lucro cesante, daños a la reputación o dignidad y gastos y honorarios razonables a expertos por la interposición de recursos.
3. La satisfacción y las garantías de no repetición: busca obtener satisfacción particular por los daños morales y puede adoptar la forma de una apología, daños nominales; en caso de violaciones flagrantes de los derechos, una indemnización por daños que refleje la gravedad de los hechos y la revelación pública de la verdad; un fallo declaratorio a favor de la víctima; una disculpa y aceptación de la responsabilidad; el enjuiciamiento de las personas presuntamente responsables de las violaciones; homenaje a las víctimas; la prevención de una repetición de las violaciones.”<sup>285</sup>.

Estas clasificaciones han sido expuestas a modo introductorio e ilustrativo, pero resulta evidente su modo más descriptivo que categorial. Por lo mismo, me parece más útil extraer criterios, a partir del Sistema Interamericano, que permitan justificar una medida de reparación decretada por el juez laboral nacional<sup>286</sup>. En definitiva, la oposición de las reparaciones no monetarias es respecto a las económicas, ya que estas compensan un daño ya perpetrado, y aquéllas aspiran a reubicar al lesionado en el ejercicio de sus derechos, por medio de la modificación del estado de cosas que permitió y en el que devino la lesión.

### **VIII. Análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de relevancia laboral.**

Los casos que se han resuelto por la Corte Interamericana de interés laboral, se produjeron en medio de fuertes crisis institucionales de los países de la región. Es fácil apreciarlo si se considera que cuatro de ellos son sentencias en contra del mismo país y se suceden prácticamente dentro de un mismo período. Nos referimos a los casos: Cinco pensionistas versus Perú (2003); HUILCA Tecse versus Perú (2005); Trabajadores cesados del Congreso versus Perú (2006), Acevedo Buendía versus Perú (Cesantes y jubilados de la Contraloría) (2009). Los años en que suceden los hechos que originan las causas son, respectivamente: 1992, 1991; 1992 y 1993. Posterior es el Caso del Tribunal Constitucional versus Perú, cuyos hechos fundantes se producen en 1997, para ser resuelto por la Corte en el año 2001.

---

<sup>284</sup> RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, “Las reparaciones en el...”, op. cit., p. 141.

<sup>285</sup> RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, “Las reparaciones en el...”, op. cit., p. 142.

<sup>286</sup> Cuestión que se realiza en la sección XI de este Capítulo.

A ellos se suman, el caso Baena, Ricardo y otros versus Panamá (2001), cuyos hechos ocurren el año 1990.

Es por esta misma razón que el cuestionamiento de la Corte vino por el lado de la vulneración de las garantías 8 y 25 de la Convención, binomio clave de la Convención Americana de Derechos Humanos: el derecho a la protección judicial con las debidas garantías procesales.

La siguiente, corresponde a una recopilación de todas las sentencias con alcances laborales que ha conocido el Sistema Interamericano. Su exposición se subdivide en la reseña de los hechos; relevancia laboral y reparaciones ordenadas en la sentencia.

#### **A) Caso Baena, Ricardo y otros versus Panamá (2201)<sup>287</sup>.**

a) Descripción del caso: se trata de sucesos ocurridos a partir del 6 de diciembre de 1990, y especialmente desde el 14 de diciembre de dicho año, fecha en que se aprobó la ley N° 25, con base en la cual fueron destituidos de sus cargos 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Posteriormente al despido de dichos trabajadores, en el procedimiento de sus quejas y demandas se cometieron una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y a la protección judicial, ya que la misma ley modificó las competencias para conocer de los hechos produciendo lo que la Corte calificó de esta manera: “[e]l Estado no proporcionó elementos sobre los casos de todos los trabajadores, y de los que proporcionó se desprende la ineficacia de los recursos internos, en relación con el artículo 25 de la Convención. Así se evidencia que los tribunales de justicia no observaron el debido proceso legal ni el derecho a un recurso efectivo. Como fue expresado, los recursos intentados no fueron idóneos para solucionar el problema del despido de los trabajadores.”<sup>288</sup>.

En octubre habían presentado un petitorio como Coordinadora de Sindicatos de empresas estatales, el que fue rechazado en noviembre, y frente a lo cual se convocó a una marcha para el 4 diciembre.

En la mañana del 5 de diciembre de 1990, el Coronel Eduardo Herrera Hassán efectuó una marcha hacia el Palacio Legislativo, la cual contó con la asistencia fundamentalmente de militares o ex militares armados. Ese mismo día, por la mañana, el Coronel Herrera Hassán fue detenido por fuerzas militares estadounidenses y entregado a las autoridades panameñas.

Se despidió a todos quienes participaron del supuesto paro ilegal del día 5. Luego, se dictaría la ley N° 25, con efecto retroactivo al día 4 de diciembre, para la destitución de los servidores públicos “que participaron y que participen en la organización, llamado o ejecución de acciones que atenten contra la Democracia y el Orden Constitucional”. En el artículo 2 de dicha ley se designó al Consejo de Gabinete como la autoridad encargada de calificar las acciones de los servidores públicos que eran consideradas contrarias a la democracia y al orden constitucional, para poder así aplicar la sanción administrativa de destitución.

Los trabajadores destituidos por su presunta participación “en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaron contra la democracia y el orden constitucional”, nunca

---

<sup>287</sup> Sentencia disponible en <http://mire.gob.pa/sites/default/files/documentos/observaciones/Caso-Baena-Ricardo-Fondo-Reparaciones-y-costas-2-de-febrero-de-2001.pdf>

<sup>288</sup> Párrafo 141 de la sentencia.



fueron vinculados a las investigaciones penales seguidas contra las personas que participaron en el movimiento del Coronel Eduardo Herrera Hassán, así como tampoco se les siguió un proceso judicial penal independiente por delitos contra la seguridad del Estado o del orden constitucional.

b) Relevancia laboral: resulta ser una de las más significativas<sup>289</sup>, al contener razonamientos de fondo vinculados a derechos laborales. Expone la conexión de la Libertad Sindical, citando los Convenios OIT 87 y 98, además de su preámbulo constitutivo, con los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida que ésta ampara la libertad de asociación, reunión y expresión. Dice expresamente: “[a]l considerar si se configuró o no la causal en cuestión de la libertad de asociación, ésta debe ser analizada en relación con la libertad sindical. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.”<sup>290</sup>.

Para reforzar la idea anterior, como señaláramos, cita además un instrumento del Sistema Interamericano, el Protocolo de San Salvador, que contiene normas netamente laborales,

---

<sup>289</sup> Para algunos representaba un hito. “En los últimos años se ha producido un avance notable en la protección de los derechos laborales dentro del sistema de protección interamericano de los derechos humanos, siendo la sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso Baena Ricardo y otros, del 2 de febrero de 2001, la consolidación del proceso”, CANESSA MONTEJO, Miguel F., “Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Disponible en:

[http://www.escribnet.org/caselaw\\_more/caselaw\\_more\\_show.htm?parent\\_id=400300&attribLang\\_id=13441](http://www.escribnet.org/caselaw_more/caselaw_more_show.htm?parent_id=400300&attribLang_id=13441)

[visitado el 2 de noviembre de 2012]

<sup>290</sup> Párrafo 156.

como es el artículo 8, aunque no da el paso de condenar en base a la libertad sindical que regula dicho artículo, respecto de la cual tiene competencia indiscutida para conocer<sup>291</sup>.

La importancia del caso se hace patente, al ver que la sentencia cita dos instancias internacionales que la precedieron en el conocimiento de los hechos, pero que carecen de la potestad de imperio y, por ende, de reinstaurar el derecho vulnerado, así señala: “[e]l Comité de Libertad Sindical de la OIT, al resolver el caso N° 1569, decisión que consta en el acervo probatorio del expediente ante esta Corte, consideró que ‘el despido masivo de dirigentes sindicales y trabajadores del sector público por el paro del día 5 de diciembre de 1990 es una medida, que puede comprometer seriamente, las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el sector público en las instituciones donde existan’, y que, en consecuencia, tal despido significó una grave violación al Convenio N° 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (...). Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, al resolver el caso N° 1569, tal como consta en la referida resolución del Comité de Libertad Sindical, pidió al Estado que derogara la ley 25, ‘en la que se fundaron los despidos masivos por considerar que la misma, atenta gravemente contra el ejercicio del derecho de las asociaciones de trabajadores públicos, de organizar sus actividades’”<sup>292</sup>.

c) Reparaciones: la Corte Interamericana subraya en todos sus pronunciamientos, que la sentencia constituye por sí misma, una forma de reparación. Pero en este caso, dentro de las medidas reparatorias además ordenó la readmisión de los trabajadores: “el Estado está obligado a restablecer en sus cargos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno.”<sup>293</sup>.

Es importante el que haya ordenado la readmisión, pues, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú, probablemente a causa del prolongado período transcurrido desde los hechos hasta la sentencia condenatoria de la Corte (1992 a 2006), carecía de

---

<sup>291</sup> A diferencia de lo que ocurre con una serie de otros instrumentos internacionales en los que se ha generado un intenso debate sobre si hay competencia o no, producto de la deficiente redacción del artículo 23 del Reglamento de la Corte, que ha generado también falsas expectativas respecto de las posibilidades de tutela del Sistema. “Lo cierto es que hoy tanto la interpretación que se ha dado como la práctica, nos indican que la competencia de la CIDH recae únicamente sobre los tratados que le otorgan expresamente esa competencia y respecto de las disposiciones que dichos instrumentos concretamente señalen. Esta afirmación se realiza sin perjuicio de que la CIDH pueda interpretar los artículos convencionales a la luz de otros instrumentos internacionales”, Acosta López, Juana Inés, Alcance de la competencia contenciosa de la Corte a la luz del artículo 23 de su reglamento, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 14, Bogotá, Colombia, 2009, p. 23.

Disponible en:

[http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S169281562009000100005&lng=es&nrm=](http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169281562009000100005&lng=es&nrm=)

[Visitado el 20 de diciembre de 2011].

<sup>292</sup> Párrafos 162 y 163.

<sup>293</sup> Párrafo 203.

sentido ordenar su reincorporación, por lo que las reparaciones se centraron en la indemnización compensatoria.

## **B) Caso trabajadores cesados del Congreso versus Perú (2005).**

a) Descripción del caso: en 1992, se producen despidos masivos en el Congreso Nacional del Perú, operados por medio de resoluciones administrativas.

El TC peruano desestimó en 1997 un amparo por haberse presentado fuera de plazo, ya que consideró que la vía administrativa que se intentó entre 1992 y 1995, año en que se interpone la acción constitucional, era improcedente dado que la resolución administrativa impugnada establecía que no se admitirían reclamaciones administrativas en su contra y que, por lo tanto, no había instancia administrativa previa.

b) Relevancia laboral: la Comisión Interamericana al presentar el caso ante la Corte, señaló como garantía vulnerada la del artículo 26 de la Convención<sup>294</sup>, lo cual fue desestimado por la Corte, que centró el caso en el contexto de crisis institucional que se vivía, que produjo la vulneración de las garantías 8.1 y 25 en relación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención<sup>295</sup>. Sin embargo, razonó en torno a los efectos del despido a la hora de fijar las reparaciones, que, como ya señaláramos, no consideró, como en el caso anterior, la medida de reincorporación<sup>296</sup>. Dice la sentencia: “[e]n el presente caso los intervinientes comunes

---

<sup>294</sup> “Artículo 26 Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”, que abre el Capítulo III de la Convención, “Derecho económicos, sociales y culturales”.

<sup>295</sup> En el párrafo 146 declara que “[e]ste Tribunal ha considerado que el presente caso ocurrió en un clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba el acceso a la justicia respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, por lo cual éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados. De tal manera, sin necesidad de haber determinado el carácter mismo de las cesaciones verificadas, la Corte determinó que los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una adecuada y efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia, por lo que declaró al Estado responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.”.

<sup>296</sup> La Comisión había pedido medidas en este sentido al proponer como “medidas de rehabilitación: i. asegurar que las presuntas víctimas que habrían perdido arbitrariamente sus empleos hace más de doce años puedan ejercer en el futuro sus competencias laborales de conformidad con los avances y cambios que se hubieren producido en sus diferentes disciplinas y ocupaciones, de modo que la restitución de sus empleos no se limite exclusivamente a una formalidad; ii. implementar un programa integral de readaptación profesional para todas las presuntas víctimas, y iii. asegurar la educación y salud de las hijas e hijos, y viudas y viudos de las presuntas víctimas fallecidas durante la tramitación de este caso en la jurisdicción supranacional,

alegaron que el Estado es responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, basándose en que el supuesto carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo y derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud. Sin embargo, el objeto de la presente Sentencia no ha sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que son las bases de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia (supra párrs. 129 y 132). La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral. Tales consecuencias pueden ser consideradas, de ser pertinente, en el próximo capítulo de Reparaciones (infra párr. 149).”<sup>297</sup>.

Lo que en definitiva hizo al fijar la indemnización compensatoria.

c) Reparaciones: dado que los derechos declarados lesionados fueron el 8 y el 25, la medida reparatoria no monetaria dijo relación con éstos, ya que se ordenó “que el Estado garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados, a través del efectivo acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive, en su caso, las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas.”<sup>298</sup>, además de brindarles asesoría legal competente y gratuita para los trámites dispuestos en la sentencia.

### **C) Caso Cinco pensionistas versus Perú (2003).**

a) Descripción de caso: se opera la modificación de las pensiones de cinco jubilados de la administración pública, por aplicación del artículo 5 del decreto ley 25.792 de 1992. Este decreto alteró el régimen que venían disfrutando conforme a la legislación peruana hasta 1992, que establecía como índice de reajuste de las pensiones el que se aplicara a la remuneración del cargo equivalente de trabajadores y funcionarios activos. Tal modificación se mantuvo incluso en contra de la ordenado en las sentencias de la Corte

---

mediante el otorgamiento de becas de estudio para los mismos y su incorporación en los servicios del Seguro Social de Salud (ESSALUD).”, párrafo 138, literal c).

<sup>297</sup> Sentencia disponible en:

<http://www.cidh.oas.org/demandas/11.830%20Trabajadores%20Cesados%20del%20Congreso%20Peru%204feb05.pdf>

<sup>298</sup> Párrafo 148.

Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional del Perú, dictadas en 1994 y 1997 respectivamente, que ordenaron a los órganos del Estado peruano pagar a los pensionistas un monto calculado según la manera establecida en la legislación vigente en el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario.

El decreto ley 25.792 fue dejado sin efecto en 2002 por promulgación de la ley 27.650.

b) Relevancia laboral: a pesar de ser la primera sentencia relacionada con materias de trabajo, en rigor el objeto de la controversia fue el derecho de propiedad sobre las pensiones y, principalmente, por abstenerse de dar cumplimiento de sentencias de los tribunales internos.

El fallo razona sobre la garantía del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -la primera de su Capítulo III, "Derechos Económicos, sociales y culturales"-, que señala: "[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.". Aun cuando se trata de una norma que lo que hace es establecer la condicionalidad de los derechos sociales a los recursos disponibles, se optó por no fundar la sentencia respecto de ella, por los motivos que expone en los siguientes párrafos. "La Comisión Interamericana y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana, en cuanto el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no cumplió el deber de dar desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente, no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la petición (...). Los derechos económicos, sociales y culturales, tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos, Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevalecientes"<sup>299</sup>.

Sin embargo, la importancia de este párrafo subsiste pues no niega la posibilidad de que la Corte pueda fallar en base al artículo 26 y, además, entrega un primer criterio interpretativo para hacerlo al señalar que el caso deberá tener un carácter colectivo. La trascendencia de lo vertido en ese punto de la sentencia se nota al ver que fue tratada, con perspectivas diversas, en dos de los tres votos razonados que se agregaron a ella.

Las posturas a su respecto quedan claras en los votos particulares y reproducen de cierta forma el tradicional debate sobre la exigibilidad de los derechos sociales y su relación con las soberanías de cada país. En el que aportó el magistrado García Ramírez se expresó: "[e]ste tema resulta novedoso, todavía, para la jurisdicción interamericana. En diversos casos la Corte ha examinado derechos civiles y políticos que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, pero aún no ha tenido la oportunidad de entrar de lleno en esta última materia, por sí misma, y tampoco ha podido pronunciarse acerca del sentido que posee la denominada progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales

---

<sup>299</sup> Párrafos 146 y 149.

que contempla el artículo 26 de la Convención y recoge el Protocolo de San Salvador. Cabe suponer que la Corte podrá examinar esta relevante materia en el futuro. Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos, que no tienen menor rango que los civiles y políticos. En rigor, ambas categorías se complementan mutuamente y constituyen, en su conjunto, el “estatuto básico” del ser humano en la hora actual (...). Este caso no ha permitido avanzar en tan relevante tema, por las razones aducidas al final del capítulo IX de la Sentencia. Empero, en éstas figuran algunas consideraciones, formuladas brevemente, que conviene destacar. Una de ellas es la manifestación explícita hecha por la Corte de que los ‘derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva’. Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste (...). La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada ‘justiciabilidad’ de aquellos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional. Por otra parte, la Corte dejó dicho en la sentencia a la que corresponde este voto que la progresividad de los derechos de referencia -un tema ampliamente debatido- se debe medir en función ‘de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presente los imperativos de la equidad social’. Con sustento en esta ponderación el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista. Al considerar que el presente caso no sustentaría adecuadamente una ponderación de este carácter, habida cuenta de sus peculiaridades, el tribunal puso de manifiesto, no obstante, el vínculo entre el movimiento progresivo de los derechos mencionados, por una parte, y la proyección que éste tiene ‘sobre el conjunto de la población’ y el ingrediente de la ‘equidad social’ que debe caracterizar a esa progresividad, por la otra.”<sup>300</sup>.

Una opinión muy distinta sostiene el magistrado Carlos Roux Rengifo, quien valora que la Corte se haya abstenido de pronunciarse sobre cuestiones como de qué manera y hasta qué punto era relevante, para efectos pensionales, la existencia de dos regímenes, el de actividad pública y el de actividad privada, si era posible nivelar las pensiones con la remuneración percibida por personas en actividad sometidas al régimen de actividad pública, pero vinculados a entidades distintas a aquélla en que las presuntas víctimas prestaron servicios. “La Corte ha actuado como era preciso que lo hiciera, al abstenerse de penetrar en esas enjundiosas cuestiones –en uno que otro de los párrafos considerativos obran afirmaciones que parecen orientadas a resolverlas en un determinado sentido, pero en términos generales el Tribunal se mantuvo apartado de ellas/ Es evidente que las controversias a que las cuestiones enunciadas dieron o lleguen a dar lugar, sólo pueden ser resueltas por los tribunales internos. A la Corte Interamericana tan sólo le compete vigilar que los respectivos procesos se tramiten con respeto del derecho de acceso a la justicia y, en su caso, del derecho a un recurso efectivo de protección.”<sup>301</sup>.

c) Reparaciones: ordena el cumplimiento de las sentencias e investigar y sancionar en su caso, el desacato de que fueron objeto.

#### **D) Caso Acevedo Buendía (cesantes y jubilados de la Contraloría) versus Perú (2009).**

<sup>300</sup> Punto 3º del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

<sup>301</sup> Voto razonado del juez De Roux Rengifo, párrafos 7º y siguientes.

a) Descripción del caso: incumplimiento de sendas sentencias del TC peruano que condenaban al Estado a pagar las pensiones reajustadas según el salario del funcionario activo, y reintegrar lo retenido injustamente desde abril de 1993 a la fecha. El régimen por el que se regulaban era el del decreto 20.530, de 26 de febrero de 1974, modificado por el decreto ley 25.597, de 7 de julio de 1972, que quitó el derecho a recibir una pensión nivelable.

b) Relevancia laboral: no entra en cuestiones laborales, ya que las garantías conculcadas fue la protección judicial del artículo 25 y el derecho de propiedad sobre las pensiones. Sin embargo, para fundamentar la indemnización por daño moral, lo hace al razonar sobre el trastorno en la vida de los pensionistas al ver afectadas sus expectativas después de haber cumplido la etapa de actividad laboral. Así, la Corte considera que una aspiración natural de un trabajador cesante o jubilado es disfrutar de la libertad y descanso que supone cumplir con el tiempo de prestación laboral, contando con la garantía y seguridad económicas que representa el pago de la pensión íntegra a la que aquél se hace acreedor a partir de sus aportaciones. A través de sus declaraciones, las víctimas se han referido a su caso particular y al de los 273 miembros de la Asociación en general, para informar sobre la cancelación u obstaculización del goce de sus cesantías y jubilaciones, en la medida que se vieron obligados a obtener nuevos trabajos, a comprometer su patrimonio y persona a través de préstamos o venta de sus bienes, o a adaptarse a una realidad socioeconómica precisamente en la etapa de su vida en la que podrían prescindir de un empleo y en el que el derecho a la pensión adquirida garantizaría cierta tranquilidad en lo económico. Si bien no se trata de un resultado seguro, que habría de presentarse necesariamente, sino de una situación probable -no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento de las víctimas, en el presente caso es posible presumir que dicha situación resultó interrumpida y contrariada por el incumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional.”<sup>302</sup>.

c) Reparaciones: ejecución de las sentencias del TC, que implica el reintegro de las sumas en ellas ordenadas. Publicación de la sentencia en el Diario Oficial y otro de amplia circulación nacional.

El reconocimiento público de la responsabilidad internacional del Estado y el pedido público de disculpas por el incumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional mediante una carta, documento o anuncio público que se difunda en a lo menos dos diarios de amplia circulación en el Perú y cuyo texto sea previamente acordado con la Asociación. Además de la adopción y puesta en funcionamiento de un mecanismo o política pública para asegurar el cumplimiento de sentencias judiciales en el Perú.

#### **E) Caso Huilca Tecse versus Perú (2005).**

---

<sup>302</sup> Párrafo 131.

a) Descripción del caso: se trata de la ejecución extrajudicial del líder sindical peruano Pedro Huilca Tecse<sup>303</sup>, el 18 de septiembre de 1992, a manos de un escuadrón vinculado con el Servicio de Inteligencia del Ejército del Perú.

El contexto político, económico y laboral del Perú entre 1990 y 1992, es importante reproducirlo en los términos que fue establecido en la sentencia<sup>304</sup>, ya que es la base de lo que se resolverá en materia de reparaciones, que en esta sentencia son especialmente cuidadas y atentas a las potentes repercusiones sociales y a la carga simbólica de este caso.

Alberto Fujimori fue elegido Presidente Constitucional de la República del Perú en el año de 1990. En 1991 se dictó el Decreto Legislativo N° 728, denominado “Ley de Fomento del Empleo”, que modificaba las relaciones laborales sujetas al régimen de actividades privadas, en cuanto a las relaciones individuales de trabajo. El 5 de abril de 1992 Alberto Fujimori, promulgó el decreto ley N° 25.418, con el cual instituyó un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Dicho Gobierno disolvió el Congreso e intervino el Poder Judicial y el Ministerio Público.

En este contexto los integrantes del grupo Colina, compuesto por miembros del Ejército, cometieron una serie de violaciones a los derechos humanos como parte de una política antisubversiva que se extendió a la eliminación de personas que eran percibidas contrarias al régimen. En junio de 1992 se dictó el decreto ley N° 25.593, conocido como “Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, el cual abordaba el campo de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga<sup>305</sup>.

El 7 de julio de 1992 los representantes de las centrales sindicales denunciaron al Estado ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por aplicar una reforma laboral que consideraban violatoria de los derechos de los trabajadores. El señor Pedro Huilca Tecse, en su calidad de Secretario General de la CGTP, lideró la iniciativa. Lo acompañaron representantes de la Confederación de Trabajadores del Perú (“CTP”) y de la Central de Trabajadores de la Revolución Peruana (“CTRP”).

---

<sup>303</sup> Dirigente de larga y destacada trayectoria. Que se inicia cuando como obrero de la construcción y con 19 años es elegido dirigente de base. Entre 1976 y 1978 la presunta víctima ocupó la Secretaría General de la Federación Departamental de Trabajadores del Cusco. Posteriormente, y por 12 años consecutivos, asumió el cargo de Secretario General de la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (en adelante “FTCCP”). Desde 1981 ocupó diversos cargos de la dirigencia de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), hasta que en su Décimo Congreso Nacional, realizado en marzo de 1992, fue elegido Secretario General de dicha Confederación. Antes había sido Secretario General de la Federación Latinoamericana de Trabajadores de Edificaciones en Madera y Materiales de Construcción (en adelante “FLEMACON”) e integró el directorio del Banco de la Vivienda y del Instituto Peruano de Seguridad Social, en representación de los trabajadores.

<sup>304</sup> Párrafos 60 puntos 6° a 24°. La Corte adopta los hechos presentados en la denuncia, al no haber sido controvertidos por el Estado.

<sup>305</sup> Esta norma permitió la intermediación laboral, es decir, los llamados “services”, recortó el derecho a la sindicalización, se permitió la contratación a plazo fijo, temporal o mediante servicios personales, y se debilitó la negociación colectiva, lo que condujo en la práctica a la virtual desaparición de los sindicatos.



En adelante, el dirigente sindical lideró una serie de acciones en contra de las políticas del Gobierno Fujimori, consistentes en llamados a huelgas, protestas en las calles y declaraciones en medios de comunicación<sup>306</sup>.

Secuencia de hechos que llega al 17 de diciembre de 1992, fecha en que el señor Pedro Huilca Tecse dirigió una movilización en las calles centrales de la ciudad de Lima. Al día siguiente, murió por varios disparos propinados por un grupo de alrededor de 10 personas, en su automóvil que se encontraba estacionado a la salida de su domicilio.

En 2004, el Estado peruano se allanó a las pretensiones de la Comisión, reconociendo su participación y responsabilidad internacional. A causa de lo cual, la Corte sólo debió realizar la audiencia relativa a reparaciones, en que analizó la impugnación que realizó el Estado a un acuerdo de solución amistosa que se había suscrito entre las partes.

b) Relevancia laboral: es la sentencia que más se adentra en materia de libertad sindical, pues junto con declarar la violación del derecho a la vida (artículo 4.1 CADH); en relación a las garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25 respectivamente) y obligación de respetar los derechos del artículo 1.1<sup>307</sup>, declaró violada la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, expresando las siguientes consideraciones:

---

<sup>306</sup> El 10 de julio de 1992, los tres gremios sindicales se unieron con la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (en adelante “CATP”) y convocaron a una movilización para el día 14 de julio de 1992, en la que pensaban hacer público su pliego de reclamos a favor de trabajo y salarios justos, así como la suspensión de la nueva legislación de Relaciones Colectivas de Trabajo. El 19 de julio de 1992 el señor Pedro Huilca Tecse declaró al diario La República que la reacción asumida por las autoridades demostraba el temor gubernamental ante las medidas de fuerza sindicales y desafió al entonces Presidente de la República, a que le otorgara el permiso para realizar un mitin en la Plaza 2 de Mayo y convocar a 200 mil trabajadores. El 21 de julio de 1992 se llevó a cabo un paro nacional de 24 horas y una movilización convocada por las cuatro centrales sindicales. Durante los siguientes meses se produjeron diversas movilizaciones de los sectores salud y educación. No obstante lo cual, las reformas legislativas laborales continuaron. En octubre de 1992 se publicó el Decreto Supremo N°. 011-92-TR, que reglamentó la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el que encontró una fuerte oposición de los sindicatos, en la medida en que éstos consideraron que debilitaba su rol en la sociedad. El 15 de diciembre de 1992 se llevó a cabo una movilización denominada “Marcha Unitaria”, que contó con la presencia del señor Pedro Huilca Tecse y con la participación de trabajadores, organizaciones populares, personas desocupadas, vendedores ambulantes, comerciantes, trabajadores cesantes y jubilados. Ese mismo día el señor Pedro Huilca Tecse escribió el artículo “Luchamos por una causa superior a nuestras vidas”, en el cual se refirió a la intervención del Presidente de la República, el señor Alberto Fujimori, durante la Conferencia Anual de Ejecutivos (CADE) y criticó su gobierno.

<sup>307</sup> Este caso, que puede parecer bastante extremo, no lo es tanto en la realidad latinoamericana. En el Informe anual sobre violaciones a la libertad sindical 2010 de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) diagnostica que Latinoamérica sigue siendo la región donde mueren asesinados la mayor cantidad de sindicalistas en el mundo.

Disponible en:

[http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/sind/survey\\_pd](http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/sind/survey_pd)

[Visitado el 14 de mayo de 2011].

“[t]al y como fue establecido anteriormente, el asesinato de la presunta víctima fue motivado por su carácter de líder sindical opositor y crítico de las políticas del entonces gobierno en turno (...). El artículo 16.1 de la Convención comprende el “derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”. Estos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo. Además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad. Por lo tanto, la ejecución de un líder sindical, en un contexto como el del presente caso, no restringe sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor.”<sup>308</sup>.

Muy importante es la valoración que hizo la Corte, en relación a los efectos sociales de esta eliminación del líder sindical, la cual sustenta las relevantes medidas de reparación que se decretan. “El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses. Por todo lo anterior, el Tribunal considera que, en el presente caso, el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho.”<sup>309</sup>.

c) Reparaciones: introduce una serie de variadas medidas de reparación subrayando las finalidades que cumplen, al consignar que “[e]n este apartado el Tribunal entrará a determinar aquellas medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, así como también dispondrá medidas de alcance o repercusión pública. Estas medidas buscan, inter alia, el reconocimiento de la dignidad de las víctimas o transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones como las del presente caso.”<sup>310</sup>.

Éstas son:

- a) Investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la ejecución extrajudicial del señor Pedro Huilca Tecse. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado.
- b) Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con el presente caso, y pedir una disculpa pública a los familiares de la víctima.
- c) Publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, tanto la Sección denominada “Hechos Establecidos” como la parte resolutive de la presente Sentencia.
- d) Establecer una materia o curso sobre derechos humanos y derecho laboral, que se denomine “Cátedra Pedro Huilca”.

---

<sup>308</sup> Párrafos 68 y 69.

<sup>309</sup> Párrafos 77 y 78.

<sup>310</sup> Párrafo 102.

- e) Recordar y exaltar en la celebración oficial del 1 de mayo (día del trabajo) la labor del señor Pedro Huilca Tecse en favor del movimiento sindical del Perú.
- f) Erigir un busto en memoria del señor Pedro Huilca Tecse.
- g) Brindar atención y tratamiento psicológico a los familiares de la víctima.

### **IX. Criterios extraíbles de alguna jurisprudencia proveniente del Sistema Interamericano, y chileno.**

El primer planteamiento gira en torno a una afirmación que proviene del Sistema Interamericano: la sentencia en sí, es la primera forma de reparación<sup>311</sup>. Y es respecto a este acto público emanado de un poder del Estado, que se despliegan los criterios que permitirían evaluar una buena reparación. No es una función exótica que se le atribuya a la sentencia, pues indudablemente posee una eficacia simbólica<sup>312</sup>, tanto por su modo formal de producción como por su pretensión de visión legítima del mundo social, por lo que respecto de dicha función, cumple lo que cualquier decisión judicial.

No es una afirmación privativa del Sistema Interamericano el que la sentencia sea la primera forma de reparación, pero sí bastante desarrollada en éste. En el plano Europeo, han surgido contenidos similares en alguna jurisprudencia. A partir del artículo 18 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, al regular la indemnización o reparación: “[l]os Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”<sup>313</sup>.

---

<sup>311</sup> “131. El Tribunal estima que la presente Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las víctimas”, Caso Claude Reyes y otro versus Chile, de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151.

Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=245>

[fecha de la visita: 30 de marzo de 2011). Este criterio se encuentra también en las sentencias Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 109, párr. 131; Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 2, párr. 387; y Caso Baldeón García, supra nota 2, párr. 189; Caso Acevedo Jaramillo y otros. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C N°. 144, párr. 173, y Caso Blanco Romero y otros. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C N°. 138, párr. 55.

<sup>312</sup> “En el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (*nomos*) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos libre o autorizada) un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social.”, BOURDIEU, Pierre, “La realidad no visible de la realidad formal”, en la obra colectiva *La fuerza del Derecho*, Bourdieu, Pierre y Teubner, Günther, traducción Carlos Morales, Nuevo pensamiento jurídico, Siglo de Hombres editores, Bogotá, Colombia, 2000.

<sup>313</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente...*, op. cit., pp. 226 y 227.

La profesora Fernández López plantea que en este sentido que “la normativa comunitaria tiende a alejarse, en lo sustancial, de precedentes como los del TEDH, en aplicación del artículo 41 del CEDH, que admite la posibilidad de acordar indemnizaciones por violación de sus preceptos, que aunque el Tribunal la haya extendido a compensar daños materiales o morales, en buena medida tiende a recortar en su cuantía con argumentos de equidad que casi siempre son subterráneos y no se acompañan al razonamiento judicial. Entre los pocos que acceden al texto de las Sentencias se encuentra una especie de ‘victoria moral, según la que la propia Sentencia es susceptible de compensar el daño que el demandante haya podido experimentar”. Para ilustrar, reseña el Caso Perry contra Letonia, de 8 de noviembre de 2007, en los siguientes términos: “[e]n un caso en que se niega autorización a un ministro de una confesión religiosa para ejercer las actividades que les son propias, pero que no se explicitan por el Gobierno, que alude a motivos de seguridad del Estado, el demandante solicitaba una reparación de 70.000 € ‘para reparar el daño moral sufrido debido a las sospechas que pesaban sobre él’, ‘a razón de 1.000 € mensuales desde el 11 de septiembre de 2000 al 29 de septiembre de 2005 y 500 € mensuales por el período posterior’. El Tribunal, en cambio, entiende que ‘atendidas las circunstancias de la causa, la constatación de violación del art. 9 del Convenio que figura en la presente Sentencia constituye en sí misma una indemnización suficiente por todo el daño moral producido por el demandante”<sup>314</sup>.

La Corte Interamericana, a renglón seguido de validar la sentencia como la primera reparación agrega: “[s]in embargo, para efectos de la reparación del daño inmaterial en este caso, el Tribunal determinará aquellas medidas de satisfacción y garantías de no repetición que no tienen alcance pecuniario, sino que tienen una repercusión pública”<sup>315</sup>, respecto de lo cual se ha comentado que “[e]s interesante en esta materia que la Corte ponga un especial énfasis en el efecto público de estas medidas, en la que parece ser la única forma en que cumplan eficazmente con una reparación integral. Asimismo, la Corte vincula estas medidas con el restablecimiento de la dignidad de las víctimas, que es una cuestión central en todo proceso de reparación de las personas que han sufrido violaciones de derechos humanos.”<sup>316</sup>, más cercanos entonces a los fallos españoles sobre acoso laboral, que ordenan la publicación de la sentencia<sup>317</sup>.

<sup>314</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente...*, p. 228 nota 223.

<sup>315</sup> Caso Claude Reyes y otro versus Chile, de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151, párrafo 156, en el acápite “Daño inmaterial”. En el mismo sentido Caso Palamara Iribarne, supra nota 72, párrafo 249; Caso de las Niñas Yean y Bosico. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N°. 130, párrafo 229; y Caso Ricardo Canese, supra nota 72, párrafo 208.

<sup>316</sup> NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, (segunda edición), Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2009, p. 57.

<sup>317</sup> “En el proceso de tutela de derechos fundamentales se condena asimismo a la publicación de las sentencias (de instancia y de suplicación) en el tablón de anuncios del centro de trabajo, en un lugar visible, durante un plazo de 7 días, negando en cambio la necesidad de su publicación en medios de prensa considerando que con la primera medida ya se consigue suficiente satisfacción de la víctima. TSJ País Vasco 21 de diciembre 2010 (rec. 2718/2010), FD 6°. Tal solución estaría en consonancia con lo afirmado por la sentencia TSJ Madrid 3 de febrero 2009 (rec. 259, FD 4°, cuando afirma que ‘Junto a los derechos de cesación y a la reparación del acoso moral también existe el derecho a criticar tal conducta en forma pública,

## A) Difusión o promoción.

Es un criterio relevante y probablemente al que se ha llegado más fácilmente por diversas ramas y en los distintos ordenamientos jurídicos. Pero hay que destacar que eso representa una evolución, porque la “técnica” de la promoción, como explicara Tarello, no es un modo típico de intervención del Derecho en el sistema social, es decir, no se corresponde a una función, pero sí a una técnica, la cual originalmente era repelido por la cultura jurídica de la codificación de principios del siglo XIX<sup>318</sup>. En España, por ejemplo, la norma de la LRJS que menciona la reparación en materia de derechos fundamentales es tan escueta como la chilena o la interamericana<sup>319</sup>. A ello sumado lo antes dicho sobre la poca habitualidad de que los jueces deban crear situaciones para el futuro, se puede explicar que la única medida de reparación distinta a la indemnizatoria o de reincorporación que se ha aplicado sea la publicación de la sentencia, que es una “absoluta novedad” que existe a partir de la LEC 2000 (artículo 700.7)<sup>320</sup>,

---

al amparo del artículo 20 de la Constitución Española”, ALEMAÑ CANO, Jaime; BALLESTER LAGUNA, Fernando; RIVERA SÁNCHEZ, Juan Ramón y SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy, “La tutela jurídica del acoso laboral”, en la obra colectiva *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*, (Gema Fabregat, directora), Bomarzo, Albacete, España, 2012, p. 129.

<sup>318</sup> TARELLO, Giovanni, “Ideología...”, op. cit., pp. 30 y 31, notas 10 y 11. Destaca el autor que Norberto Bobbio, en los últimos años llamó la atención sobre las técnicas promocionales, aunque erradamente según Tarello, dándole el nombre de función (que es una forma de interacción entre sistemas). Advierte además que la técnica de la promoción, es poco compatible con las normas generales propias de la Codificación, más si van a ser aplicadas en sociedades muy articuladas y diferenciadas. Es interesante porque en ello cobra sentido en que las medidas de reparación se entreguen a la modelación del juez.

<sup>319</sup> “Artículo 182: Sentencia.1. La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”. Antes en los mismos términos el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, que se refiere a la “reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera” aunque ya las había considerado, de forma muy marginal como en el caso de la lesión al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, (artículo 9.2 LO 1/1982), y en el derecho de rectificación de la LO 2/1984, en cuanto se establecía la posibilidad que el juez ordenase la publicación de la sentencia condenatoria en un medio de comunicación.

<sup>320</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., p. 127. La sentencia es la primera forma de reparación en derechos fundamentales porque es la acción de reconocimiento del derecho de la víctima, a diferencia de los sostenido por José Luis GOÑI SEIN, que la entiende como una confusión entre declaración de un derecho y reparación de un derecho, *La indemnización por daños...*, op. cit., p. 23.

Esta medida es la primera en responder a la necesidad de darle efectos públicos, de irradiar a la sociedad, que muy generalmente se producen en las sentencias sobre derechos fundamentales. Éstas tienen como característica adicional la necesidad de su difusión, más que en cualquier otra, porque cumplen un papel de decisión paradigmática. De ahí se puede comprender un alcance como el de Luis Jimena, presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales, al señalar como una desventaja concreta del Comité respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que el Comité tiene sus decisiones traducidas sólo al inglés y al francés, restringiendo su capacidad de difusión y utilización por parte de los agentes jurídicos internos<sup>321</sup>.

A ella se agregan diversas posibilidades de medidas, de distinto alcance<sup>322</sup>, pero que pretenden la difusión de contenidos vinculados al derecho vulnerado: declaraciones de la

---

<sup>321</sup> En la exposición de su ponencia “Praxis y efectividad de la Carta Social Europea en España: el papel de los operadores jurídicos y de los actores sociales”, en la Jornada de Estudio Reforma Laboral, Derechos Sociales y Carta Social Europea, 20 de septiembre de 2013, Fundación 1 de mayo.

<sup>322</sup> La difusión de la sentencia puede no ser vía publicación, como en la sentencia S-52-2011, del Segundo Juzgado Laboral de Santiago, sobre práctica antisindical, que ordena que se acompañe por una vez en las nóminas de todos los trabajadores; o la T-4-2009, del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, que ordena se publique en el diario mural durante tres meses de ejecutoriada la sentencia y que se dé copia a todo trabajador que lo solicite, dentro de la semana siguiente a la ejecutoria, (punto resolutivo N° 3).

empresa hacia sus trabajadores<sup>323</sup>; elaboración de folletos informativos<sup>324</sup>; comunicación a los trabajadores de la forma de ejercicio de un derecho. En un caso de acoso sexual, la medida de reparación fue “[q]ue la empresa vencida deberá, en plazo no superior a un mes

---

<sup>323</sup> Sentencia S-42-2010, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ante una práctica antisindical ordena que junto a la nómina se entregue una carta de la empresa que “deberá contener información sobre: a) el hecho de haber sido condenada por prácticas antisindicales y desleales; b) el respeto que debe profesar la empresa por la autonomía colectiva de los trabajadores y los sindicatos y un compromiso de abstención absoluto de injerencia en desmedro de la formación y funcionamiento y representación de estas organizaciones”, todo lo cual deberá además ser publicado en los paneles de todos los locales de la empresa (punto resolutivo N°2). En la sentencia T-63-2009, del mismo Tribunal, en un caso sobre honra e integridad psíquica, la medida de reparación fue establecida así: “[l]a denunciada vencida deberá, en un plazo prudencial que no exceda los sesenta días hábiles, incluir en su Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, una referencia expresa y explícita, relativa a la prohibición de quienes desempeñen cargos de jefatura de efectuar maltratos verbales o escritos, de cualquier índole y por cualquier causa a sus subordinados y demás trabajadores, debiendo respetarse siempre la dignidad del trabajador y de sus derechos fundamentales, y dar a conocer dicha regla a todos ellos. Si dicha mención ya se contempla en el respectivo reglamento, se deberá informarla nuevamente a todos los trabajadores por el medio más idóneo que se determine por la misma empresa”; la T-4-2009, del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, en una práctica antisindical condenó a “confeccionar a su propio costo, un tríptico informativo, que contendrá información relativa a la importancia y protección legal, tanto de la libertad sindical como de los derechos fundamentales de los trabajadores, con especial énfasis en la importancia del rol de los dirigentes sindicales. El mencionado documento, deberá contener, además, la información relevante de la Inspección del Trabajo, tales como, dirección de ubicación de cada una de las oficinas de ésta con relevancia la ubicada en la comuna de Calama, teléfonos, página web, información que deberá ser distribuida a todos los trabajadores de la denunciada, dentro de un mes, desde que la presente resolución cause ejecutoria”; en un acoso laboral el Juzgado de Letras de Los Andes ordenó la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria, a elaborar por la secretaría del Tribunal, en instrumentos informativos internos.

<sup>324</sup> Sentencia S-42-2010, del Segundo Juzgado Laboral de Santiago, en que ante una práctica antisindical se ordena la elaboración de una cartilla “en forma de díptico o tríptico elaborada por la empresa que informe en términos sencillos qué es la libertad sindical, cuáles son las normas internacionales vigentes más relevantes (Convenios 87, 98 y 135 de OIT), con un extracto de sus contenidos, pudiendo basar la información en la síntesis de los mismos que efectúa Tapia Guerrero, Francisco en: *“Sindicatos”*; *Lexis Nexis*; 2005, p. 234 a 236 o en otro texto similar de autoría tan reputada como la señalada” (punto resolutivo N°2); en un caso de discriminación por causa de embarazo, la sentencia T-17-2009 ordenó que “dentro de un plazo no superior a dos meses, contados desde que la presente sentencia adquiera el carácter de ejecutoriada, confeccionar un tríptico que recoja la disposición del artículo 2° del Código del Trabajo y de manera resumida y didáctica el procedimiento de tutela laboral establecido en el artículo 485 del Código Laboral, distribuirlo a todo el personal de la empresa dejando constancia de ello en un acta, firmada por cada trabajador la que se remitirá a la Inspección del Trabajo con una copia del tríptico”.

de ejecutoriado el fallo, comunicar a los trabajadores la forma en que debe hacerse efectivo el derecho a denunciar los hechos constitutivos de acoso sexual, conforme al art. 137 del Reglamento Interno de la empresa, con indicación específica de la persona o cargo a quien se debe recurrir para hacer la denuncia respectiva”<sup>325</sup>.

Una orden de rectificación interesantísima se encuentra en la Sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional de Madrid, N° 75/2003, de 23 de julio de 2003, en que se condena a la cadena de televisión española RTVE por lesión a los derechos de huelga y libertad sindical, en su vertiente derecho a la información, publicidad y difusión de los objetivos y contenidos de la huelga, debido a que manipularon y excluyeron información sobre la huelga general de 20 de junio de 2002. La sentencia declara “que las entidades codemandadas han incurrido en violación de los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical y, por consecuencia, ordenamos, como reparación de las consecuencias derivadas de dicha violación, que se condena a las demandadas citadas a emitir, en todos los telediarios de Televisión Española, correspondientes a un día, una información completa sobre el contenido de la presente sentencia.”

Las observaciones que se pueden hacer son que esta medida engloba varios de los elementos que, como ya se dijera, debe considerar una reparación. De un lado, toma en cuenta el carácter del empleador sancionado: un medio de comunicación y, al mismo tiempo, el medio por el cual se produjo la lesión. Por lo que, aplicando la máxima de que las cosas se deshacen del mismo modo en que se hacen, obliga a rectificar por los mismos medios y en las mismas dimensiones en las que entregó información errónea. Pero de otro, cumple con realizar el objetivo de que se difunda que la conducta lesiva es contraria a Derecho. Por tanto, la publicidad cumple simultáneamente con difundir la vigencia de los derechos fundamentales en el lugar de trabajo donde se produjo la lesión<sup>326</sup>. Pero, además, en este caso resulta claramente advertible que la reparación se proyecta del mismo modo que lo hizo el acto vulneratorio: al tratarse de un medio de comunicación, se desarrolla una medida en base al derecho del que es titular la sociedad de recibir una información veraz que constituya a la opinión pública, por lo que tal información no forma parte ni de la propiedad de la empresa de comunicaciones ni del trabajador del medio de comunicación<sup>327</sup>, y, repara el derecho lesionado de la organización sindical a comunicar

<sup>325</sup> Sentencia T-4-2009, del Segundo Juzgado Laboral de Santiago (punto resolutivo N°2).

<sup>326</sup> Una orden semejante se contenía en la sentencia T-19-2009 del Juzgado del Trabajo de Valparaíso, en que se ordenaba publicar un extracto de la sentencia en el mismo Diario “El Mercurio”, que fue objeto de condena por vulnerar la libertad de expresión de sus trabajadores, (sentencia que luego fue anulada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso), en todo caso, la lesión a la libertad de expresión no se produjo a través del medio de comunicación.

<sup>327</sup> Para profundizar esta idea ver RUIZ CABALLERO, Carlos “El silencio de los periodistas ante la censura empresarial”, en la obra colectiva *La ética y el derecho de la información en los tiempos del postperiodismo*, (Ion Egúzquiza y Vicente Vidal, coordinadores), Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y de la Sociedad, Valencia, España, 2007, pp. 489 y 490. Este autor, comentando la resolución de la Audiencia Nacional, cita a su vez a la STC 6/1981 del TC español como precedente: “El 23 de febrero de 1981, el Tribunal Constitucional (TC), dictaba una sentencia en la que se reconoce la relación, casi ontológica, entre libertad de información y democracia ‘El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la



informaciones veraces sobre actuación<sup>328</sup>, es decir, con un criterio muy similar al de la Opinión Consultiva sobre la colegiación de periodistas<sup>329</sup>.

La publicidad de la sentencia es una de las medidas más comunes ordenadas por el Sistema Interamericano. Por ejemplo, en el caso *Huilca Tecse versus Perú* (2005), sobre la ejecución de un líder sindical por organismos del Estado peruano, la Corte, a partir de la valoración que hizo en relación a los efectos sociales amedrentadores provocados por la eliminación del líder sindical, sustenta medidas reparatorias como la de realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad, pedir una disculpa pública a los familiares de la víctima, publicar en el Diario Oficial y en otro periódico de circulación nacional, tanto la Sección denominada “Hechos Establecidos” como la parte resolutive de la sentencia. Como se ha señalado en este capítulo a propósito de las vulneraciones a la libertad de expresión y a la libertad sindical, tiene efectos sociales negativos potentes y difíciles de contrarrestar, en que las medidas reparatorias no monetarias encuentran sus

---

cual quedarían vaciados de contenido real, otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado, el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2º. de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política”.

Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2539938>

[fecha de la visita 28 de enero de 2012].

<sup>328</sup> Es la misma línea argumentativa recientemente presentada por el profesor FERRAJOLI, en su ya citada obra *Poteri Selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, al tratar sobre el proceso que él llama de “desconstitucionalización” italiano. “Nos encontramos entonces frente a dos patologías –el control político y el control propietario de la información– ambos homicidas, tanto más si juntos, para el futuro de la democracia. La primera patología es un aspecto bien conocido y una agravante a aquella infección ya ilustrada de nuestro sistema político que es el conflicto de intereses: la confusión entre poderes públicos y los públicos intereses y, en último análisis, con el primado no ya de un cualquier interés y poder privado sino de aquél específico poder de la información detentado a través de la propiedad de un imperio televisivo y editorial. Se sigue la lesión de otra, pero no menos importante separación, que está también en la base, incluso antes que de la democracia, de la modernidad jurídica: la separación entre poderes políticos y poderes ideológicos y culturales, que es un corolario del liberalismo (...). Aquí me limito a revelar un equívoco teórico de fondo, dejado irresuelto por la tradición liberal: la confusión entre libertad de manifestación del pensamiento y la propiedad de los medios y la consiguiente dependencia de hecho de la primera con la segunda. Se trata en cambio, de dos derechos radicalmente diversos: aquél es un derecho fundamental de todos, el otro es un derecho patrimonial de los propietarios de las publicaciones. La Constitución italiana garantiza el primero pero por cierto no el segundo: ‘todos tienen derecho de manifestar *el proprio* pensamiento’ dice el artículo 21, que es evidentemente el pensamiento de los periodistas, y sin duda no de los propietarios. Es claro que un derecho semejante postula la total independencia de las redacciones de la propiedad. De hecho, en cambio, la relación entre ambos está dada vuelta. La propiedad devora a la libertad. Los derechos de libertad, en vez de operar como límites al poder, son por éste limitados. Y la ley del mercado está de hecho supraordenada a las reglas del Estado de Derecho y de la democracia constitucional”, FERRAJOLI, Luigi, *Poteri Selvaggi...*, op. cit., pp. 38 y 39.

<sup>329</sup> Ver Capítulo I, sección IV.

límites de eficacia, porque es difícil reconstruir una vez que ya se perpetró el acto antisindical y la organización, por ejemplo, ya ha desaparecido, cuestión muy común cuando el sindicalismo se maneja a nivel de empresa. Así se demuestra en la sentencia T-20-2012, del Tribunal Laboral de La Serena, en que en párrafos de gran sinceridad respecto de la situación sindical chilena, se entrevé por qué no hace uso de las medidas de reparación no monetarias: “por más que la denunciada sea sancionada, y de hecho lo será, con el mayor rigor que nuestro sistema permite, se trata en este caso sólo de sanciones pecuniarias. Multas que la denunciada probablemente pagará gustosa desde que ha conseguido un objetivo mucho más trascendente para sus intereses, claramente manifestados en esta causa. Ya no tendrá que lidiar con sindicato alguno. No habrá asociación de trabajadores que cuestione, que critique, que exija, que busque mejores condiciones laborales, más dignas y más justas. El sindicato ha muerto y sólo falta la extensión del certificado de defunción. Y el Derecho no pudo hacer nada (...). Y respecto de la obligación del juez de la causa en orden a establecer medidas reparativas, tal como ya se indicó, no hay en este caso reparación posible. La denunciada ha destruido un sindicato y sólo tiene que pagar una multa por tal o cual conducta, manifestación clara de que la solución a estos conflictos no está en los Tribunales”.

El *quid* del asunto lo explica un preciso comentario a este fallo: “cómo puede el juez reparar la antisindicalidad llevada a la perfección como el caso de marras. Y el diagnóstico de la juez del trabajo no puede ser menos atinado: ‘[e]n realidad el Derecho no tenía nada que hacer en un caso como este desde sus comienzos. En efecto, estas prácticas abusivas por parte de un empleador no han de ser contenidas desde la judicatura. No hay acción procesal que pueda poner a salvo la libertad sindical en una situación como de la marras. La respuesta al problema de fondo es política’. Y en estas pequeñas pero contundentes frases, el fallo traza una correcta descripción del estado de situación del Derecho del Trabajo en Chile: trabajadores sin poder real que puedan siquiera intentar equilibrar los términos de la relación de trabajo. Como señala el fallo “el sindicato pequeño en un sistema como el chileno está destinado al fracaso. Con una negociación colectiva limitada y excesivamente reglamentada, con un derecho de huelga prácticamente inexistente, la oferta de participación democrática que se les hace a los trabajadores de un sindicato como el que ha sido desarticulado por la denunciada, y con excesiva facilitada, es un canto de sirenas”. Por ello, y valga una vez más destacarlo, el problema laboral en Chile no tiene solución en los pasillos de los Tribunales, mediante el ejercicio de tal o cual acción judicial, sino muros de la política: el cambio integral de las reglas del juego en materia laboral. Especialmente la derogación del vigente Plan Laboral desde la época de la dictadura”<sup>330</sup>. Lo anterior, confirma la interrelación de las diversas tutelas y sus pesos específicos para la garantía de los derechos, al tiempo que ubica a las medidas de reparación no monetarias, de corte más simbólico, en su justa dimensión como consecuencias jurídicas, menos eficaces, en todo caso, que aquéllas que afectan a la posibilidad de participación de la empresa en el mercado.

Con todo, la difusión de la sentencia cumple además fines preventivos y de satisfacción para las víctimas, que son buscados en materia de derechos fundamentales, pero principalmente promocionales. Es por ello que se pueden difundir otros contenidos determinados por el juzgador, respondiendo al mismo fin promocional. Medidas muy comunes y de carácter declarativo que suelen prescribirse, responden a esta finalidad. Ello

---

<sup>330</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, “Canto de sirenas: los jueces y el Plan Laboral”, *Revista Laboral y de la Seguridad Social* N° 2, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013, pp. 434-435.

explica que se ordene por ejemplo: “A. Instruir a la planta ejecutiva, gerentes distritales, gerentes de tiendas y supervisores, de todo el país, mediante una comunicación de la que se envíe copia a cada uno de los trabajadores de la empresa, sindicalizados o no, que se abstengan de realizar cualquier conducta que signifique, directa o indirectamente, interferir en el proceso de negociación colectiva. B. Enviar a todos sus trabajadores una comunicación escrita, en la que deje constancia: a) Que Starbucks S.A. se compromete a respetar la libertad sindical de sus trabajadores, b) Que, en consecuencia, pueden afiliarse al sindicato demandante y participar en la negociación colectiva, todos los trabajadores con contrato vigente en la empresa, incluidos sus supervisores y jefes; y c) Que el hecho de afiliarse al sindicato y negociar colectivamente no tendrá consecuencias negativas de ninguna naturaleza durante la vigencia del contrato, ni en sus remuneraciones, ni posibilidades de capacitación, ascensos y desarrollo personal en la prestación de sus servicios.”<sup>331</sup>.

La detención de la jueza en las medidas, se explica en que la maniobra a través de la cual se ejecutó la práctica antisindical sobre la que versaba el caso, fue la entrega de informaciones por parte de la empresa, de contenido erróneo y expresivas de opiniones negativas respecto de la sindicalización, de modo que las declaraciones que le exige a la empresa son para contrarrestar la información falsa y el amedrentamiento que produjo el que el empleador se manifestara contrario a la existencia del sindicato en el seno de su organización. Además de las citadas medidas, la jueza ordenó medidas concretas de formación respecto de la libertad sindical para las jefaturas<sup>332</sup>.

Posteriormente, se volvió a condenar a la empresa por las mismas conductas, incorporándose dentro de la prueba una declaración de la empresa en su página web, cuya

---

<sup>331</sup> Sentencia S-32-2011, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Esta sentencia manifiesta un desarrollo jurisprudencial interesante, pues de la misma jueza es un fallo anterior, en que detectaba con precisión como causa de la práctica antisindical, a partir de las declaraciones de los supervisores, un elemento cultural, no hizo uso de las medidas de reparación en conexión a los hechos establecidos en la sentencia: “En cuanto al argumento de la ‘interrupción de trabajo’ como sustento de la medida, éstas interrupciones no se han acreditado ya que no pasan de ser una estimación de los supervisores que declararon, los que, al parecer, no valoran la labor de los delegados sindicales y no tienen una buena instrucción respecto del derecho colectivo del trabajo” (considerandos quinto y sexto), salvo ordenar el “cese inmediato de tales conductas lesivas, permitiendo que los delegados sindicales puedan desarrollar su labor al interior de la empresa con las facilidades apropiadas.” (punto resolutivo N° 1), sentencia T-52-2009, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, orden de cese que, como se explicara tiene la misma estructura y objetivos que toda la reparación no monetaria. Ver también medidas de capacitación al mando que ejecutó el acto lesivo y a los trabajadores T-63-2011, en una causa de discriminación por maternidad; charla informativa en un juicio por garantía de indemnidad, T-272-2011, ambas sentencias del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo; T-1-2009 del Juzgado de Letras de Puente Alto, en una causa por acoso laboral; en la T-38-2010, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, por discriminación religiosa.

<sup>332</sup> También con un cierto nivel de delimitación: “[r]ealizar, dentro de un plazo de seis meses, una capacitación a los gerentes de distrito, de al menos 12 horas, sobre la “libertad sindical”, a cargo de un profesor universitario de Derecho del Trabajo, que tenga alguna publicación o especialidad en Derecho Colectivo.”.

valoración por parte de la judicatura hizo remisión a las sentencias condenatorias precedentes. “Con lo analizado y razonado, queda claro para el tribunal, que la empresa sigue la línea de la comunicación de agosto de 2008, en la cual se sostiene sin ambages alguno ‘que los sindicatos son innecesarios en Starbucks’, y aunque allí se añade que ‘se respeta el derecho de nuestros partners a organizarse, pero creemos que no lo debiesen considerar necesario dado nuestro ambiente pro-partner’, en definitiva la empresa no respetó tal derecho, ya que simplemente usó todos los medios a su disposición para afectar la esencia de la organización, cuál es asociarse los trabajadores para obtener mejores condiciones remuneratorias y condiciones comunes de trabajo”<sup>333</sup>.

En el mismo considerando se encuentra un muy interesante encuadre del caso que hace la jueza, en que, además de relacionarlo con las condenas precedentes, analiza el contexto de la empresa a nivel mundial, a partir del cual plantea un cuestionamiento y valora negativamente decisiones empresariales. “Por otro lado, la empresa pretende hacer creer al tribunal que dado que tienen presupuesto anual, regido por el sistema fiscal de la empresa en Estados Unidos, el cual se fija en septiembre de cada año, era imposible aceptar cualquier propuesta del sindicato, sin embargo existen partidas que se pueden provisionar como gastos y enfrentar tales eventualidades –considerando además que el escenario de la empresa a nivel mundial era más que óptimo, con las ganancias obtenidas en el período octubre 2010 a junio de 2011, según publicación presentada por la denunciante-. Cómo entender que la empresa ni siquiera se planteó la posibilidad de una negociación colectiva, en circunstancias que tiene un sindicato formado en el año 2009 y del cual necesariamente tomaron conocimiento ese año, dada la causa ventilada en este mismo tribunal por prácticas antisindicales, RIT S-12-2009, que concluyó con un acuerdo entre las partes, en que la empresa se comprometió a entregar una declaración escrita en que indica que respeta el derecho a la libre afiliación de sus partners y se adhiere a las leyes laborales, incluida la de las actividades organizacionales, que claramente se forman para obtener beneficios comunes y ello mediante los procesos negociadores establecidos en la ley, esto es, la negociación colectiva. Que, no obstante ser claro que el Tribunal no se puede inmiscuir en las decisiones que le competen a la empresa, no lo es menos que cuando con el actuar de la misma se afectan derechos fundamentales como lo es la libertad sindical y específicamente en uno de sus pilares, como lo es la negociación colectiva, y no se logra demostrar que tales acciones fueron justificadas, por cuanto no obstante toda la prueba aportada por la demandada para demostrar que nunca ha pretendido afectar tales derechos ni ha efectuado prácticas desleales, no logra justificar al efecto la motivación económica que la llevó, de un lado, a presionar a los socios del sindicato para obtener su desafiliación y su no participación en la votación de la huelga, y de otro, a mantener su postura inicial de la negociación de sólo mantener los sueldos base vigentes, sin aportar nada a las propuestas del sindicato, salvo ya en la etapa de los buenos oficios ante la Inspección del Trabajo de un crédito blando para los trabajadores en huelga, ya que nada tenía para ofrecer; sin embargo si tenía presupuesto para abrir 8 tiendas en el año 2011, para contratar más de 400 trabajadores, para despedir a otros por necesidades de la empresa y pagar sus indemnizaciones –no obstante estar en proceso de reapertura de tiendas-, para aumentar las remuneraciones en septiembre de 2011 a sus baristas, luego de concluida la negociación; para ascender a una trabajadora luego de desvincularse del sindicato y de la negociación, la que tenía un ‘desempeño deficiente ya que jamás ha tenido las condiciones necesarias para asumir un puesto de mayor responsabilidad’; sin que siquiera se planteara la posibilidad de

---

<sup>333</sup> Considerando trigésimo primero.

anticipar esto con una provisión de gastos, para realmente generar un diálogo con sus trabajadores y abordar en conjunto temas importantes de interés laboral”.

Las medidas de reparación ordenadas relacionadas con difusión fueron similares a las ya descritas en la sentencia anterior<sup>334</sup>.

## **B) Prevención y garantías de no repetición.**

Este criterio implica que el juez deberá configurar medidas que le parezcan idóneas para evitar que se vuelva a producir un acto como el que fue objeto de condena, funcionando al mismo tiempo como una especie de garantía o reforzamiento a la orden de cese. Esta combinación es la que concreta la función preventiva, porque el juez lo que debe hacer es tomar medidas que corrijan las condiciones que produjeron la vulneración. No es prevención por intimidación: Se ha insistido que las reparaciones no monetarias no están orientadas a retribuir un mal por otro, y en términos generales (salvo lo que se señalará sobre la prohibición de contratar con la Administración Pública como sanción anexa a una condena por lesión de derechos fundamentales) tampoco pueden ser consideradas “la amenaza de un mal”. Por lo tanto, escapa a la tradicional crítica de que “quizá es difícil imaginar, en el campo del Derecho, una función más vasta y genérica que la consistente en la prevención mediante intimidación. Tan es así que ya Kelsen había tenido ocasión de subrayar como, bajo este punto de vista, ‘no existe alguna diferencia fundamental entre pena y ejecución forzada, dado que también esta última, sentida como un mal del

---

<sup>334</sup> 1. Publicación: “en un diario de circulación nacional, a media página, con letras destacadas, dentro de 10° día de ejecutoriada la sentencia, que contenga la siguiente inserción: ‘La empresa Starbucks Coffee Chile S.A. SE OBLIGA a respetar el derecho a la libertad sindical de sus trabajadores, en cuanto este derecho implica la libre afiliación a la organización sindical que estimen y el derecho a negociar colectivamente, con pleno respeto de la normativa nacional y los Tratados Internacionales sobre la materia, ratificados por Chile, comprometiéndose desde ya que cualquier atentado contra tales derechos al interior de sus locales, efectuado por cualquiera de sus gerentes de tienda o de distrito o cualquier personal de la empresa, será debidamente investigado y sancionado si correspondiese”. 2. Capacitación: “una vez una ejecutoriada la sentencia, y en un plazo no superior a cuatro meses, en todos los locales y/o tiendas de la empresa denunciada, a lo menos 3 jornadas o cursos dirigidas al personal de las distintas gerencias, gerentes de distrito, gerentes de tiendas, supervisores de turno, personal administrativo en general, y *partners*, donde se efectúe charla respecto del derecho a la sindicación, la huelga, y la no discriminación por motivos de sindicación, con duración de 45 minutos cada una, en los horarios y días que determine la denunciada, comunicando con la debida antelación las mismas, mediante avisos publicados en espacios de acceso general o común, sin perjuicio de las comunicaciones más personales que puedan efectuarse, siendo obligatoria la asistencia de a lo menos el 30% del personal de cada tienda o local. Las referidas charlas deberán ser efectuadas por personas que tengan amplio conocimiento de los temas citados y, a lo menos, hayan efectuado alguna publicación sobre derecho sindical, pudiendo solicitarse para tales efectos asesoría de la Dirección del Trabajo, siendo el costo de las mismas de cargo de la denunciada, debiendo levantar actas de su realización”.

interesado, puede tener un efecto preventivo, así que se puede aquí reconectar la finalidad preventiva con la de reparación”<sup>335</sup>.

Las garantías de no repetición son un aspecto central de la reparación no monetaria, y que además resulta adecuado en materia laboral<sup>336</sup>. La primera garantía de no repetición es la existencia de un procedimiento adecuado que, en su caso, derive en una sanción. En entendido que los climas de impunidad desalientan la denuncia<sup>337</sup>.

Considera medidas que se dirijan a evitar la continuación o reproducción del ilícito, y en ese sentido, comprende a varios criterios a la vez como la difusión o promoción o disuasión<sup>338</sup>. Pero es más concretamente perceptible en las medidas preventivas. Toda medida que implique un grado de publicidad tiene un componente preventivo, en el sentido que difunden el hecho de que se trata de actos que no son tolerados por el Derecho. Sin embargo, existen otras medidas de carácter concreto que pueden producir este efecto. Por ejemplo: en un caso de lesión a la honra e integridad psíquica y física, garantías que vulneradas por una conducta de acoso sexual, la jueza ordenó como medida reparatoria la modificación del turno que la acosada debía cumplir, y lo hizo con cierto nivel de precisión: “[r]eincorporar a la trabajadora afectada al turno de mañana (...), y mantenerla en él, salvo situaciones excepcionales previamente establecidas, tales como vacaciones o licencia médica de otra trabajadora”. Además, ordenó “crear y publicar, para conocimiento de los trabajadores, un sistema objetivo de asignación y rotación de turnos, que evite, cualquier posibilidad de arbitrariedad o discriminación en su asignación”<sup>339</sup>. Otra

---

<sup>335</sup> CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milán, Italia, 1980, p. 123, en cita a Kelsen en *Doctrina pura del Derecho*.

<sup>336</sup> A diferencia de otros pilares de la reparación en sede internacional que se vincula con la satisfacción de la víctima pero principalmente con el mantenimiento de una registro de los hechos acaecidos, que tienen que ver con el problema de la construcción de una memoria histórica y el derecho a la verdad, que, implica una serie de acciones estatales, vinculadas a medidas de alto contenido simbólico y de visibilidad pública, argumento que probablemente extravasaría la función de una sentencia laboral, sobre este aspecto se puede consultar DE GREIFF, Pablo, *The handbook of reparations*, (Pablo de Greiff, editor), Oxford University Press, Inglaterra, 2006, pp. 486 y siguientes, también CIDH Relatoría Especial para la Libertad de Expersión, *Informe Anual*, op. cit., pp. 339 y 340.

<sup>337</sup> CIDH Relatoría Especial para la Libertad de Expersión, *Informe Anual*, op. cit., pp. 339 y 340.

<sup>338</sup> La separación entre prevención y disuasión la planteo porque que me interesa para dejar la disuasión como noción más próxima al fuero interno del infractor vencido en juicio, abordando allí el problema de su “inviolabilidad”, que es una de las lanzas argumentativas del liberalismo en contra de la ejecución de las obligaciones de hacer y de no hacer, que de esta manera devienen en “infungibles”, crítica que permanece vigente hasta hoy, por ejemplo, se registra a propósito de la readmisión y sus problemas de coercibilidad, en el reciente manual de Riccardo DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milán, Italia, 2012, p. 584. Desarrollando, por la vía de esta distinción, a la prevención como un concepto más amplio que no sólo se circunscribe a desalentar las futuras conductas del infractor por el efecto de la amenaza de sanción, sino que abarca medidas concretas para evitar la reproducción de las infracciones.

<sup>339</sup> Punto segundo de la parte resolutive, de la causa RIT T-16-2010, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

sentencia<sup>340</sup> ordenó que se estableciera y diera a conocer el procedimiento para la denuncia de situaciones de acoso, con indicación expresa de una persona encargada. Menos precisas son las medidas de la causa T-306-2010, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en que ante un acoso laboral el juez decreta “la adopción de las medidas conducentes a proveer a la trabajadora de un ambiente laboral de trato digno y compatible con el goce efectivo de sus derechos fundamentales, sin perjuicio del ejercicio de las facultades legítimas del empleador y del debido cumplimiento que impone a las partes el contrato de trabajo que las liga”, que de cierta forma reproduce el problema visto en la redacción de los Planes de Igualdad, en orden a limitarse a repetir deberes legales<sup>341</sup>.

Medidas preventivas son también las que ordenan que la jefatura que materialmente ejecutó el acto lesivo, no le sea asignada al trabajador afectado, como en la T-63-2009. Una sentencia llamativa fue la primera de discriminación por razones religiosas, la T-38-2010, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la que dentro de un conjunto amplio de medidas se ordena “i.- Mantener la asignación de un nuevo supervisor y Project Manager a la trabajadora afectada. ii.- No asignar como jefes de la señora Nora Melo Iribarren a los señores Rosa Jerez Riveros, María Ojeda Laguardia y David Castro Marambio. iii.- Destinar de los señores Rosa Jerez Riveros, María Ojeda Laguardia y David Castro Marambio a lugar físico de trabajo diferente al de la trabajadora afectada y realizar las gestiones necesarias para evitar cualquier contacto entre ellos”. Una medida distinta, pero que de cierta forma es síntoma de la debilidad del Derecho Colectivo en Chile, es la que, entre otras reglas prescribe que se introduzca en el reglamento interno el derecho de los trabajadores, dentro de los procedimientos disciplinarios, del derecho a solicitar la presencia de algún representante sindical<sup>342</sup>.

---

<sup>340</sup> La T-4-2009, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

<sup>341</sup> La T-24-2009, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en una caso de lesión a la dignidad, honra e integridad psíquica del trabajador, ordena que “[l]a demandada Hipermercado *Líder* San Pablo Limitada deberá abstenerse de ejecutar el procedimiento de investigación descrito en este proceso, bajo apercibimiento de aplicársele las multas repetibles prescritas por el inciso primero del artículo 492 del Código del Trabajo”, y que “deberá, para el caso en que estime necesario reformar su procedimiento de investigación, incorporarlo al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad y adecuar sus disposiciones a un trato respetuoso de la dignidad de sus trabajadores y sus derechos fundamentales”. La T-4-2009, del Juzgado de Letras de Calama, ante una práctica sindical indica como medida “Incluir en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, un capítulo especial relativo a la Tutela de Derechos Fundamentales, dentro de un mes, desde que la presente resolución cause ejecutoria”, en la que no pareciera estarse ordenando la creación de algún procedimiento sino incorporarse información, presumiblemente de la normativa respectiva, sobre derechos fundamentales en general.

<sup>342</sup> “La sociedad vencida deberá, en un plazo prudencial que no exceda los treinta días hábiles, incluir en su Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad una referencia expresa y explícita, relativa a la prohibición de efectuar en lo sucesivo interrogatorios destinados al establecimiento de responsabilidades disciplinarias, por personal que no sea jefatura inmediata o la inmediata a esta o personal de seguridad del local en que se desempeña el interrogado, agregándose en dicho reglamento, que en todo caso, este deberá ser respetuoso de la dignidad del trabajador y de sus derechos fundamentales y que el trabajador podrá solicitar la presencia de miembros del comité paritario, de algún dirigente sindical del sindicato al que se

Así, se muestra como herramienta principal que deberá aplicar el juez la anulación de los actos lesivos que en ocasiones se habrán materializado en instrumentos emanados de la autonomía privada<sup>343</sup>, o en la nulidad de sus decisiones, como poner término al contrato a plazo si es que el acto tenía motivos lesivos de derechos fundamentales<sup>344</sup>, obligando a restituir al momento anterior lo que en sí implica, como ya se dijera una obligación compleja que incluye acciones y omisiones. Pero, además, la reparación agrega la creación o modificación de reglas para el ámbito de las relaciones laborales. Asemejándose de esta forma a las reparaciones de la Corte Interamericana relativas a manifestar incompatibilidades de ciertas normas nacionales con aquellas garantizadas por la Convención Americana y ordenando, por ende, su modificación o derogación<sup>345</sup>, y que son las que reciben mayores críticas por incidir en la potestad de un país de decidir sus propias leyes, y en sede laboral implican definir cuestiones pertenecientes al ámbito de las facultades legales de organización, dirección y administración de la empresa. Se trata, en todo caso, de las medidas que tienen un mayor nivel de prevención y de garantía de cese de la conducta lesiva, ya que corrigen el medio a través del cual se ejecutó el ilícito. Sobre el efecto de vincular el deber de adaptar las normas de Derecho interno y el deber de reparación, se ha destacado su idoneidad para lograr la exigencia de “no repetición de los hechos”<sup>346</sup>.

Cumplen esta finalidad también, las medidas que ordenan la creación de procedimientos de denuncia, investigación interna y sanción sobre eventuales lesiones de derechos fundamentales, en el entendido que los climas de impunidad propician la comisión futura

---

encuentre eventualmente afiliado, de un delegado sindical o que derechamente el conocimiento del asunto se radique en la justicia ordinaria” causa sobre lesión a la dignidad, honra e integridad psíquica, sentencia T-33-2009, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

<sup>343</sup> Sobre este aspecto es interesante para calibrar la aptitud del reglamento interno como medio de comisión de lesiones de derechos fundamentales la lectura del Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, del año 2009.

Disponible en:

[http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/01/13\\_trabajador-en-laempresa.pdf?utm\\_source=web&utm\\_medium=web&utm\\_content=es&utm\\_campaign=Informe+Anual+2009+Capitulo+13](http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/01/13_trabajador-en-laempresa.pdf?utm_source=web&utm_medium=web&utm_content=es&utm_campaign=Informe+Anual+2009+Capitulo+13)

<sup>344</sup> Y que significa la reinstalación del trabajador en su puesto, sentencia T-1-2010, del Juzgado de Letras de Puente Alto. Restitución en las funciones también se decretan en la T-1-2009, del mismo Tribunal. La orden de cumplimiento de entregar el trabajo convenido, en la sentencia T-4-2009, del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, por una práctica antisindical.

<sup>345</sup> Ver MALARINO, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización...”, en la obra colectiva *Sistema Interamericano de protección...*, op. cit., p. 51.

<sup>346</sup> De cierta forma inseparable de los efectos preventivos, ver BURGORGUE LARSEN, Laurence, “El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América latina”, en la obra colectiva, *Hacia una Corte...*, op. cit., p.155.



de ilícitos<sup>347</sup>. No implica el deber de castigar a todo evento, sino de castigar en el caso que corresponda. Se trata de una cuestión difícil y que también debe ser objeto de una evaluación, ya que la consagración de un procedimiento de investigación y eventual sanción es la etapa formal que exige la reparación. Pero el uso adecuado y efectivo que se haga de este instrumento en el futuro también podrá ser objeto de calificación judicial, ya que su mera existencia formal no puede servir de eximente de responsabilidad para el empleador ante futuros ilícitos.

Preventivas también resultan las medidas en que se ordena una fiscalización por parte de la Inspección del Trabajo, para controlar el cese de los ilícitos que han sido objeto de condena<sup>348</sup>. Esta medida, por lo demás, está supliendo el problema de la falta de una regulación pensada para estas medidas de ejecución y control del cumplimiento, que es actualmente el problema que presentan las reparaciones en el ordenamiento jurídico chileno.

Como se explicó, sentencias con diversas medidas de reparación no monetarias fueron las que condenaron a Starbucks entre los años 2011 y 2012, por prácticas antisindicales en la negociación colectiva. Su efectividad sólo podría ser evaluada una vez que la empresa y la organización sindical iniciaran una nueva negociación colectiva. Ésta se encuentra en marcha ahora, en el segundo semestre de 2013. El sindicato informa en un comunicado de prensa la actitud de rechazo completo al petitorio, incluso a planteamientos sin contenido económico, y cómo la organización luego de las diversas prácticas antisindicales, al día de

---

<sup>347</sup> La Corte Interamericana ha desarrollado profusamente este punto, al sostener claramente que los climas de impunidad propician la comisión de futuros ilícitos y, por tanto, incumplen el deber de garantía de los Estados. Al respecto se ha dicho la impunidad de quienes vulneran derechos humanos se transforma en “una vulneración adicional derivada de la actitud pasiva del Estado frente a la perpetración de delitos de lesa humanidad, en la medida que, al amparar dicha impunidad, el Estado incumple su deber de proteger los derechos fundamentales, bajo la premisa que la impunidad propicia la repetición”, FERNPANDEZ NEIRA, Karinna, *La prescripción gradual...*, op. cit., p. 27, citando como soporte de su aseveración la siguiente jurisprudencia: Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 440; Caso Almonacid Arellano y otros, párr. 148; Caso de la Comunidad Moiwana, párr. 204; Caso de la Masacre de la Rochela, párr. 289.

<sup>348</sup> Ver causa RIT T-1-2011, del Juzgado de Letras del Trabajo de Talca.

hoy representa al 6% de los trabajadores, después de haber tenido el 50%<sup>349</sup>. Haciendo

---

<sup>349</sup> Reproduzco íntegro el comunicado del Sindicato publicado el 26 de septiembre de 2013. “Estimados ciudadanos: Escribimos éstas líneas para explicar una situación compleja que, como organización sindical de la multinacional Starbucks Coffee en Chile, nos alarma dramáticamente. No es secreto para nadie que nuestra relación con la empresa ha sido muy complicada, en especial desde la negociación colectiva ocurrida en el 2011, oportunidad en que, desde su casa matriz en EE.UU y cumpliendo con su política internacional que señala que los “sindicatos son innecesarios en Starbucks”, la compañía dispuso de todos sus recursos, aparato logístico y personal gerencial para hacer fracasar el proceso y luego desincentivar la afiliación sindical mediante variadas estrategias mediáticas, de presión y represalia directa. Gran parte de este actuar fuera del marco del Estado de Derecho fue sancionado en 4 condenas por más de 10 conductas antisindicales durante el 2012[Las 10 prácticas antisindicales de Starbucks <http://goo.gl/wvy1S2>], sin embargo, la efectividad de dichas conductas queda de manifiesto cuando la empresa consigue que el sindicato que representaba a alrededor del 50% de la compañía, hoy tenga sólo un 6% de afiliación (circunstancia que muy seguramente harán pública con arrogancia para desprestigiarnos). Una encuesta realizada a más del 70% de la compañía revela que los trabajadores, pese a encontrar la labor del sindicato muy necesaria, no se afilian por temor a represalias como las ya sancionadas. En este contexto hoy nos encontramos negociando una vez más, y la respuesta actual de Starbucks, tal como en el 2011, es rechazar en su conjunto e individualmente todos y cada uno de los 13 puntos que se presentaron en nuestro contrato, aun cuando algunos de ellos ni siquiera representan un gasto económico. Esto no hace más que demostrar que la misma política antisindical, orgullo y obstinación parecen seguir patentes. Nuestro sindicato busca a través de este proceso, no sólo validarse formalmente y mantener su existencia a través de su actividad primordial –la negociación colectiva-, sino además dar vuelta la página de manera que los trabajadores pierdan su temor al desarrollo democrático de las relaciones laborales. Instamos a apoyarnos masificando este mensaje a través de las distintas redes sociales y exigiendo a Starbucks, a través de su sitio [www.facebook.com/StarbucksChile](http://www.facebook.com/StarbucksChile), ‘negociar de buena fe, respetando la Constitución Chilena, las disposiciones en materia sindical de la OIT y las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE. Copia y pega en Facebook, retwittea, comparte, solidariza con nosotros. *Sindicato Starbucks Coffee Chile*”. Disponible en: <https://www.facebook.com/notes/sindicato-starbucks-coffee-chile/difunde-y-ay%C3%BAdanos-starbucks-no-quiere-negociar-con-el-sindicato-starbucks-otra-/526657837424123>.

patente los límites del Derecho con toda la batería de medidas que ha creado<sup>350</sup>, especialmente cuando el daño se dirige a la libertad sindical, porque son efectos cuyo objetivo es esparcirse hacia todos los trabajadores.

### **C) Satisfacción de la víctima.**

El término satisfacer podría ser tomado como exacto sinónimo de reparación. Dentro de sus varias acepciones está “pagar enteramente lo que se debe” y “deshacer un agravio u ofensa”<sup>351</sup>.

La satisfacción apunta a sosegar y responder enteramente, por medio de una razón, acción o modo, a una queja, sentimiento o acción contraria. Hasta aquí se ha dicho que la reparación apunta a componer todos los efectos de la lesión a un derecho fundamental. Pero el término satisfacción lo reservamos para identificar la reparación de la víctima, que puede ser un trabajador o un colectivo de ellos, o ambos. Como se explicara, la sentencia del Tribunal será en sí misma, reparación. Sin embargo, las otras medidas que se pueden ordenar dependerán de las características del caso: “en materia de reparación, los derechos humanos indican que la atención debe centrarse en el tipo de daño producido a la víctima por una violación de sus derechos humanos, por lo tanto, la reparación estará en directa correlación y concordancia con la naturaleza y envergadura del atentado a la dignidad de la víctima.”<sup>352</sup>.

Dependiendo del tipo de lesión y de la disposición de la víctima, los niveles de difusión o publicidad del fallo condenatorio pueden ser adecuados o no. Pero la tendencia general es que la sentencia de derechos fundamentales pretenda ser conocida y difundida, cuestión compartida por el Sistema Europeo<sup>353</sup>. Así, si se trata de una lesión vinculada a acoso

---

<sup>350</sup> Aunque reiterando que en Chile no se ha creado ninguna que sancione la reincidencia en prácticas antisindicales, de equivalente potencia a la de exclusión de contratación con el Estado, para aquellas empresas que no tengan interés en ese mercado, pero sí en participar del mercado en general, como sería sancionar con la revocación de las autorizaciones que les permiten funcionar dentro del país. Aquí existe un desajuste, pues lo lógico es considerar que este es un incumplimiento a las condenas precedentes que les prescribieron respetar a la organización y llevar adelante con buena fe las negociaciones colectivas, pues sólo transcurridos estos dos años entre negociación y negociación colectiva, podía verificarse el incumplimiento o si se habían producido los cambios conductuales a los que apuntaban los fallos condenatorios. Si se considera que es un nuevo ilícito, se vuelve un problema irresoluble, ante el cual el Derecho del Trabajo chileno no tiene previsto cómo responde proporcionalmente ante la mayor antijuridicidad de una conducta contumaz de la multinacional respecto a las decisiones de los tribunales chilenos. Habrá que esperar para ver si la estrategia judicial del sindicato será pedir el cumplimiento de la orden de cese y demás medidas de reparación decretadas en los fallos, bajo el apercibimiento de multa y arresto como coerciones.

<sup>351</sup> Según los significados primero y cuarto que le da la Real Academia.

<sup>352</sup> AGUILAR CAVALLO y CONTRERAS ROJAS Cristián, “El efecto horizontal...”, op. cit., p. 8.

<sup>353</sup> Como ya se indicara es la postura de Luis JIMENA QUESADA, actual presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), en su exposición sobre “Praxis y efectividad de la Carta Social Europea en España: el papel de los operadores jurídicos y de los actores sociales”, del 20 de septiembre de 2013 para la Fundación 1º de mayo, puso énfasis en que los dictámenes de CEDS son de igual jerarquía que las sentencias

sexual puede que no tenga mayor interés que se socialice la sentencia<sup>354</sup> pero sí el que se entreguen disculpas. Para estas distinciones me baso más en la experiencia de los Centros de Mediación de la Dirección del Trabajo<sup>355</sup>, ya que al acordar las medidas de reparación fijan plazos de control de cumplimiento y han podido observar cómo se han desempeñado las reparaciones en la realidad<sup>356</sup>.

Las disculpas personales son altamente satisfactorias para las víctimas, pero más que establecerse en la conciliación, son actos que surgen espontáneamente dentro del proceso de mediación. De no ser así, lo que se establece son disculpas de carácter institucional. Respecto de ellas, se advierte que es importante que tengan un alto grado de delimitación en cuanto a contenido y circunstancias en que se producirán, ya que se corre el riesgo -al no surgir de un reconocimiento del denunciado sobre los hechos-, que signifique una nueva lesión o resulten más ofensivos. Así sucedió en el informe de cumplimiento de la fiscalización<sup>357</sup>, en que al hacerse la reunión en que se debían ofrecer las disculpas acordadas en mediación, no se citó a los autores de los actos lesivos y además se leyeron

---

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero que tienen la desventaja de no estar traducidos más que al inglés y francés, perjudicando su difusión, conocimiento y uso por parte de los agentes del Derecho, aspecto determinante en estas materias, especialmente para que sean invocadas en los ordenamientos internos.

<sup>354</sup> Esta idea es bastante cultural: la de que el acoso sexual es un hecho que debe quedar protegido por el secretismo y en que resulta importante que no se conozca por las personas no directamente involucradas. Por lo mismo, puede cambiar siguiendo el curso que en general han tenido los problemas de género, de considerarse privados y resguardados por la intimidad de dicho ámbito, a ser considerados públicos y necesitados de soluciones con difusión social para operar los cambios culturales que se pretenden.

<sup>355</sup> Específicamente en el Centro de Mediación de Valparaíso. La mediación es una etapa ordenada dentro del procedimiento previsto para la acción de tutela de derechos fundamentales, cuando ha sido la Inspección del Trabajo la que dentro del ámbito de sus atribuciones ha conocido de la posible vulneración de derechos fundamentales y, por ende, la afecta la obligación de denunciar. Antes de proceder a la denuncia debe llevar a cabo “una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”, (artículo 486, inciso 6°), que es ampliamente criticada por haberse incorporado respecto de derechos que son irrenunciables.

<sup>356</sup> Control y seguimiento que no se ha hecho respecto de las sentencias de los Tribunales, pero que algunas sentencias incorporan en la modelación de la medida de reparación al encargarle a la Inspección del Trabajo la fiscalización dentro de un determinado plazo e informa al Tribunal, sobre el estado de cumplimiento de la medida, ver sentencia T-63-2011; o directamente inventar procedimientos como ordenar que el tríptico informativo se entregado a cada trabajador, que deberán firmar un acta, que luego será enviada a la Inspección del Trabajo, T-17-2009; T-63-2011, todas del del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

<sup>357</sup> Omitimos referencias a informes de cumplimiento específicos pues fue negada su entrega por oposición de los involucrados, dentro del procedimiento de petición de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, de 2008. De manera que lo expuesto corresponde a apreciaciones de los funcionarios a cargo de los procedimientos de Mediación.

todos los hechos que constituyeron dichos actos, resultando la medida de pedir disculpas una ocasión de “re-victimización” para el ofendido.

Si los actos lesivos fueron de amplio conocimiento dentro del lugar de trabajo, las disculpas, de carácter público<sup>358</sup> o privado, la publicación de la sentencia condenatoria en sus aspectos pertinentes, la rectificación de informaciones que hayan resultado difamatorias o erróneas<sup>359</sup>, tienen el objetivo de corregir ese efecto. En un buen caso de uso de la rectificación y de disculpas institucionales como reparación se condenó “a la demandada como medida de reparación inmaterial en beneficio del demandante, a efectuar una rectificación pública de su conducta, la que publicará por el término de una semana en el Diario El Centro de esta ciudad, y por el mismo plazo, en un lugar visible y al interior de la sucursal ubicada en Avenida Carlos Schorr N° 76 de esta ciudad, debiendo contener en ella, las disculpas expresas al demandante con individualización completa de su persona, por el actuar de su administrador ocurrido el 6 de enero de 2011 el que también será individualizado completamente, bajo apercibimiento de repetir la multa aplicada hasta obtener el debido cumplimiento de esta medida.”<sup>360</sup>.

Otro fallo en que se condena a ofrecer disculpas públicas, realiza una notable conexión entre los hechos establecidos, la garantía lesionada y, con ello, la justificación de la medida de reparación, que cumple a cabalidad el principio perteneciente al Sistema Interamericano de que la reparación debe guardar relación con las violaciones declaradas<sup>361</sup>. Así, la sentenciadora<sup>362</sup> establece los hechos en los siguientes términos: “[d]e acuerdo con la prueba rendida en estos autos, respecto de los hechos que el demandado le atribuyó a la demandante ocurridos el 30 de mayo en sus dependencias, sólo resultó acreditado que sin conocimiento expreso ni autorización tampoco expresa, el actor sacó el objeto de la tienda el día 22, con la aprobación de su intención de comprarlo por parte de Erazo, el jefe de tienda, producto consistente en un coche de guagua [bebé] (criatura que el denunciado admite existir y tener tres meses de edad) y que igualmente, antes que se conociera de la ausencia en el inventario de este bien, el 29 de octubre, Ponce intentó generar la boleta de su compra, negándosele la posibilidad por la empresa. Con lo anterior, resulta efectivo lo que el actor reconoce y ha reconocido en gran parte. De lo anterior se desprende que el requerimiento que hizo el empleador a través de uno de sus agentes, a la Policía, en tales circunstancias, aparece, como ‘inexplicable’. Lo es, por cuanto, sin antecedentes suficientes, atribuyéndole a la actora la participación en una conducta irregular de carácter delictual, solicitó la presencia de la autoridad policial en la empresa, tras denunciarla.

---

<sup>358</sup> Y que permite gradualidad, pues la publicidad puede ser el intranet de la empresa, el panel mural del Sindicato, la publicación en un diario de circulación nacional, como en las sentencia T-100-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, T-1-2009, del Juzgado de Letras de Puente Alto.

<sup>359</sup> Las rectificaciones son medidas que existen en el Derecho, como suele ser el caso de los delitos de injurias y calumnias. El artículo 214 del Código Penal español prevé una atenuación de la pena para el reo que se retracta, por lo que es una acción voluntaria y que es considerada al momento de determinación de la pena. Se trata de una figura que no existe en el sistema penal chileno.

<sup>360</sup> Sentencia RIT T-1-2011, del Juzgado de Letras del Trabajo de Talca.

<sup>361</sup> Sentencia de reparaciones, caso Carpio Nicolle y otros versus Guatemala, Serie C N° 117, párrafo 89, 25 de mayo de 2001. Esto es importante también porque, como se verá, la proporcionalidad también es el método de control de las medidas de reparación por un Tribunal distinto al que las haya decretado.

<sup>362</sup> En la causa RIT T-8-2011, del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Además, se requirió la presencia de Policía de Investigaciones, lo que es excepcional en este tipo de hechos y ocurre que quien dirige la operación y toma la decisión de hacerlo es un ex funcionario de esa repartición policial según él mismo reconoce en estrados. Creemos que, por cierto la demandada, tiene el derecho de denunciar hechos presuntamente constitutivos de delitos, pero con los antecedentes que poseía, ¿era necesario hacerlo y requerir la presencia policial en la empresa? Entre los antecedentes que poseía el empleador antes de adoptar la decisión cuestionada, alude a la circunstancia de que se trataba de ‘un trabajador que lleva 17 años desempeñándose para la empresa’<sup>363</sup>. A partir de lo cual define como pregunta esencial, la proporcionalidad: “¿Tiene derecho un empleador, a denunciar y requerir la presencia de la policía en su establecimiento a sabiendas que el procedimiento que su personal adoptaría, que es el corriente y conocido incluso públicamente, culminaría en la detención del trabajador, en circunstancias que al hacerlo los hechos que lo motivaron no estaban suficientemente apoyados fácticamente como para concluir que eran constitutivos de delitos y que en ellos tuviera participación el actor a cualquier título que le hiciera responsable penalmente?”<sup>364</sup>. Habiéndose establecido la lesión al derecho a la honra del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, la jueza explica el significado del derecho fundamental vulnerado. “En cuanto al honor, como ha dicho en esta sentencia y en su doble dimensión, primero, en el ámbito subjetivo interno (honor), que corresponde a la estimación que el sujeto tiene de sí mismo, esto es, su autoestima comprendiendo el prestigio ‘profesional’ del individuo, como forma destacada de ‘manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad’, en la medida que, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, ‘el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal. De este modo, el honor adquiere un contenido igualitario’ y, segundo, en el ámbito objetivo externo (honra), que dice relación con la estimación o valoración social que tienen los terceros de las calidades morales de un sujeto determinado, también llamada heteroestima. Con su proceder, la empresa expuso al actor a la detención pública, frente a hechos que en definitiva no recibieron sanción de ningún tipo puesto que el Ministerio Público, como también se dijo promovió la suspensión condicional del procedimiento.”<sup>365</sup>. Esa doble dimensión del derecho a la honra, afectada por el acto lesivo, se estima entonces que se repara ordenando: “Que, la empresa vencida deberá, dentro de un plazo no superior a un mes, contados desde que la presente sentencia adquiera el carácter de ejecutoriada, publicar en lugares visibles de su local ubicado en calle Pedro Montt de Valparaíso y de acceso a los trabajadores que allí se desempeñen, como comedores y vestuarios, copia de esta sentencia, además de una carta de públicas disculpas al actor por los hechos acaecidos el 29 de octubre de 2010 materia de esta causa, indicando en la publicación que ella se hace en cumplimiento de lo ordenado por este Tribunal, Rit de la causa y nombre de las partes.”<sup>366</sup>.

---

<sup>363</sup> Considerando décimo quinto.

<sup>364</sup> Considerando décimo séptimo.

<sup>365</sup> Considerando décimo séptimo.

<sup>366</sup> Punto resolutivo N° 3.

Es interesante esta forma de razonamiento y de justificación de la medida, pues la proporcionalidad es el único método por el cual podría controlarse la medida por un juez distinto al que conoció y fallo la causa<sup>367</sup>.

Otra medida de satisfacción centrada en la víctima es la de la sentencia T-1-2009, del Juzgado de Letras de Puente Alto, que ordena, ante la declaratoria de lesión de integridad psíquica de la víctima, a que la empresa le provea de un tratamiento psicológico (sin otras especificaciones en cuanto a sus parámetros).

#### **D) Disuasión.**

Es quizás más complejo pues puede confundirse con una especulación de cómo reaccionará el litigante vencido ante las medidas, de difícil predicción. Más cuando en los hechos, es dable pensar que los condenados en juicio reaccionen en forma negativa, en respuesta a lo que se considera una intromisión en sus facultades privativas de gestión, dirección y administración, tensionando una cultura tradicionalmente autoritaria de las relaciones de trabajo. Es por ello que se ha insistido en la importancia de los aspectos objetivos de las medidas, fundados en la condena realizada por el Tribunal ante un acto contrario a Derecho que lesiona una garantía fundamental. Pero también, partimos de una premisa: una batería mayor de consecuencias jurídicas, de diversa índole, al declararse la lesión de un derecho fundamental, permite razonablemente esperar un grado de desincentivo respecto de incurrir en este tipo de conductas.

#### **X. Prohibición de participar en el mercado. Nota sobre la sanción de inhabilidad de contratar con el Estado a las empresas condenadas por vulnerar derechos fundamentales. Aspectos comunes con la reparación no monetaria.**

Gran poder disuasorio parecieran estar teniendo las sanciones legales del tipo que anexa la condena por práctica antisindicales y por vulneración de derechos fundamentales,

---

<sup>367</sup> En la misma lógica que se plantea el control de las indemnizaciones por daño moral. “Consagrado jurisprudencialmente la indemnización automática del daño moral por violación de la libertad sindical, el problema se reduce únicamente a determinar el montante de la indemnización. Constituye un verdadero problema la evaluación económica del daño, ante el manifiesto silencio de la ley (...). En principio, la fijación de la cuantía indemnizatoria es función privativa del juzgador de instancia por lo que no es susceptible de revisión por Tribunal Superior alguno. Es ésta una doctrina constante del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1990 (Ar.1526) (...). La fijación del quantum indemnizatorio constituye –como ha explicado la doctrina jurisprudencial- una facultad exclusiva del juez de instancia por cuanto que, no habiendo reglas preestablecidas para la fijación y estando el proceso valorativo únicamente sujeto a las reglas de la sana crítica del juez, no puede ser sometido a revisión. Es el respeto a la soberana apreciación del juez de instancia lo que impone al Tribunal Superior el deber de respetar el cálculo. Con todo, este postulado de intangibilidad de la cuantía indemnizatoria admite modulaciones, permitiendo que pueda ser combatida en determinados supuestos, señaladamente en los casos de notoria desproporción entre el daño y la compensación económica establecida (STST de 20 de abril de 1992, Ar. 2662).”, GOÑI SEIN, José Luis, *La indemnización...*, op. cit., pp. 25, 26 y 27.

correspondientes a no poder contratar con el Estado por un determinado período, que es la sanción del artículo 4 de la Ley de bases sobre contratos administrativos y de prestación de servicios N° 19.886, introducida por la modificación de la Ley N° 20.338, de 19 de Enero de 2008.

Esta norma fue objeto de sendos requerimientos de inconstitucionalidad, resueltos y rechazados por las sentencias N° 1.968-2011, el 12 de mayo de 2012 y, N° 2.133-2011, fallo adverso del 4 de julio de 2013. Los requirentes fueron la Sociedad Starco SA., y el Banco de Chile (entidad privada).

Si bien una afirmación respecto a su poder disuasorio debiera venir respaldada por estudios empíricos, sintomático me parece que haya generado dos acciones de inconstitucionalidad y dos votos de minoría por parte del TC chileno de un tenor bastante exaltado como se expondrá.

En términos generales, sobre la publicidad de tales sentencias condenatorias y la consiguiente prohibición de contratar con el Estado, se ha hecho una valoración muy positiva por la doctrina ya que han mejorado en términos de eficacia las sanciones, lo que se apreciaría en el modo en que ha actuado la jurisprudencia: antes de la ley N° 19.759 de 2001, las sentencias fueron pocas y no tendientes a la protección del derecho conculcado. Por tal razón se comentaba que “[l]as sentencias dictadas entre la vigencia de la Ley N° 19.069[1991] y la Ley N°19.759 dieron cuenta de ciertas constantes, como la búsqueda de la tipificación exacta de las conductas sancionadas en alguna de las circunstancias descritas por el legislador, prescindiendo para ello de la categoría genérica de lesión de la libertad sindical, así como sólo una mínima cantidad de sentencias asumieron la tarea de ordenar la subsanación o enmienda de los actos constitutivos de las prácticas desleales o antisindicales. Otra constante fue que los tribunales le dieron a las denuncias por prácticas antisindicales una tramitación propia del juicio ordinario laboral, desoyendo al legislador y su mandato de tramitarlas “sin forma de juicio”. Por otra parte, ninguna empresa o sindicato debió soportar la publicidad de una sentencia condenatoria al no verificarse la reiteración de la sanción exigida por la ley de 1991, dando cuenta de la ineficacia de las nuevas garantías dispuestas por la Ley N° 19.069 distintas de la multa”<sup>368</sup>.

Cuestión que se buscó cambiar desde el 2001, en base al razonamiento que “la tutela brindada por la sanción de las prácticas antisindicales ciertamente abarcará, y de ello da cuenta la nutrida jurisprudencia generada a partir de 2001 a ámbitos de la libertad sindical que exceden del derecho de sindicación, habiendo empresas condenadas por prácticas antisindicales y, más recientemente la circunstancia de quedar impedida por dos años de participar de las compras del Estado, sea por vía de licitaciones o compra directa.”<sup>369</sup>.

Dada la importancia en aumento que ha ido adquiriendo la actividad contractual de la Administración, publicidad y transparencia fueron dos principios que se buscó fueran rectores de la Ley N° 19.886, de 30 de julio de 2003, sobre Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. “De allí que el tema de las adquisiciones públicas merezca una atención urgente, con el fin de lograr un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia

---

<sup>368</sup> TOLEDO CORSI, César, “El derecho de sindicación y su protección. Su tratamiento en los distintos modelos normativos que han regido en Chile”, en la obra colectiva “Cincuenta años de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Homenaje”, (Irene Rojas Miño, coordinadora), Abeledo Perrot/Legalpublishing, Santiago de Chile, 2011, (ejemplar facilitado por el autor).

<sup>369</sup> Ibidem.



en los actos del Estado, lo que hace más fácil prevenir el fraude y la corrupción”<sup>370</sup>. Con este fin se creó un registro público, que es al que se le comunican las sentencias condenatorias por vulneración de derechos fundamentales en sede laboral, para que queden excluidos automáticamente por el lapso de dos años desde que quede ejecutoriada. Respecto de lo anterior el TC chileno consigna: “la creciente importancia que ha ido adquiriendo la actividad contractual de la Administración, dando lugar a la formación de un derecho característico y peculiar de los contratos públicos, que permite garantizar la satisfacción de los intereses públicos que la actuación contractual persigue, así como la transparencia y publicidad necesarias a los procedimientos de contratación”<sup>371</sup>.

Esta sanción fue establecida por la ley N° 20.238, de 19 de enero de 2008, que “Asegura la protección de los trabajadores y la libre competencia en la provisión de bienes y servicios a la Administración del Estado”.

En el requerimiento de inconstitucionalidad de esta norma, se aprecia el mayor efecto que producen en las empresas condenadas, pues los argumentos son: la discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica, igualdad ante la ley, debido proceso y *non bis in ídem*, pues sería una sanción adicional a las de tutela de derechos fundamentales de carácter automático. Finalmente, alega desproporcionalidad del castigo. Resulta decidora la forma de argumentación cuando señala: “el hecho que, producto de lo que se resuelva en dicho juicio laboral, se cree automáticamente una segunda sanción o consecuencia, que puede ser tanto o más grave que las sanciones previstas en el citado artículo 489 (en el caso en el que incide este recurso es infinitamente más grave y devastadora), obviamente importa sancionar doblemente a la empresa, por los mismo hechos o conductas”. Agregando, además, que es una sanción de contenido igual a aquél de las normas penales, por lo que estaría regido por el artículo 19 N° 3 de la Constitución chilena, que consagra las garantías de no presunción de Derecho de la responsabilidad penal, irretroactividad y tipicidad de la conducta.

El TC chileno en lo esencial desestimó el requerimiento en razón de que “la fundamentación de las mencionadas causales de inhabilidad se fundamenta en hechos objetivos, que suponen el incumplimiento de obligaciones relacionadas con la protección de bienes jurídicos de particular valor que la Administración del Estado debe resguardar en forma especial”<sup>372</sup>.

En cuanto a la arbitrariedad de la diferencia de trato para acceder a la contratación con el Estado, sostiene que, a la acreditación de situación financiera y habilidades técnicas, se agrega un requisito objetivo cual es no haber sido condenado por sentencia en tutela de derechos fundamentales, en un lapso determinado.

Su fundamento, que desvirtúa su irracionalidad, es “el objetivo de proteger más eficazmente los derechos fundamentales del trabajador”, y corregir la desigualdad de las partes, lo cual ha sido una tendencia desde el año 2001, que hasta incluye la creación de “un procedimiento especial de tutela laboral”<sup>373</sup>, junto con la promulgación de otras normas sustantivas, todo ello debido al “hecho de que, hoy en día, los derechos

---

<sup>370</sup> Ver Mensaje de la Ley N° 19.886, de 2003, p. 10.

Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004&buscar=19886>

<sup>371</sup> Considerando séptimo sentencia N° 2.133-2011.

<sup>372</sup> Considerando décimo segundo, sentencia N° 1.968-2011.

<sup>373</sup> Considerando vigésimo octavo, sentencia N° 1.968-2011.

fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva, sino que también, una naturaleza objetiva que los erige en la columna vertebral del ordenamiento jurídico positivo”<sup>374</sup>.

Dos aspectos me parece que comparte esta sanción con la reparación no monetaria que se ha ido explicando en esta tesis. La primera de ellas, tiene que ver con la finalidad de lograr la no repetición, cuestión que apunta hacia el futuro y no sólo a la retribución de un daño pasado, y que engarza con la garantía de los derechos como obligación esencial en materia de derechos fundamentales. Así, vemos que el TC chileno al preguntarse por la finalidad de la medida, explica: “la inhabilidad de que se trata persigue evitar la repetición de conductas lesivas a los derechos de los trabajadores, pero no impedir del todo el desarrollo de la actividad económica del empleador, que podrá seguir contratando con entes o personas que no pertenezcan a la Administración del Estado. Ésa es la razón de que la inhabilidad dure dos años”<sup>375</sup>.

La segunda surge a partir del planteamiento del requirente y recogido en la sentencia N° 2.133-2011. “En el caso específico, estamos ante un mismo hecho que ya fue sancionado por el derecho laboral, pero al que se le impone una segunda sanción, ahora por el derecho administrativo, sanción que, por lo demás, no sirve para resarcir al trabajador.”. Es aquí donde el TC chileno manifiesta no compartir esta lectura, citando parte de la discusión parlamentaria que dio lugar a la ley N° 20.338, de 2008, que buscó evitar “la paradoja que empresas y personas naturales que infringen las normativas laborales y tributarias que el Estado se ha fijado para cautelar los derechos de los trabajadores y asegurar el financiamiento de sus programas, sean, al mismo tiempo, favorecidos con suculentos contratos (...) lo anterior, ocasiona gran desazón en los propios trabajadores que muchas veces ven cómo empresas que abusan reiteradamente, infringiendo la ley, no reciben sanción alguna y, peor aún, mantienen una fluida relación con el Fisco”<sup>376</sup>.

La diferencia en la comprensión de sanciones jurídicas, emerge nuevamente cuando se revisa el voto de minoría de la sentencia N° 2.133-2011. No sólo sostiene que la sanción no dice relación con ningún interés público real, sino que no se conocen casos en que esta “supuesta falta de idoneidad” haya afectado al funcionamiento del mercado<sup>377</sup>. Y en esto resulta expresivo también que estime que todo lo que dice relación con los derechos laborales se satisface al exigirse que, previo a la contratación, se acredite el estado de pago al día de las deudas laborales y previsionales, a lo que se suma la reciente tendencia de la ley de presupuestos a incentivar el cumplimiento para efectos de futuras licitaciones (artículo 6° de la Ley N° 20.481; para el año 2012, el artículo 6° de la Ley N° 20.557, y para el año 2013, el artículo 6° de la Ley N° 20.641). ¿Qué es lo que queda claro de esta argumentación?, que el voto de minoría se mueve en la lógica indemnizatoria monetaria,

<sup>374</sup> Considerando vigésimo noveno, sentencia N° N° 1.968-2011.

<sup>375</sup> Considerando trigésimo segundo; criterio reiterado en la la sentencia del TC chileno N° 2.133-2011. En esta última, se consigna la opinión del Consejo de Defensa del Estado, quien señala el mismo sentido de la norma que protege la competencia leal dentro del mercado, orientada a la promoción de conductas a futuro y no a una función represiva, al indicar que con esta regulación “no se buscó reprimir, sino que velar por la competencia leal en cuanto al respeto de los derechos de los trabajadores, para evitar que se rebajen costos y se adjudiquen contratos con fondos públicos por la vía de reducir costos lesionando los derechos que el propio Estado ha consagrado en la ley laboral, todo lo cual consta de la moción parlamentaria respectiva”.

<sup>376</sup> Considerandos décimo noveno y vigésimo de la sentencia N° 2.133-2011.

<sup>377</sup> Considerandos uno y dos del voto de minoría de la sentencia N° 2.133-2011.

que es un aspecto no principal de obligación del Estado de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales.

Los jueces que suscriben el voto de minoría, aplican una concepción de los derechos apegada a la mentalidad del constituyente del año 80 en Chile, es decir, la dictadura, todavía vigente. Quizá sea el único punto en que técnicamente tengan razón, se produce al desvirtuar el argumento de mayoría en cuanto a que estas normas correspondan a un llamado “orden público económico”, consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución chilena. Efectivamente, esa noción fue incorporada con la siguiente definición de orden público económico a la vista, como el conjunto de “normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común”, en el alcance original que en su momento le asignó la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (Informe de 16.8.1978)<sup>378</sup>. De la cual, como señala el voto disidente, no se puede, sin invertir sus términos o desvirtuar su significado, extraer ninguna “proposición que propugne la utilización del orden público económico como una fuente constrictora de libertades”<sup>379</sup>. Y tienen razón, pero ello es irrelevante porque el Estado sigue detentando el poder de proponerse fines, como la protección y garantía de la eficacia de los derechos fundamentales en sede laboral o la regulación del mercado para propender a la competencia leal, y consagrarlos en sus políticas legislativas, más si estas políticas se condicen con obligaciones internacionales del Estado de garantizar los derechos. En ese sentido, que se condiga o no con la noción de orden público económico del constituyente de la dictadura en el año ochenta, es intrascendente.

En esta última sentencia, la N° 2.133-11, también se dio un debate interesante sobre el concepto de la sanción, el *non bis in idem* y sobre los bienes tutelados por la norma. El TC chileno siguió dos líneas argumentativas.

El Consejo de Defensa del Estado intentó una estrategia dirigida a distinguir entre la inhabilidad legal y la sanción, siendo el artículo impugnado una inhabilidad legal y no una sanción. Afortunadamente, el TC chileno no siguió esta interpretación, afirmando que se trata de una sanción, que surge de la “necesidad evidente de protección progresiva y reforzada de los derechos fundamentales de los trabajadores”, que se inscribe dentro de “la tendencia progresiva a proteger los derechos del trabajador” que “se ha traducido en la aprobación de un conjunto de normativas que tienden a asegurar su plena eficacia”<sup>380</sup>.

Este funcionamiento se da, sin constituirse en un problema, en las llamadas penas accesorias<sup>381</sup>, tales como la revocación del derecho a sufragio, la ciudadanía, o el retiro del permiso de conducir<sup>382</sup>. El que esta precisa sanción, que funciona al modo de las accesorias, sea tan fuertemente cuestionada, sólo revela los importantes efectos que apareja en una economía de mercado, sin implicar ningún fallo en su técnica legislativa. Con esto ya quedaría resuelto el problema del *non bis in idem*, sin embargo, asume una segunda

---

<sup>378</sup> Considerando décimo primero del voto de minoría, sentencia N° 2.133-2011.

<sup>379</sup> Considerando décimo primero del voto de minoría, sentencia N° 2.133-2011.

<sup>380</sup> Sentencia N° 2.133-2011.

<sup>381</sup> Sanción accesoria es “aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada pena principal”, OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Eliasta, Ed. 27°, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 374.

<sup>382</sup> Así también, los arrestos, multas, confinamientos, las suspensión o inhabilitación de cargos y oficios públicos, todas éstas, operan de pleno Derecho.

argumentación, por medio de la cual sobre todo aporta declaraciones que manifiestan un compromiso legislativo con la regulación en términos éticos del mercado.

Sobre los bienes jurídicos, señala, esta norma tendría un fundamento adicional<sup>383</sup> al de las sanciones laborales del artículo 489 del CT chileno y éste “se encuentra en la falta de idoneidad para contratar con la Administración” de quien infringe derechos fundamentales de sus trabajadores, “así declarado por una sentencia judicial ejecutoriada”<sup>384</sup>. Es decir, el artículo 489 del CT chileno protege los derechos fundamentales específicos e inespecíficos del trabajador; la norma administrativa impugnada vela por la idoneidad de quien contrata con el Estado y por la competencia leal en el mercado, todo lo cual, el TC chileno lo conecta al respeto de los derechos fundamentales del trabajador. La empresa que opere vulnerándolos no es apta para negociar con el Estado y no compite lealmente en el mercado. Es decir, son bienes jurídicos distintos pero relacionados. La idoneidad para contratar se conforma, entre otras cosas, de la conducta empresarial respetuosa de los derechos fundamentales de sus trabajadores, que son los de mayor jerarquía, y que es la conducta que el Estado se encuentra obligado a proteger eficazmente con sus políticas legislativas. Esta mirada, es la opuesta a la que explicita el voto de minoría, que estima que la inhabilidad no tiene relación con la idoneidad para contratar, ni tampoco con la necesidad de velar por la competencia leal en el mercado (el buen funcionamiento del mercado no tendría nada que ver con los derechos fundamentales de los trabajadores). Además, porque el problema de la idoneidad en relación a los trabajadores se habría resuelto dentro de la misma norma impugnada, el artículo 4 de la Ley de bases sobre contratos administrativos y de prestación de servicios N° 19.886, pero en su inciso segundo. Nuevamente se muestra la lógica netamente económica de los jueces de minoría, ya que la norma aludida regula la situación de la empresa que quiera contratar con el Estado, y que tenga deudas laborales insolutas, en que se ordena que los pagos a la empresa vayan primero al cumplimiento de las deudas laborales y de la seguridad social, y en caso de persistir el incumplimiento se da derecho a terminar el contrato. De este argumento se puede inferir que los jueces de minoría no ven ninguna relación entre el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y la idoneidad empresarial para hacer negocios con el Estado, y sí la ven sólo cuando los derechos de los trabajadores tengan que ver con pretensiones dinerarias, lo que simplemente expone su concepción sobre el trabajador, que a estos respectos sería unidimensional -mero acreedor de deudas dinerarias-, y de lo que es y debe ser la empresa y el mercado. Cabe anotar que cada voto de minoría de las respectivas sentencias, que estaban por acoger los requerimientos, citaron la legislación española del Real Decreto Legislativo N°3, de 14 de noviembre de 2011, que aplica esta sanción pero ante caso de delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores y siempre y cuando la respectiva sentencia se pronuncie sobre su alcance y duración.

Finalmente, a esta sanción le atribuyen una función “intimidatoria”, de consecuencias excesivamente dañosas, considerándola, al igual que la requirente, la más fuerte que se le pueda aplicar a una empresa, haciendo un cotejo con las otras que contempla el ordenamiento en la materia, incluida las penales. Dicha intimidación afectaría la defensa por el tremendo temor a la sola posibilidad de ser condenados. Esto, nuevamente revela la

<sup>383</sup> Aunque, en mi opinión, no es por ello que no se vulnera el *non bis in ídem*, el legislador puede establecer un conjunto de sanciones (indemnizaciones, reparaciones no monetarias, multas, inhabilidades), por un mismo acto antijurídico.

<sup>384</sup> Considerando cuadragésimo tercero, sentencia N° 2.133-2011.

importancia de la posibilidad de hacer negocios, cuya restricción utilizada como sanción, la constituye como una forma disuasiva (no porque cambie la convicción interna del condenado sino porque en un juicio de conveniencia es altamente probable que el empleador elija dirigir su voluntad y, por ende, sus actos, de un modo conforme a las exigencias del Derecho), y, por consiguiente, eficaz<sup>385</sup>.

En vista de lo dicho, podría encuadrarse la prohibición de contratar con el Estado como reparación, si bien está regulada de forma exhaustiva en la ley y no es modelada por el juez; no tiene como elemento preponderante la satisfacción de la víctima de la violación concreta y no depende de ella su aplicación<sup>386</sup>, sino del hecho de la sentencia condenatoria. Pero posee un rasgo esencial en común con las medidas de reparación no monetarias: busca efectos sociales, apunta a hacer más ética la competencia en el mercado y hacer eficaces los derechos fundamentales de los trabajadores hacia el futuro, luego de cometida la lesión.

En esta línea es que se vale de una herramienta poderosa: la “modelación teleológica” de las reglas de la contratación administrativa, expresión que alude a su “extraordinario poder de conformación social sobre el tejido empresarial”<sup>387</sup>, debido a la ya indicada alta participación del Estado como contratante en el mercado. Pero también se habla de su “liderazgo sociológico”, que en el contexto español se ha explicado por ser el compacto más relevante en tanto en términos de empleo como en su capacidad de gasto, que

---

<sup>385</sup> Y si es por comparar, indudablemente lo son, al contrastarse incluso con aquéllas aplicadas por la justicia penal: basta pensar en las del caso de las farmacias chileno, condenadas por coludirse y concertar precios, afectando un bien público como la salud, cuya sanción consistió en que sus ejecutivos asistan a capacitaciones sobre “ética empresarial”. Así se resolvió con fecha 08/07/2013, al aprobarse la suspensión condicional del procedimiento por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, lo que fue dejado sin efecto por la sentencia 30/08/2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, Reforma Procesal Penal N°1953-2013, ordenándose la realización del juicio oral.

<sup>386</sup> Al contrario, muchas veces es tan dura esta sanción por afectar la actividad productiva que es usada a modo de chantaje por el empresario en el sentido de poner las cosas de modo que parezca que la acción del sindicato o demandante es culpable de que se pierdan puestos de trabajo como consecuencia de la imposibilidad de contratar con la Administración.

<sup>387</sup> “En efecto, el poder de compra de las Administraciones públicas es enorme, dado que la mayor parte de los presupuestos públicos van destinados a la construcción de obras públicas (infraestructuras, equipamientos sociales, etc.), a comprar todo tipo de bienes (desde tanques hasta tiritas), a contratar servicios de consultoría (redacción de proyectos, servicios técnicos) o a prestar servicios públicos a los ciudadanos de las más diversas categorías (recogida de basura, sanidad, educación, etcétera), actividades todas estas que cristalizan a través de contratos que la administración adjudica a empresas privadas”, MORENO MOLINA, Ángel Manuel, “Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas”, en la obra colectiva *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, (Ignacio García Perrote Escartín y Jesús Mercader, coordinadores), Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2007, p. 206. Del título de la obra colectiva se puede deducir que el análisis se refiere al sistema de sanciones e incentivos introducido por la LOIHM 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, en relación a la contratación con el Estado.

repercute en la sociedad “pues puede constituir un ejemplo que incite a la emulación por parte de los sectores económicos”<sup>388</sup>.

Pese a que puede hacerse este encuadre de la sanción de no contratación con la administración pública, me parece que lo rescatable de ese tipo de sanción, es que afecten la capacidad de negocios y de participación en el mercado de las empresas. Por lo mismo se pueden proponer como sanciones idóneas para aquéllas que no ejecuten las medidas de reparación a que hayan sido condenados por la sentencia laboral, junto con otras como la de retiro de patentes, clausuras, evitando que se entre al debate de la sanción penal de privación de libertad, anexa al delito de desobediencia, que es la que justifica la estricta observancia de una serie de principios: debido proceso e investigación, legalidad, irretroactividad, *non bis in idem* y presunción de inocencia, algunos de los cuales hemos tratado en diferentes partes de esta tesis. Esto seguiría la línea en que, como se describió en el Capítulo III, funciona la norma noruega en materia de igualdad. Ésta prescribe para lograr la participación equitativa de hombres y mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles<sup>389</sup> una cuota y un plazo para el cumplimiento, constituyéndose, por tanto, como obligación de hacer. El primer incumplimiento se sanciona con exclusión de contratar con el Estado. Transcurrido un nuevo plazo sin verificarse la exigencia de paridad, la sanción es la disolución de pleno Derecho de la persona jurídica<sup>390</sup>.

La diferencia de estas nuevas sanciones es que mantienen todas las aristas de su discusión dentro de reglas que la ley pueda establecer para hacer más ética la participación en el mercado.

Extraídos los criterios de justificación para una medida de reparación no monetaria, amparada en la obligación internacional de garantía de los derechos fundamentales, contraída por el Estado de Chile al adherir al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, debemos consignar un problema que resulta absolutamente inherente a las reparaciones como obligaciones de hacer y de no hacer: el de su ejecución.

---

<sup>388</sup> MORENO MOLINA, Ángel Manuel, “Disposiciones en materia de ...”, op. cit., p. 206.

<sup>389</sup> A diferencia de la redacción de la norma española, artículo 75 LOIHM: “*Artículo 75 Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles.* Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley”.

<sup>390</sup> PERDICES HUETOS, Antonio, “Apuntes sobre el género del Consejo de Administración de las Sociedades Mercantiles”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011, pp. 211 y 212. Esta disposición es valorada por el autor como mandato jurídico con contenido concreto, a diferencia de lo que estima es la norma española, la que no define qué es la paridad de participación y usa como verbo rector “promoverá”, por tanto, no delimitando una obligación determinada. Pero en buenas cuentas, a esta misma norma noruega la hace objeto de una crítica de fondo, a partir desde una toma de posición de lo que es la función del Derecho, señalando que “para educar está la escuela y no las leyes”.

## **XI. El problema de la ejecución de las condenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

Dentro de la Convención Americana, la norma que se refiere al tema de la ejecución de las sentencias es su artículo 68<sup>391</sup>. Contiene dos hipótesis, en atención a dos grandes categorías de órdenes condenatorias o de reparaciones. Por un lado, las indemnizaciones, que consisten en la condena de pagar una suma de dinero y, las medidas de reparación constituidas por órdenes de hacer y no hacer, a cargo de Estado. Veremos en el siguiente capítulo que, como suele suceder, es la orden de pagar una suma de dinero la que está provista de un procedimiento concreto y adecuado, porque la norma remite a los ordenamientos nacionales, al decir “se aplicará el vigente para ejecutar fallos condenatorios contra el Estado”, y los ordenamientos nacionales han desarrollado la ejecución principalmente en torno a la obligación de dar una suma de dinero. Este problema jurídico es aquél para el que fue pensado el cumplimiento de las obligaciones y su ejecución forzada, dentro de los ordenamientos nacionales inspirados en la legislación civil francesa. A diferencia de las obligaciones de hacer y no hacer, que simplemente no tienen regulación específica en el Sistema Interamericano y quedan entregadas a la colaboración de buena fe de los Estados, como manifestación más de su deber general de cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, entre ellas, cumplir los fallos del Sistema al que adhirieron.

Se trata de un punto sumamente intrincado, pues pueden involucrar conductas de diversos poderes del Estado. Por ello se ha dicho que “[e]l sistema interamericano tiene la peculiaridad de establecer reparaciones de carácter específico que hacen más compleja la implementación de las decisiones de los órganos convencionales. Por ejemplo, una decisión puede contemplar la reforma de una ley, la liberación de una persona, la necesidad de procesar y castigar a los culpables del amedrentamiento de otra, la reparación pecuniaria de la víctima. En consecuencia, el efectivo cumplimiento de las decisiones de los órganos de fiscalización probablemente dependa en un caso concreto de la acción concurrente de distintos órganos del Estado; y por ende, los mecanismos que el Estado debe crear para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales van a ser variados y de naturaleza compleja”<sup>392</sup>. Pero incluso más, si se considera que no sólo puede tratarse de diversos poderes y órganos del Estado, sino también de la sociedad civil, pues en muchas ocasiones la medida de reparación no está totalmente descrita y se deja su determinación final a decisiones en cuya toma de decisión deben intervenir y participar los ciudadanos.

De ahí que puedan generar fuertes controversias, como sucedió en Perú respecto a la construcción del monumento a las víctimas del terrorismo entre los años 1980 y 2000, llamada “El Ojo que llora”, a partir de la sentencia condenatoria en el caso Penal Miguel de Castro versus Perú. La polémica se produce por la disconformidad de los familiares de las víctimas a que se rememorara sin distinción a todos quienes fallecieron y sin separar a

---

<sup>391</sup> “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.”.

<sup>392</sup> KRSTICEVIC, Viviana, “Líneas de trabajo para mejorar la eficacia del sistema”, en la obra colectiva *El Futuro del Sistema Interamericano de...*, op. cit., p. 436.

los “senderistas”<sup>393</sup> de las llamadas “víctimas inocentes”<sup>394</sup>. Y debe considerarse que esta polémica en torno al cumplimiento, se produce en un país que tiene una norma que le da valor interpretativo no sólo a las sentencias en que haya sido parte, según lo establece el Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo V, llamado “Interpretación de los derechos constitucionales”. De este modo, si se considera que, “según las disposiciones de la CADH [Convención Americana sobre Derechos Humanos], las sentencias de la Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos] dictadas en el marco de su competencia contenciosa son de cumplimiento obligatorio para el estado afectado, es decir, para el que fue parte en el caso concreto (...), en el caso peruano rige, inclusive, a partir del año 2004, una disposición legal que establece que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que este país es parte.”<sup>395</sup>.

Incumplimientos graves se han denunciado en casos tan sensibles como el de “Campo Algodonero versus México”, por la matanza de mujeres en Juárez, cuyo contexto social laboral fue contextualizado en la sentencia al describir de qué manera la instalación de una maquiladora en dicha ciudad modificó definitivamente las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Dicho fallo implicaba una serie de medidas, las primeras con perspectiva de género en el Sistema<sup>396</sup>. La perspectiva de género, como manifestó Felipe González, profesor de la Universidad Carlos III, a un periódico español, a partir de los años ’90 tardó unos quince años en incorporarse y salir de la consideración de “problema de carácter privado”, en el trabajo de la Comisión, hasta llegar a la sentencia de la Corte cuyo carácter se considera pionero.

Dicho fallo dentro del capítulo reparaciones exigía una capacitación profunda a las administraciones debido al tratamiento discriminatorio que recibieron las denuncias por desaparición de las víctimas. Su cumplimiento se entrampó supuestamente porque era el Estado Federal de Chihuahua quien debía cumplir y no el Gobierno Central<sup>397</sup>.

Un caso de cumplimiento de medidas de reparación no monetarias se produjo el pasado 18 de diciembre de 2012, al develarse el busto en homenaje al líder sindical peruano Pedro Huilca Tecse, veinte años después de su asesinato<sup>398</sup>. La alcaldesa de la ciudad junto a miembros de la CGTP (Confederación General de Trabajadores del Perú) descubrió en una ceremonia el monumento, dando cumplimiento al mandato de la Corte Interamericana contenido en el capítulo de medidas de reparación de la sentencia de condena. Sin

<sup>393</sup> Sendero Luminoso es el nombre de la guerrilla originada en el Perú que comienza su lucha armada a principios de los años ochenta.

<sup>394</sup> Ver nota de prensa relacionada <http://www.lahistoriaparalela.com.ar/2007/01/05/peru-el-ojo-que-llora/>

<sup>395</sup> ALFONSO, César, “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur”, en la obra colectiva *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, (Kai Ambos y Ezequiel Malarino editores), Konrad – Adenauer, Tomo I, Montevideo, Uruguay, 2010, p. 78.

<sup>396</sup> Declaraciones disponibles en:

[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/02/18/actualidad/1297983603\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/02/18/actualidad/1297983603_850215.html)

<sup>397</sup> Sobre el punto ver: <http://www.volantea.com/mariaantonietaperez/?p=1032>

<sup>398</sup> Ver <http://peru21.pe/politica/apra-acusa-susana-villaran-tomar-represalias-apoyo-revocatoria-2107962>



embargo, no estuvo exento de polémicas pues la plaza elegida es la conmemorativa de Víctor Haya de la Torre, fundador del partido político APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana). Desde este sector, consideraron la elección del lugar una represalia al partido por haber intentado la revocación en el cargo de la alcaldesa, a lo que ésta contestó: “[c]reo que el fundador del Partido Aprista hubiese estado muy contento de que un líder obrero, que fue vilmente asesinado por el grupo paramilitar Colina, comparta con él esta dignificación de su memoria, que fue ordenada por una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”<sup>399</sup>. El monumento ha sufrido ataques como el hurto de la placa recordatoria<sup>400</sup>.

En este sentido, el Sistema Interamericano queda entregado a su vertiente más política, pues es su capacidad de presión la que puede llevar a un país a cumplir. En concreto, la Corte debe incorporar a su informe acerca de su trabajo anual -que debe presentar ante la OEA-, el estado de cumplimiento de sus fallos, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 65 de la Convención Americana<sup>401</sup>. En la realidad, esta fase así prevista ha significado que el estado de cumplimiento sea un punto último dentro de una extensa exposición sobre el trabajo total desarrollado durante el año, lo que sin duda transforma a la ejecución en un punto crítico del Sistema.

De ahí, es que se define la exigencia, hace ya más de una década, relacionada a que “el perfeccionamiento del sistema regional implica también la necesidad de que los Estados del hemisferio incorporen estándares del Derecho internacional de los derechos humanos en su legislación interna, a fin de conducir a una interpretación progresiva e integrada de la protección de los derechos en las Américas. En los casos en que la ley interna no funcione adecuadamente, tampoco funcionará el Derecho internacional. Un claro ejemplo de ello es cuando la Corte Interamericana emite una sentencia, la misma debe ser ejecutada a nivel interno, conforme a la ejecución de sentencias contra el Estado en el Derecho nacional. En la mayoría de los países, sin embargo, no existen procedimientos establecidos para asegurar la ejecución de dichas sentencias”<sup>402</sup>.

La relevancia de este problema ha sido expresada por al Magistrado Cañado Trindade, en término de que el futuro de la protección internacional depende en gran parte de la adopción y perfeccionamiento de medidas nacionales de implementación.

Sin embargo, estas pinceladas sobre las dificultades de la Corte en la ejecución de sus fallos, no es el problema que abordaremos en este trabajo. Sólo se consigna para introducir los siguientes focos problemáticos de la tesis, en el sentido que tras desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales importantes, como sucede con el Sistema Interamericano, su equiparación respecto de los instrumentos procesales de ejecución, es un problema que se

---

<sup>399</sup> Ver [http://www.rpp.com.pe/2012-12-16-villaran-colocacion-de-busto-de-pedro-huilca-cumple-sentencia-de-cidh-noticia\\_549694.html](http://www.rpp.com.pe/2012-12-16-villaran-colocacion-de-busto-de-pedro-huilca-cumple-sentencia-de-cidh-noticia_549694.html)

<sup>400</sup> Ver [http://www.cgtp.org.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=638:cgtp-y-construccion-civil-deploran-danos-al-monumento-del-ex-dirigente-pedro-huilca-tecse-&catid=32:nacionales&Itemid=42](http://www.cgtp.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=638:cgtp-y-construccion-civil-deploran-danos-al-monumento-del-ex-dirigente-pedro-huilca-tecse-&catid=32:nacionales&Itemid=42)

<sup>401</sup> “Artículo 65: La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

<sup>402</sup> “Seminario sobre ‘El Sistema Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos’. Conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, selección de documentos realizada por los editores, en la obra colectiva *El Futuro del Sistema Interamericano de...*, op. cit., p. 86.

replica en el ordenamiento interno de cada país, así como su mayor agudización cuando se trata de la ejecución de obligaciones distintas a dar una suma de dinero<sup>403</sup>.

---

<sup>403</sup> Mientras se elaboraba este trabajo, el 14 de diciembre de 2012, se produjo el acto en reparación por parte del Estado de Chile a la jueza Karen Atala, ordenado por la sentencia de la Corte Interamericana, en el que participaron el Ministro de Justicia, las Ministras del Trabajo y del Servicio Nacional de la Mujer (Sernam) en representación del Gobierno, el Presidente de la Corte Suprema, señor Rubén Ballesteros, más otros cuatro magistrados del mismo Tribunal. El acto tuvo como momento principal la lectura de un discurso de la señora Atala, disponible en: <http://www.iguales.cl/discurso-de-karen-atala-en-acto-de-reparacion-un-estado-laico-no-debe-imponer-principios-morales-o-religiosos/>

El Presidente de la Corte Suprema, señor Ballesteros, declaró a la salida del acto que había asistido no en su calidad de Presidente del máximo Tribunal, sino a título personal. Sobre la noticia <http://noticias.terra.cl/nacional/estado-efectuo-acto-de-desagravio-para-la-jueza-karen-atala.0e4caef65799b310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html#article> <http://www.lun.com//Pages/NewsDetail.aspx?PaginaId=8&bodyid=0&dt=2012-dic-15>

## CAPÍTULO II

### “CIUDADANÍA Y AUTONOMÍA EN EL TRABAJO: FUNDAMENTOS PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS”

#### I. Introducción

Existen discusiones y debates jurídico-doctrinales que se suelen considerar ya superados e incluso innecesarios, dado su pretendido conocimiento general, para abordar un problema jurídico actual. Esto puede suceder con la noción de “ciudadanía en la empresa”, base teórica imprescindible para fundamentar la obligación de garantizar los derechos fundamentales en el trabajo. Pero lo mismo ocurre con el concepto de autonomía del trabajador o trabajadora, tanto si se expresa en referencia a su vertiente asociativa – entendida como forma de participación-, como a los derechos fundamentales inespecíficos en cuanto límites al poder del empleador.

En este estudio partiré de la premisa contraria. Los elementos del problema del trabajo en una sociedad capitalista nunca son del todo, y ni siquiera en su mayor parte, nuevos. Pero sí presentan formas nuevas. Y por eso resulta imprescindible recuperar debates clásicos para ajustar las ideas y premisas que subyacen a los problemas actuales.

En este Capítulo se planteará un análisis general sobre los varios sentidos de la autonomía privada en relación al trabajo; cómo han ido evolucionando discusiones clásicas sobre la primacía del individuo o de lo colectivo hasta adquirir un nuevo significado a propósito de los derechos fundamentales y de la noción de “ciudadanía en la empresa”. Todo lo anterior para sentar un fundamento teórico que legitime la competencia del juez para intervenir ámbitos del poder privado, para reparar un derecho garantizando su futura observancia, lo que implica decisiones de modificación de esa zona que, en principio y hasta que no sea objeto de una impugnación, se maneja con facultades autoejecutables.

Al hilo de ese análisis se dará cuenta de un cambio mayúsculo en el sistema de equilibrios entre la tutela heterónoma y autónoma padecido en España mientras se elaboraba esta tesis: el de la reforma laboral operada, a través de diversos instrumentos y medidas normativas, durante el año 2012. Con ello se pretende resaltar cómo una modificación en el eje de las relaciones laborales -la autonomía colectiva-, de las dimensiones alcanzadas con la reforma de la legislación laboral española, lleva necesariamente –y sin que sea por ello algo deseable, pero que actúa como una forma casi espontánea de reequilibrio- a que figuras como la del juez adquieran un protagonismo central en la función protectora del Derecho del Trabajo. Hablar de protección en el trabajo puede parecer algo obvio. Esta reforma laboral pone en cuestión dicha obviedad y hace que las discusiones tradicionales recobren todo su vigor. Pero al mismo tiempo, ¿qué es novedoso para este debate? Puede serlo el origen o la causa real de la Reforma: la concesión de “rescates económicos” condicionados a cambios legislativos que, de acuerdo al sistema de fuentes, son competencias exclusivas de los Estados que integran un ente supranacional como la Unión Europea. Ese origen está consignado en el Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: la Unión Europea<sup>404</sup>. Que, a su vez, explica otros fenómenos

---

<sup>404</sup> “Las medidas adoptadas desde el inicio de la crisis para reformar el mercado laboral español se han revelado insuficientes e ineficaces para conseguir crear empleo. El desempleo ha seguido creciendo en 2011 y se prevé que lo siga en 2012. Las presiones de los mercados financieros sobre la zona euro y la deuda

tan importantes en un sistema jurídico como que fuese un gobierno que se consideraba sin la legitimidad democrática para seguir en el poder y terminar su período –ya se habían convocado elecciones anticipadas en 2011- el que adoptase la decisión de modificar la Constitución Española, introduciendo la reforma que impuso un límite máximo a la deuda pública, elemento que da base a una serie de cambios muy significativos en el Estado<sup>405</sup>.

## II. Aproximación al poder privado a escala global y sus contrapesos.

El discurso y modo de comprender la esfera de lo público y lo privado solía organizarse en torno a ideas matrices opuestas para lo que se concibió como dos mundos distintos: “el

---

pública española y las recomendaciones de la Unión Europea [plasmadas en la Recomendación del Consejo de 12 de julio de 2011 relativa al Programa Nacional de Reforma de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre Programa de estabilidad actualizado de España (2011-2014)] hacen imprescindible abordar las deficiencias estructurales del mercado laboral español que permitan iniciar la recuperación de la economía española. Se requiere la adopción urgente de estas medidas para generar la confianza necesaria para que los agentes creadores de empleo realicen nuevas contrataciones y opten por aplicar medidas de flexibilidad interna antes que por destruir empleo. Con esta reforma laboral se pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así, generar la confianza necesaria para los mercados y los inversores”.

<sup>405</sup> Artículo 135 de la CE, (publicado en el BOE el 11 de septiembre de 2011). En una provocativa conferencia, el sociólogo portugués de la Universidad de Coimbra, Boaventura de Sousa, reveló el nervio político del problema: “Es curioso ¿sabe?, pero yo no pienso que haya muchas diferencias entre Grecia, Portugal, España o Italia, las dinámicas pueden ser en apariencia un poco distintas. Legalmente, por ejemplo: Grecia y Portugal tienen una intervención, pero ¿por qué no tiene España la intervención?, porque el acuerdo fue que España hace exactamente lo mismo que los otros, pero no es intervenida, porque es un país grande, una economía grande, y por eso si España es intervenida eso puede tener un riesgo más grande para el euro. Pero tienen que hacer lo mismo. Ustedes miren los cambios del Derecho Laboral en Portugal y en España ¿cuáles son las diferencias con Grecia?, por eso hay una ilusión de soberanía en España, pero la lógica es la misma. Por eso la mezcla es siempre en políticas públicas. O sea, los recortes en Grecia, en Italia en Portugal son recortes de políticas públicas. Lo que está en causa es destruir el Estado social o el modelo social europeo que tenía algo totalmente subversivo para el neoliberalismo, que es combinar altos niveles de productividad con altos niveles de protección social (...). Para el neoliberalismo el trabajo es una mercancía: las mercancías no tienen que tener derechos. Era muy subversivo. Como no se podía destruir a nivel de país se tenía que destruir vía Unión Europea”, SOUSA, Boaventura de, “Para una teoría socio- jurídica de la indignación”, Conferencia del 5 de marzo de 2012, en el marco de la conferencia de clausura del Seminario de Teoría Crítica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III, titulada “. Disponible en:

<http://dl.dropbox.com/u/65692446/Boaventura%20de%20Sousa%20Santos3%281%29.mp3>

[Fecha de la visita 7 de marzo de 2012]

ámbito de lo público se rige por la democracia y el de lo privado, por la libertad”<sup>406</sup>. Tal forma de catalogar la realidad se fue relativizando, en especial gracias a la acción del feminismo, que levantó temas que parecían profundamente privados -como la violencia doméstica- hasta transformarlos en debate y políticas públicas, vinculadas a derechos fundamentales, lo que demostraba que no existía un esencialismo para situar un tema en una u otra categoría<sup>407</sup>.

Es más, el problema de género logró transformarse en un paradigma en relación a los otros fenómenos discriminatorios, desplegando el más articulado Derecho antidiscriminatorio, especialmente fecundo en lo que al trabajo concierne, pues éste ha sido el aspecto “más desarrollado hasta el momento a nivel normativo y jurisprudencial”<sup>408</sup>, además de irrumpir como política pública emblemática en las agendas gubernamentales: “el tema de la desigualdad entre sexos, del posicionamiento de la mujer en la sociedad, en la política, en el mundo laboral se ha convertido en los últimos años en objeto de controversia pública, de interés para los legisladores y la sociedad civil y, por ende, en materia de las Políticas Públicas. Si en un principio fue el tema de la discriminación el que ocupó los principales debates, en la actualidad ha sido el que ha obtenido numerosos avances tanto en el plano internacional como posteriormente nacional (...). Aunque las mujeres son más del 50% de la población mundial, siguen estando infrarrepresentadas en numerosos espacios (...). Lo cierto es que en este comienzo de siglo los avances han sido muchos, pero las barreras y lo

---

<sup>406</sup>MÜNCH, Ingo Von , “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y...*, op. cit., p. 15.

<sup>407</sup> “Hasta hace poco, por ejemplo, las feministas eran minoría en pensar que la violencia doméstica contra la mujer era un asunto de interés común y, por consiguiente, un tópico legítimo de discurso público, la gran mayoría de la gente consideraba que era un asunto privado que concernía únicamente a un número reducido de parejas heterosexuales (...). Las feministas formábamos entonces un contra-público subalterno desde el cual propagábamos la idea de que la violencia doméstica es un rasgo sistémico y muy difundido en las sociedades patriarcales. Eventualmente, después de una oposición discursiva sostenida, conseguimos convertir este asunto en un problema de interés común. El punto es que, a este respecto, no existen fronteras naturales dadas a priori.”, FRASER, Nancy, *Iustitia Interrupta*. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”, Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 1997, p. 123. Sobre la clara trascendencia de las relaciones laborales del ámbito privado por el interés social que envuelven, ROJAS RIVERO, *La libertad de...*, op. cit., p 43.

<sup>408</sup> “El Tribunal Constitucional ha otorgado una especial operatividad a la exigencia de igualdad entre hombres y mujeres a través de mecanismos jurídicos tan apreciables como el aligeramiento de la carga de la prueba, la nulidad de medidas discriminatorias, y la noción de discriminación indirecta pudiéndose considerar satisfactorio, desde una perspectiva formal, el grado de tutela judicial frente a las discriminaciones. Además, el Tribunal Constitucional ha puesto en conexión el art. 14 CE (LA LEY 2500/1978) con el mandato contenido en su art. 9.2, para incluir en la prohibición de discriminación el objetivo de suprimir en el presente y para el futuro las discriminaciones de las mujeres como individuos y como grupo, con aceptación de medidas compensatorias positivas para equilibrar arraigadas desigualdades previas”, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007, en Relaciones Laborales”, N° 8, 2007, p. 97.

que aún falta por alcanzar sigue siendo la razón última de las reivindicaciones de muchas mujeres y cada vez más de algunos hombres. La gran diferencia es que estos temas han dejado de pertenecer a la esfera privada y se han convertido en temas de interés de los poderes públicos y, por ende, objeto de debate en las instituciones políticas. Se han incluido en los programas de los distintos partidos políticos, son noticia en los medios de comunicación, son objeto de estudio en las Universidades y grupos de investigación, en una palabra, se han visualizado como problema público y político<sup>409</sup>.

Como se dijera, “las libertades públicas no experimentan ninguna variación de naturaleza por el hecho de que se desarrollen entre particulares o con relación a un poder público. No existen libertades privadas por la desaparición del poder público, obrando como tal, en la relación entablada. Todas las libertades son públicas en el sentido que tienen su regulación en textos públicos y gozan también de la protección del Estado. La misma libertad no varía de naturaleza por el hecho de realizarse frente a un sujeto público o privado”<sup>410</sup>.

De ahí se desgaja un debate sobre las circunstancias que harían admisible la intervención del juez, no sólo respecto a la empresa privada sino a toda asociación. Por ejemplo, como explica Pablo Cardoch, en el prólogo al libro de Von Münch y Ferrer i Riba, tres serían los principales “abusos” en relación al derecho de asociación: el incumplimiento de los estatutos; el monopolio y los otros derechos fundamentales, en especial el derecho a la igualdad<sup>411</sup>: “en este fin de siglo, el triunfo de la democracia socioliberal frente a las ideologías totalitarias que ensombrecieron muchos - la mayoría - de los años que lo componen no es sinónimo, de nuevo, de la apoteosis del mercado como mecanismo universal de regulación de las relaciones sociales, pues en un estado social y democrático de derecho no todo se puede comprar y vender, y el derecho fundamental a la libertad de

---

<sup>409</sup> BLÁSQUEZ VILAPLANA, Belén, “Las políticas públicas de igualdad de género en España”, en la obra colectiva *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, (Olimpia Molina Hermosilla, editora), Albacete, Madrid, 2009, p. 37.

<sup>410</sup> EMBID IRUJO, Antonio, “El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado”, *REDA*, N°25, 1980, p. 7.

<sup>411</sup> “En este orden de ideas, los autores quieren llamar la atención sobre tres abusos obvios. El primero es el incumplimiento de los estatutos o, lo que es lo mismo, la convalidación de interpretaciones arbitrarias de su texto: quienes ingresan en una asociación, quienes lo pretenden y quienes desean permanecer en ella tienen derecho a que las reglas del juego en el que aceptan o aceptaron participar se cumplan hasta el final. Y si estas reglas ceñían de algún modo el ámbito y contenido de las decisiones de los órganos rectores de la asociación, los interesados podrán acudir a los tribunales en petición de tutela judicial. El segundo es el monopolio: una asociación que detenta una posición de monopolio no puede regirse por cualquier tipo de estatutos, pues la falta de competencia en el sector en el que desarrolla sus actividades convertirían en irrisoria la libertad de asociación que está en la base del derecho público y privado de las asociaciones (...). El tercero está integrado por el resto de los derechos fundamentales y, paradigmáticamente, por el derecho a la igualdad del artículo 14 CE”, MÜNCH, Ingo Von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y...*, op. cit., pp. 18-19.

asociarse como plazca a los interesados está limitado por el resto de normas constitucionales sobre derechos fundamentales”<sup>412</sup>.

La forma en que se ha ido produciendo la intervención judicial se ha dirigido principalmente a aspectos procedimentales y no sustantivos<sup>413</sup>. Sin embargo, eso registra un giro, al plantearse la pregunta sobre “hasta qué punto los poderes públicos pueden tolerar que éstas se organicen sin respetar en su seno el pluralismo democrático y, en segundo lugar, si cabe permitir que promuevan e impongan a discreción y arbitrio su específica moral jurídica y social”<sup>414</sup>. Una respuesta posible es que el criterio para exigir una constitución de acuerdo al principio democrático es que se trate de asociaciones que representen intereses ante instancias públicas<sup>415</sup>. En tal caso, los socios deberán tener derechos de información, control de la gestión social y acceso a los órganos de gobierno, debiendo además considerar los derechos fundamentales<sup>416</sup> para regular el acceso y expulsión. Es fácil advertir que en esta categoría se encuentran los Partidos Políticos y los Sindicatos, que en el caso de España son figuras de rango constitucional. Si esto es así, no resultaría complejo resolver los ejemplos de la clásica obra de Otto Kahn-Freund, relativos a la posibilidad de someter a decisión judicial los límites del derecho del sindicato, de negar afiliaciones o readmisiones, en un contexto en que dicha afiliación era condición de acceso al puesto de trabajo<sup>417</sup>. Probablemente hoy se corregirían en base a la asentada

---

<sup>412</sup> MÜNCH, Ingo Von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y...*, op. cit., p.19.

<sup>413</sup> MÜNCH, Ingo Von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y...*, op. cit., p. 84-94.

<sup>414</sup> MÜNCH, Ingo Von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y...*, op. cit., 132.

<sup>415</sup> MÜNCH, Ingo Von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y ...*, op. cit., p. 131-163.

<sup>416</sup> En la obra de Ingo Von MÜNCH, se dice que dichas reglas no “atenten contra la dignidad o libre desarrollo de la personalidad”, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y ...*, op. cit., p. 133.

<sup>417</sup> “La razón por la que la ley necesitaba una reforma (al igual que ocurriera en Australia y América y posiblemente en todas partes) es porque los tribunales en su arsenal de conceptos e instituciones jurídicos no pueden encontrar medio alguno para oponerse a la negativa arbitraria de un órgano voluntario a admitir a un nuevo miembro. En cuanto no hay un contrato entre éste y la organización en la que pretende ingresar, ¿cómo podría aducirse el incumplimiento contractual?; tampoco existe (en términos precisos) una responsabilidad extracontractual (tort). Todo ello fue debatido y expuesto en una norma muy comentada y atacada sentencia de la House of Lords, dictada en relación con la negativa de la Bolsa de Londres (Stock Exchange) durante la Primera Guerra Mundial y a su determinación de readmitir a sus agentes con apellidos alemanes. En el mismo sentido, en fechas mucho más recientes, la Court of Appeal mantuvo que el Jockey Club podía ser obligado a poner término a su práctica discriminatoria de negarse a conceder a las mujeres licencia como domadoras de caballos, lo que les impedía inscribir caballos en las carreras a su nombre. Se adujo la existencia de un ‘derecho al trabajo’, cuya infracción era contraria al orden público y podía ser atacada mediante interdicto (*injunction*); una decisión atrevida y en cierto modo única. Por supuesto que si se

doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales, que significó concebir que su espacio de desarrollo se extendiese a las relaciones privadas<sup>418</sup>, cuyo principal pilar es el derecho fundamental a no ser discriminado el que, en materia laboral, se ha transformado en un principio especialmente prolífico<sup>419</sup>.

Un tema distinto a la posibilidad del ejercicio de derechos por parte de un trabajador (afiliado o no) respecto al sindicato (como concentrador de poder), es el que aborda la crítica elaborada por Spiros Simitis en su texto “El Derecho del Trabajo y el redescubrimiento del individuo” al fenómeno colectivo sindical, subrayando la primacía de la autonomía de la voluntad, como interés privado e individual, por sobre las formas de protección del Derecho del Trabajo. Su tesis parte con una valoración negativa de la intervención heterónoma, en particular, de la ley respecto del trabajador. Desde allí, desprende también una opinión negativa hacia la acción sindical a la que la ley se abre, a partir de algunos ejemplos como la discriminación a la mujer, la negociación del uso de datos personales y el tratamiento a la ancianidad en el trabajo, que mostrarían cómo el colectivo ha mal representado y atentado contra la autonomía individual, “colonizándola”. “Precisamente los últimos ejemplos nos hacen entender claramente la fragilidad de un

---

reconocía la existencia de un ‘derecho al trabajo’ habría que admitir que lo infringían los estatutos de un sindicato que confirieran al mismo un poder ilimitado para rechazar afiliaciones o las hicieran depender de consideraciones infundadas. Sin embargo, la House of Lords, en una sentencia dictada en 1963, se negó a declarar la nulidad de una cláusula de los estatutos de la Asociación de Artistas Cinematográficos (Film Artistes Association), según la cual nadie que hubiese sido condenado en una causa penal (con una excepción irrelevante) podía afiliarse al sindicato, o mantener en el mismo condición de afiliado.”. El profesor Kahn-Freund resolvía estos dilemas señalando que “el acceso al empleo debe ser libre en interés del desarrollo económico y del uso óptimo de la fuerza de trabajo. Excluir a los no sindicados puede suponer excluir al trabajador más cualificado para un determinado puesto de trabajo. Y si han de existir limitaciones en materia de acceso al empleo, estas deben ser impuestas por órganos gubernamentales, a los que puede exigirse responsabilidad mediante procesos democráticos, y no por organizaciones privadas, carentes de responsabilidad pública”, KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, traducción Jesús María Galiana Moreno, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1987, p. 319.

<sup>418</sup> Y que permite explicar también que a la autonomía colectiva hoy se le impongan por medio de políticas legislativas, como la de igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, determinados contenidos.

<sup>419</sup> “En la concepción tradicional del constitucionalismo liberal se conciben los derechos fundamentales como medios de defensa frente al poder del Estado en contraposición a un Estado absoluto; esto es, se entienden los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos cuya eficacia directa queda constreñida al ámbito de los poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) (...). Sin embargo, la teoría en comento cambia radicalmente el postulado anterior, en virtud de la comprobación fáctica de la existencia cada vez más extendida de entes sociales privados que ejercen cuotas significativas de poder, de tal manera que ya no es sólo el estado quien puede ejercer un poder capaz de amenazar derechos fundamentales de las personas, sino que son también los mismos sujetos o las organizaciones creadas al amparo del Derecho Privado los que pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades”, CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 15.



concepto regulativo abierto. Éste amenaza con fracasar no sólo a causa de probados prejuicios sociales, desde hace mucho tiempo interiorizados sino también a causa de la opinión según la cual el interés individual sería definible solamente mediante instancias colectivas. Por esto, cuando se habla de sujetos, no podría jamás hacerse referencia al trabajador individual, sino sólo a los trabajadores entendidos como colectividad, que realizarían sus propios intereses solamente gracias a su actividad colectiva (...). A final de cuentas, el trabajador individual pasa a un segundo plano respecto a la organización, se confunde con ella y se realiza solamente por medio de ella. Por eso, resta siempre la organización a determinar cuáles reivindicaciones puedan entrar en el concepto regulativo, y a exigir primera el derecho a definir los intereses de los trabajadores en relación a sus propias estrategias. La ‘constitucionalización interna’ puede detener, al menos parcialmente, el proceso de extrañamiento de la organización respecto de sus propios inscritos, pero no está en condiciones de allanar la calle a un concepto regulativo que tome en consideración al trabajador individual, garantizando y haciendo propias sus exigencias de individualización”<sup>420</sup>.

Su planteamiento se cuida de aclarar que no se trata de proponer la desregulación, sino que sea la ley la encargada de delimitar los ámbitos de competencia de cada actor, evitando el problema de la colonización<sup>421</sup>. Una conclusión tan moderada es fácilmente compartible, el problema es que al hilo de ella se dedica una crítica potente a la acción sindical sin que se explique cómo se va a salvar el problema del desequilibrio de poder entre las partes, para que la “singularización” de la relación laboral fuese una vía plausible y, además, potenciabile.

Es interesante también que uno de los ejemplos, el de los datos personales, se trate de una materia no directamente vinculada a reivindicaciones económicas propias de la acción sindical, y que los otros dos ejemplos, pertenezcan al problema de los “públicos subalternos” respecto a los estándares de conformación del sindicato, lo que explica que no hayan sido adecuadamente representados y que sólo recientemente ello se esté planteando como desafío para el colectivo. Como señala Valdés Dal-Ré, quien comparte el análisis de

---

<sup>420</sup> SIMITIS, Spiros, “Il Diritto del Lavoro e la riscoperta dell’individuo”, (Lorenzo Gaeta, traductor), *Giornale del Lavoro e delle Relazioni Industriali (GDLRI)*, N°45, 1990, pp. 108, 109, 110.

<sup>421</sup> “Por eso, si la autodeterminación y la autorrealización no deben ser solamente un objetivo facultativo sino un proyecto vinculante, el concepto regulativo debe insertarse desde el principio en un cuadro estable, que circunscriba en modo vinculante el ámbito operativo del legislador, pero también del empleador y de la representación sindical. Sin necesarias, en otras palabras, garantías para la autodeterminación. Establecerlas es tarea sobre todo del legislador. Sólo éste está en condiciones de imponer límites que sean respetados con ocasión de cualquier disciplina de las condiciones de trabajo, además de establecer obligaciones recíprocas entre las partes, así como en un tiempo le tocó la tarea de garantizar la integridad física y la seguridad económica mínima de los trabajadores, al legislador le toca ahora la tarea de tutelar la integridad personal y social con una combinación de disposiciones defensivas y de incentivo, y con el auxilio de reglas que por un lado eviten procesos de colonización y por otro persigan una progresiva transformación de los procesos de trabajo que tengan en cuenta las expectativas y las elecciones individuales”, SIMITIS, Spiros, “Il Diritto del Lavoro...”, op. cit., p. 110.

Simitis respecto del tratamiento de los datos personales que hace el legislador<sup>422</sup>, contrasta en su conclusión respecto a lo que la acción sindical puede contribuir, cuando se cuestiona si la contratación colectiva puede regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, su respuesta es afirmativa, sin perjuicio del “límite natural en el respeto al orden jurídico constitucional”<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> “Conviene no ignorar los riesgos a que se hallan expuestos los derechos del trabajador -y, más en general, los del ciudadano- en sociedades tan complejas como la nuestra por actos provenientes de los poderes públicos. El fenómeno se relaciona con la tradicional tendencia del Estado a promulgar normas sustantivas orientadas a tutelar las relaciones laborales. Esta regulación está ocasionando, sin embargo, lo que Simitis ha denominado brillantemente como colonización. El dictado de normas cada vez más perfeccionadas y minuciosas comporta una profunda inferencia en la vida del trabajador, determinando una colonización ‘normativa’ de todo su comportamiento y confinándole a patrones de conducta predefinidos. Medidas que en su origen tenían la finalidad de asegurar la autodeterminación del trabajador producen un contra-efecto patológico: ‘burocratizan la vida del trabajador y ponen en peligro la libertad que pretenden garantizar’. Una clara manifestación de esta ‘colonización’ puede apreciarse en la creciente tendencia de los estados modernos a recabar información de carácter personal sobre el trabajador, información que es tanto mayor cuanto más perfeccionada es la norma de tutela. Los datos personales referentes por ejemplo a las condiciones de salud hacen posible, de un lado, la prevención de riesgos específicos ligados al ambiente de trabajo (...). Pero dichos datos, de otro lado, se integran en un proceso de información permanente, que sirve para la elaboración de *standards* abstractos, aptos para fijar tanto las condiciones de acceso al trabajo como el derecho a disfrutar de las normas de tutela”, VALDÉS DAL -RÉ, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p. 34.

<sup>423</sup> Sin embargo apunta también que “esta virtualidad de la negociación colectiva de orientarse hacia la limitación de los poderes empresariales, enderezando su ejercicio en una dirección de respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, y de actuar, por tanto, como garantía del ejercicio de éstos, no ha traspasado entre nosotros el umbral de la mera posibilidad”, en virtud del principio de libre contratación consagrado en el artículo 37.1 de la CE, VALDÉS DEL- RÉ, Fernando, “Poderes del empresario...”, op. cit., pp.38 y 39. En la sección 1.2 de este capítulo se expondrá la reciente STC 241/2012 de 17 de diciembre, sobre el derecho a la intimidad de unos trabajadores, en que el fallo alude a la propiedad de los portátiles –y es el argumento central del Ministerio Fiscal- para justificar la racionalidad y proporcionalidad de la medida de despido, “[e]n el marco de dichas facultades de dirección y control empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales”, (punto resolutivo N°5). Emitiendo con ello una sentencia casi pre - surgimiento del Derecho del Trabajo. El fallo cuenta con un voto disidente de Valdés Dal-Ré. Sobre la no vinculación de la propiedad con los poderes empresariales sobre los trabajadores, precisamente a causa de la aparición del Derecho del Trabajo, ver PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo e l’organizzazione del lavoro”, en el volumen IV “Contratto di

Similares preguntas a la recién expuestas se plantea Rojas Rivero, en la que destaca la labor de los jueces y proporciona lo que se presenta como un antagonismo entre principio de igualdad y libertad contractual, que es la función y razón misma del Derecho del Trabajo: “[i]mpedir la discriminación en el mundo del trabajo, también a través de la insustituible y sensible obra de los jueces, significa hacer una contribución concreta y decisiva a la realización de una sociedad verdaderamente democrática (...). No se trata pues del quebrantamiento del principio de igualdad, sino por el establecimiento de ciertas desigualdades jurídicas para conseguir la sustancial igualdad de la persona frente al Derecho. Esta es una de las notas características de nuestro Derecho que, sólo a través de un cabal entendimiento de la profunda significación del principio de igualdad constitucional puede alcanzar su plenitud y que ya aparece recogido en el artículo 3.1 del Código civil, para así adaptar el derecho a la realidad social (...). No cabe ignorar que en las sociedades modernas la amenaza a la integridad de los derechos fundamentales proviene de centros de autoridad y poder económico-sociales o, incluso individuos, en modo tan implacable como de los poderes públicos, produciéndose, de hecho, una básica identidad entre relaciones públicas y privadas de dominación. La misma función deben jugar los derechos fundamentales frente a toda persona o grupo que posea y ejerza poder predominante, de alguna forma semejante a la soberanía estatal, ya que ‘puede oprimir quien tiene poder’. De ahí la distinción entre ‘legal discriminación’ y ‘social discriminación’, esta última ejercitada por instituciones privadas, individuos o grupos, sean empleadores, sindicatos, comités de empresa, etc. En el Derecho del Trabajo se produce un especial conjunto de relaciones limitadoras entre los valores ‘libertad’ e ‘igualdad’ y sus distintas manifestaciones, limitaciones que aparecen como imperativos impuestos por los especiales presupuestos de la realización individual en orden a la máxima realización del valor ‘justicia’”<sup>424</sup>.

En la construcción teórica de Norberto Bobbio, el fin del Derecho es el orden, o, en otras palabras: la erradicación de la violencia privada y de la Guerra. La razón de querer erradicar la violencia privada es que ésta es tendencialmente arbitraria, en ella rige el poder del más fuerte<sup>425</sup>. Esta conclusión, en su hora incipientemente visible, hoy es el problema principal del mundo llamado “global”: atrás quedó entonces el paradigma del Derecho occidental contemporáneo, del legalismo, para cuya filosofía liberal la forma de organización social más racional fue la que dio prioridad a la libertad individual. Uno de los más evidentes efectos de la globalización es la reconfiguración fáctica del ejercicio del poder político, que pone “en jaque” al constitucionalismo tradicional, diseñado para encajar en el molde de un Estado-nación llamado a tener el monopolio de la soberanía y de la producción y ejercicio del derecho. ¿Cómo constatar la debilidad del Estado? A estos efectos, pueden ser útiles algunos datos: para el año dos mil, de las economías más grandes en el mundo, medidas en términos del contraste de las ventas corporativas con el producto interno bruto, 51 eran corporaciones y 49 eran países (para ponerlo en perspectiva, General Motors es ahora más grande que Dinamarca; DaimlerChrysler es más grande que Polonia; Royal Dutch/Shell es más grande que Venezuela; IBM es más grande que Singapur; y

---

Lavoro e organizzazione”, del *Trattato di Diritto del Lavoro* (Mattia Persiani y Franco Carinci, directores), Cedam, Padova, Italia, 2012, pp. 402-413-414-783.

<sup>424</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *La libertad de expresión...*, op. cit., pp. 41, 42 y 43.

<sup>425</sup> BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappicchelli Editore, Turín, Italia, 1994, pp. 62 y 80.

Sony es más grande que Pakistán). En el mismo sentido, puede recordarse que las ventas combinadas de las 200 corporaciones más grandes en el mundo son mayores que las economías combinadas de todos los países del mundo, exceptuando a los diez más grandes. También al confrontar datos con el interesante reporte del Institute for Policy Studies, en el que los autores concluyen que la difundida liberalización del comercio y las inversiones ha contribuido a un clima en el que las corporaciones dominantes disfrutan de crecientes niveles de influencia económica y política que no se ponderan en absoluto con los beneficios tangibles que puedan ofrecer a la sociedad, reforzando con ello la fuerte desconfianza pública que ya existe hacia el poder económico y político que ejercen las corporaciones. Asimismo, es evidente el enorme impacto que el creciente poder privado tiene en la arena política, dado que las corporaciones transforman su influencia económica en poder político. De lo que se deduce que la democracia está minada<sup>426</sup> y que deben redimensionarse las posibilidades reales del Estado-Nación para controlar el fenómeno<sup>427</sup>, su voluntad política de hacerlo y los medios que serían idóneos para asumir una línea política de control.

Con datos y conclusiones semejantes se ha resumido el problema: “¿Qué sentido tienen, en efecto, expresiones como soberanía popular o ‘un hombre, un voto’, cuando sólo veintiún Estados tienen un PIB más alto que algunas de las seis primeras grandes empresas transnacionales? ¿Qué gobierno de las mayorías puede aspirar al nombre de tal cuando decisiones básicas sobre la vida cotidiana dependen de minorías sin legitimidad representativa alguna, como los grandes organismos financieros, ciertas instancias supuestamente ‘técnicas’, como los bancos centrales o las agencias de calificación de deudas? ¿Qué valor exacto adquiere el derecho formal a votar cuando se vive en condiciones de precariedad laboral o existencial, el acceso a los medios de comunicación es limitado o inexistente, y los principales partidos políticos están fuertemente subordinados a oligarquías libres de todo control?”<sup>428</sup>.

Lo que el mundo del trabajo puede ofrecer como primer contrapeso a la empresa como centro de producción de reglas, es la acción sindical a igual escala<sup>429</sup> -cuya actuación efectiva y reconocimiento por el Derecho es un argumento que excede a esta tesis- y, en

---

<sup>426</sup> ANDERSON, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford and Portland, Oregon, USA, 2005, pp. 18-19. Sobre este punto agradezco las ideas compartidas por Mónica Mazariegos, doctoranda de la Universidad Carlos III.

<sup>427</sup> En un contexto de economía global, para Anderson es insostenible la afirmación de que las corporaciones multinacionales son simples entidades económicas, ya que constituyen nuevas formas de autoridad política que no encajan dentro del molde clásico del Estado-nación. Esto implica una evidente disminución de la capacidad coercitiva del Estado, la cual no desaparece sino se reposiciona y se reconfigura en manos de actores privados. Las corporaciones multinacionales son hoy día importantes actores políticos capaces de establecer la agenda de debates sobre políticas públicas e impactar en normativas que regulan aspectos clave de la vida social, ANDERSON, Gavin, *Constitutional Rights ...*, op. cit. p. 9.

<sup>428</sup> PISARELLO, Gerardo, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, España, 2011, pp. 14-15.

<sup>429</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y proyecto”, *Cuaderno de relaciones laborales* N°15, Servicio de publicaciones Universidad Complutense, Madrid, España, 1999, p. 24- 39 y siguientes.

segundo lugar, los instrumentos legales en manos del juez, dotados de justiciabilidad: derechos que sean exigibles, lo que comprende, según lo que se desarrollará, que el sistema permita su reclamación en juicio, íntegra reparación enfocada en la garantía del futuro ejercicio del derecho<sup>430</sup>. Del juez nacional todavía como principal foco mientras no se haya establecido un sistema convincente de justicia global<sup>431</sup>, sin perjuicio de la necesidad de conocer los instrumentos y vías internacionales para invocarlos en el orden nacional, que es dónde hay facultad de imperio<sup>432</sup>.

Sobre estas premisas girará el análisis de los siguientes apartados.

### III. Autonomía y derechos fundamentales.

De los poderes empresariales se ha dicho no sólo que son lícitos sino que su inexpropiabilidad debe estar en la base de cualquier modelo. Refiriéndose al despido, a una figura decisiva, que puede ser enfocada tanto desde una perspectiva disciplinar como directiva u organizativa, tal afirmación se ha planteado en los siguientes términos: “[e]l despido es un fenómeno que pertenece a la dinámica de las relaciones de trabajo en la empresa y los remedios al despido injusto deben, consecuentemente, insertarse en la misma dinámica, no expropiando al empleador sus poderes (que es por lo demás, impracticable, partiendo de la limitada cuestión del despido), pero condicionando en el modo más enérgico, sus decisiones”<sup>433</sup>. Lo anterior representa una postura esencialmente moderada, debiendo tenerse en cuenta que se refería a un ordenamiento, el italiano, cuya

---

<sup>430</sup> Lo que se separa desde ya de todo el argumento de los Códigos éticos que las empresas voluntariamente asumen y que en modo igualmente voluntario cumplen. Sobre el punto se volverá en el Capítulo II a propósito de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007, de 22 de marzo, que, en gran parte por carecer sus medidas de sanciones al incumplimiento de sus altos fines vinculados a la igualdad real, gran parte de ellas se consideran parte de la llamada responsabilidad social de la empresa, ver BAZ TEJEDOR, José Antonio, Responsabilidad Social Empresarial e igualdad efectiva entre sexos”, en la obra colectiva *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, (Manuel Carlos Palomeque, coordinador), Comares, España, 2008. Salvo los Planes de Igualdad, medidas que, como se explicará tienen interesantes puntos en común con la reparación no monetaria, pero de lo que carecen son de sanciones, en este caso, proporcionales al valor del objetivo propuesto. Una interesante reflexión de la necesidad de, por medio del Derecho, hacer éticas las reglas del mercado, considerara la insuficiencia del Estado Nación para proteger las instituciones democráticas supranacionales, ROMAGNOLI, Umberto, “Globalización y derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, N°5, Bomarzo, Albacete, España, 1999, p. 18. Sobre esto se volverá en el Capítulo IV, sección 4.

<sup>431</sup> Por todos, ver el ilustrativo comentario de la selectividad para hacer efectivas las sanciones a los países que no cumplen las cláusulas sociales, BAYLOS GRAU, Antonio, “Globalización y...”, op. cit., p. 31.

<sup>432</sup> Que es el objeto del capítulo I para relacionar el contexto nacional e internacional Latinoamericano.

<sup>433</sup> D’ANTONA, Massimo, *La reintegrazione nel posto di lavoro: Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Padova, Cedam, 1979, p. 9.

Constitución se consideraba como contenedora de los elementos necesarios para una futura *praxis* emancipatoria<sup>434</sup>.

Una revisión de la justificación y sentido de los poderes privados empresariales, podemos encontrarla en la definición de José Luis Gil y Gil, quien después de un excursus por el concepto de autotutela privada, (que englobaría a la sanción privada), la consigna como “la falta de intervención previa del juez. La autotutela equivale a autodefensa o autoprotección, y postula la reafirmación extrajudicial de un interés propio”<sup>435</sup>.

Este es, en definitiva, el nudo problemático al que se pretende responder en las siguientes líneas: hasta qué punto el poder privado puede y debe ser intervenido por el juez, para luego definir con qué instrumentos y coerciones.

En el ámbito privado la autotutela se plantea completamente excepcional y vinculada a casos muy concretos, ya que en éste “rige el principio de heterotutela, según el cual los particulares deben someter sus controversias a los tribunales del Estado”, imponiéndole así “dos cargas a los particulares de sometimiento a los tribunales: la primera es la de un juicio

---

<sup>434</sup> “La participación de amplias fuerzas anticapitalistas en la formación de la carta han dejado un signo indeleble, cuyos aspectos más característicos son la verdadera y propia reserva de licitud para una *praxis* emancipatoria, que es el parágrafo del artículo 3 y la insólita, preciosísima, amplitud de las garantías de las que es objeto la autotutela obrera bajo los perfiles de la organización y de la lucha (art. 39, inciso 1º, y 40)”, MANCINI, Francesco, *Il Diritto al lavoro rivisitato*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, Italia, 1963, p. 703. En tanto que la Constitución española fue entendida, en la declaración de una importante sentencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de huelga, la STC 11/1981, no orientada a un cambio de modelo sino como “un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo.”. En el mismo sentido, ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Editorial Grapheus, Valladolid, España, 1992, p. 22, al destacar que no se institucionalizó vía artículo 38 de la Constitución un modelo económico nítido y cerrado, teniendo en cuenta “la conexión que su propio origen histórico tiene en las correcciones al funcionamiento del sistema capitalista, más allá de considerar que su finalidad última fuese la conservación de aquél o su superación”. Correcciones en las que un lugar preponderante ocupa el modelo de relaciones laborales, también constitucionalizado, op. cit., p. 27. Lo que obliga a cuestionarse al día de hoy, hasta dónde la Constitución puede reflejar cualquier tipo de programa, a consecuencia de la última reforma laboral operada vía Real Decreto- Ley 3/2012, de 10 de febrero, y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuestión que abordaré al final de este capítulo.

Disponible en: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Cuaderno26.pdf>. [fecha de la visita 28 de abril de 2012].

<sup>435</sup> GIL Y GIL, José Luis, *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1993, p. 33.

declarativo; la segunda, la de un juicio ejecutivo”. Por el contrario, en materia laboral adquiere una relevancia tal que incluso da la particularidad a la disciplina, pues ella se conforma de múltiples manifestaciones de autotutela. “El carácter excepcional de la autotutela privada parece quebrar en el ámbito de las relaciones laborales, tal y como sucede con la autotutela en el ordenamiento administrativo. En el derecho del trabajo, la autotutela privada goza de un protagonismo especial, hasta ahora apenas puesto de relieve por la doctrina”<sup>436</sup>, conclusión que el profesor Gil y Gil extrae de plantear que huelga, *lock out*, *ius variandi*, o poder disciplinario constituyen todas figuras jurídicas que pertenecen a esta esfera<sup>437</sup>.

Más allá de la veracidad o no de la excepcionalidad de la autotutela privada, no puede perderse de vista que el poder privado en la relación laboral incide desde diversos ángulos: en relación a los contratos pero también, y de forma muy relevante, en el ejercicio del derecho de asociación, figura que inexorablemente implica redistribución de poder.

Sucede en un sentido sin duda positivo, visto desde la parte trabajadora y sus colectivos, por su signo reequilibrador de una relación desigual. Como se ha explicado “[l]a negociación colectiva es uno, precisamente, de esos derechos sociales. Y su rol es clave: permite pasar del piso ético social, expresado en los mínimos legales laborales, a la mejora progresiva de los máximos del acuerdo colectivo. De ahí deriva la causa de su fortaleza y su desgracia: su potente rol de mecanismo de distribución de la riqueza, que molesta a algunos –neoliberales de todos los sectores- y que ilusiona a otros. Y si la negociación colectiva es un derecho social relevante para dar cumplimiento con la “promesa de sociedades justas” o “más igualitarias” que se suelen hacer en los textos constitucionales, entonces, su expansión es especialmente importante en el derecho latinoamericano. En efecto, en sociedades tozudamente desiguales, la negociación colectiva opera, al decir de Arendt, como un ‘derecho para obtener derechos’ para un grupo especialmente desaventajado como son los trabajadores asalariados. La negociación colectiva mejora podríamos decir, dando un paso adelante, un derecho social preferente, en cuanto presenta aspectos estructurales ventajosos respecto de otros derechos de la misma categoría: es un derecho social que permite acceder a otros derechos sociales y económicos (vg. alimentación, vivienda, educación etc.), pero que al mismo tiempo, maximiza la autonomía de sus titulares, en cuanto, son ellos quienes decidirán en qué bienes invertirán su renta de negociación colectiva, evitando de paso la estandarización propia de los derechos sociales. Y todo esto, sin coste para el Estado.”<sup>438</sup>. O en las palabras de Sinzheimer “Nadie puede

<sup>436</sup> GIL Y GIL, José Luis, *Autotutela privada y...*, op. cit., pp. 77 y 80.

<sup>437</sup> GIL Y GIL, José Luis, *Autotutela privada y...*, op. cit., p. 31.

<sup>438</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, “El trabajador en su soledad- El modelo de relaciones laborales chileno y la promesa no cumplida-”, 2010, (inédito), p. 24. Este es un efecto palpable y visible de la redistribución de poder producto de la asociación, pero la asociación en sí es una forma de articular la sociedad inherente a la democracia: para Arendt, las sociedades atomizadas son el germen del que puede surgir el totalitarismo pues requieren de hombres-masa cuya característica principal no es ni la brutalidad ni el atraso, sino su aislamiento y su falta de relaciones sociales normales, en ese sentido, las asociaciones por intereses comunes proporcionan una cierta estructura a la sociedad, ARENDT, Hannah, *Los orígenes ...*, op. cit., pp. 445, 446 y 447. Con gran precisión concluye: “Lo que llamamos aislamiento en la vida política se llama soledad en la esfera de las relaciones sociales. El aislamiento y la soledad no son lo mismo. Yo puedo estar aislado – es decir, hallarme en una situación en la que no pueda actuar porque no hay nadie que actúa conmigo – sin estar

negar las ventajas de la autonomía. El Estado es aligerado de su carga. La formación jurídica se hace más móvil y flexible. El camino a recorrer entre la necesidad y la regulación jurídica deviene más corto. No se requiere ya ese rodeo en torno al Estado que permite crear también normas. Con ese camino directo se aumenta la capacidad de expresión del Derecho. Penetra más íntimamente en las relaciones humano-vitales que se captan, menos en sus formas abstractas, que en su concreta diversidad”<sup>439</sup>.

Pero la asociación también es la forma de acumulación de poder en cualquier tipo de agrupación privada: donde hay asociación hay poder, como explica la misma Arendt, “el poder humano corresponde a la condición de pluralidad, para empezar”<sup>440</sup>. No sólo de poder económico sino también simbólico.

Simultáneamente, implica siempre una deriva más arriesgada: toda asociación tiene que lidiar con el dilema del poder hacia su interior. Del equilibrio entre “el todo y la parte”<sup>441</sup>, que reproduce también el peligro del transpersonalismo. Muy certeramente se ha criticado

---

solo; y puedo estar solo – es decir, en una situación en la que yo, como persona me siento abandonado de toda compañía humana – sin hallarme aislado. El aislamiento es ese callejón sin salida al que son empujados los hombres cuando es destruida la esfera política de sus vidas donde actúan conjuntamente en la búsqueda de un interés común (...). El hombre aislado, que ha perdido su lugar en el terreno político de la acción, es abandonado también por el mundo. Ya no es conocido como *homo faber*, sino como *homo laborans* cuyo necesario ‘metabolismo con la naturaleza’ no preocupa a nadie. Entonces el aislamiento se torna soledad”, *Los orígenes...*, op. cit., pp. 635-636.

<sup>439</sup> “Por eso debe ser perfeccionado el Derecho del Trabajo autónomo: tiene que ocupar un primer rango en la futura legislación laboral”, SINZHEIMER, Hugo, “El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, (Felipe Vásquez Mateo traductor y director), Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1984, p. 57. Escrito en 1922.

<sup>440</sup> Arendt, Hannah, *La condición humana*, traducción Ramón Gil Novales, Paidós, (primera Edición en español), Barcelona, España, 2005, p. 227; *¿Qué es la política?*, op. cit., p. 94.

<sup>441</sup> Tensión inherente a toda forma asociativa. “Si bien, la protección de ciertos derechos humanos se encuentran ya en las primeras organizaciones humanas civilizadas de la Edad Antigua, la conformación como compromiso jurídico de los Estados de respetar derechos humanos en su propio territorio, surge con la constitución de la sociedad internacional onusiana. Lo hace con una visión superlativa, en calidad de presupuesto de la paz y de la seguridad internacionales, pero también evoluciona con visión puesta en el individuo mismo, como bien superior independiente del estatal, como derechos que se derivan de la dignidad inherente de la persona humana”, DRANS DE CLÉMENT, Zlata, “La construcción de valores comunes en materia de protección internacional de derechos humanos”, en *Nos Ad Justitiam Esse Natos. Libro de homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911-2011)*, Volumen II, (José Luis Guzmán, coordinador), Edeval, Valparaíso, Chile, 2011, pp.965- 966. Establecida esta aseercción, la autora dedica su artículo a un argumento bien diverso: la contratación internacional y a la necesidad de homogeneizar reglas en el Mercosur (bloque subregional conformado por tratados suscritos por Argentina, Paraguay y Uruguay).



que la “organización es la madre del dominio de los elegidos sobre los electores, de los mandatarios sobre los mandantes, de los delegados sobre los delegantes”<sup>442</sup>.

### **A) Los poderes del empleador: la resignada aceptación de un “hecho” inherente a toda asociación.**

El poder empresarial se compone de diversos poderes: dirección, disciplinario, vigilancia, control, reglamentación; y, admite distintas conceptualizaciones<sup>443</sup>. A los efectos de lo que aquí se quiere explicar, es suficiente la perspectiva que ve en el poder de dirección el elemento principal y en los restantes sus instrumentos jurídicos de apoyo, de los que obtiene su eficacia. Dicho de otra forma: “a través de estos otros poderes empresariales – nos estamos refiriendo a las facultades de vigilancia y control y al poder disciplinario-, el poder de dirección obtiene lo que no le es atribuido por su condición propia, que es ese ‘plus’ añadido a la intensidad con que la orden se impone y se cumple”<sup>444</sup>.

Esta conexión entre ellos se muestra también en que muchas figuras participan de una y otra categoría: por ejemplo, el *ius variandi*<sup>445</sup>, puede actuar como poder empresarial de

---

<sup>442</sup> En cita a Robert Michels, MÜNCH, Ingo Von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y...*, op. cit, p. 75.

<sup>443</sup> Sobre el punto, abunda en lo relativo al poder disciplinario GIL Y GIL, José Luis, *Autotutela privada y poder...*, op. cit, pp. 33, 34 y 35. Respecto al poder de dirección MONTROYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1965, pp. 9 a 20.

<sup>444</sup> ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Editorial Grapheus, Valladolid, España, 1992, p. 117.

<sup>445</sup> La profesora Román califica como extraordinarias las facultades de *ius variandi*, las de modificación sustancial de las condiciones del contrato vía artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, la denuncia modificativa no son facultades de especificación, radio propio del poder de dirección, sino de variación, y no encuentran su fundamento en el contrato sino en la ley. Dicho carácter extraordinario obliga a que su interpretación sea necesariamente restrictiva y se base en una causa justificada, op. cit., pp. 96 a 109. Un posición distinta tiene TASCÓN LÓPEZ quien considera que sólo es poder dirección al que la ley le exige que motive su uso, *Las obligaciones de hacer y no hacer en el Derecho del Trabajo*, Universidad de León, León, España, 2004, p. 310. Manejar ambas posturas respecto de una misma institución tiene cierta utilidad para ver dónde poner los énfasis. Román lo hace para subrayar la excepcionalidad –o la que debiera ser la excepcionalidad del entendimiento de la figura-; Tascón López, en cambio, con su interpretación exhibe la flexibilidad con que, en concreto, está regulada una figura, pese a ser totalmente excepcional al Derecho de los contratos.

carácter extraordinario<sup>446</sup>, o a modo de sanción; el despido, como una manifestación del poder empresarial en orden a ajustar una plantilla por diversas razones, económicas o profesionales, pero también como manifestación de la potestad disciplinaria. Pero más allá de la facultad en la que venga ubicado o el tipo de despido que sea operado, es “el” poder que da supremacía a la parte empleadora. Así, en el ordenamiento español esto se aprecia en la siguiente constatación: el despido ha sido consagrado “en tres figuras diferenciadas: el despido disciplinario, el objetivo y el colectivo. En todas ellas estamos ante un negocio jurídico extintivo basado en la voluntad unilateral del empresario<sup>447</sup>. Este mecanismo de extinción supone la atribución al empresario de una facultad esencial, que junto con las facultades de organización y dirección de la prestación de trabajo, le colocan en una posición de superioridad jurídica sobre el trabajador; no en vano, la relación laboral es una relación de carácter subordinado”<sup>448</sup>.

El poder dentro de la empresa, en la concepción del profesor Montoya y refrendada en la introducción que a su obra hace el profesor Alonso Olea, no es una creación del Estado, sino que éste “reconoce, ordena y limita un poder preexistente a su normativa, ‘la empresa es un círculo natural de poder’”<sup>449</sup>. En otras palabras: donde hay trabajo hay poder. Obras

---

<sup>446</sup> “No cabe duda de que hacia la consideración amplia del poder de dirección juegan poderosos argumentos. Es desde luego completamente ilógico pensar en un conjunto de compartimentos estancos cuando se juega con las diferentes facultades empresariales e impensable descartar la profunda relación existente entre todas ellas, dirigidas al mismo fin aun por distintos cauces. Así, se podría decir con PESSI que, efectivamente, es posible mantener más diferencias entre poder de dirección, *ius variandi* o el poder disciplinario, pero que habida cuenta de cómo todos ellos modalizan e impregnan el trabajo debido, no puede descartarse la idea de que en conjunto conforman una gran definición de poder directivo”, ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección...*, op. cit., p. 93.

<sup>447</sup> Esta primacía del poder unilateral recuerda a lo que en su hora fuera el poder estatal ejercido respecto de los funcionarios públicos, cuando la prevalencia del interés público se admitía sin excepción respecto de los funcionarios y los eventuales conflictos de interés que ellos pudieran plantear, en la época que este tipo de concepciones justificaban por ejemplo la negación del derecho de huelga en el sector público, todo lo cual forma parte de la historia salvo en Chile. Pero que sí revelan el nivel al que se ha llevado el interés empresarial dentro del sistema de relaciones laborales.

<sup>448</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, España, 2010, p. 17.

<sup>449</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1965, p. XV.

exhaustivas sobre los poderes empresariales<sup>450</sup>, al momento de tener que justificar su existencia tuvieron que reconocer una especie de fracaso ante un hecho irrefutable como es “la necesidad” de que estos poderes existan y, en consecuencia, la prioridad de “la necesidad de limitarlos”. Al punto de decir que la historia del Derecho del Trabajo no es sino la lucha contra la discrecionalidad del poder empresarial<sup>451</sup>. Su centralidad e inevitabilidad de ser visitado y revisado cuando se aborda cualquier argumento laboral, se produce porque es una “institución de encrucijada en la que se cruza y da cita la inmensa mayoría de los *topoi* propios del Derecho del Trabajo”<sup>452</sup>.

Así ocurre, sin duda, con uno de los más relevantes de la disciplina, la subordinación, de la que se ha dicho, presenta igual problema explicativo para el jurista del trabajo: “el problema de cómo configurar jurídicamente un concepto, el de la subordinación, que es en buena parte la consagración jurídica de un poder fáctico, técnico y económico. Es decir, cómo habrá de adaptarse el concepto de subordinación, criterio central para definir el ámbito de la disciplina a las nuevas formas de organización y dirección del trabajo. No se trata tanto de cuestionar la existencia de ese poder empresarial, sino de limitar cuándo el ejercicio de ese poder se realiza sobre la persona e implica la subordinación jurídica del trabajador”<sup>453</sup>.

Al responder a la cuestión de la justificación del poder de dirección, es decir, la razón jurídica para su atribución, el profesor Montoya da una explicación centrada en “la naturaleza” de la relación laboral: “en líneas generales, por tanto, el fundamento del poder de dirección se encuentra en la propia naturaleza de la relación laboral, pudiendo estar reforzado si tal relación laboral, se desenvuelve en el seno de una empresa, en cuanto que la presencia de ésta determina la necesidad de un poder organizador, mucho más complejo que el propio de la simple relación individual de trabajo. Sintetizando las ideas expuestas hasta aquí, puede decirse que existe un triple fundamento del poder de dirección: - la

---

<sup>450</sup> En el caso de la obra del profesor Montoya, se trata de un trabajo escrito cerca de quince años antes del Estatuto de los Trabajadores español de 1980 y de la Constitución política de 1978. Pese a eso, en él se consigna una especie de “intuición” en torno a ellos como forma de limitación del poder empresario. Al definir los “instrumentos de limitación del poder directivo, junto a la categoría profesional; el derecho a la inamovilidad, el derecho a la ocupación efectiva; el interés de la empresa, más otros derechos legales o convencionales del trabajador (como jornadas, descansos), menciona las “Limitaciones impuestas por el derecho a la dignidad personal del trabajador”, precisando que “a todas las limitaciones señaladas ha de añadirse una muy importante – aunque de contorno impreciso- que supone el respeto a la dignidad personal del trabajador. Que las órdenes o instrucciones gravemente vejatorias no obligan al trabajador, y que el empresario realiza un acto de incumplimiento al dictarlas, resulta de la lectura del artículo 75, 6 LCT, en el que establece la obligación patronal de ‘tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana’”. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección...*, op. cit., pp. 232 y 233.

<sup>451</sup> En este sentido, ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y...* op. cit., p. 378, GIL Y GIL, José Luis, *Autotutela privada y...*, op. cit., p. 13.

<sup>452</sup> ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección...* op. cit., p. 9.

<sup>453</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, en la presentación de la obra colectiva *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, (Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, coordinador), Colección Relaciones laborales, La Ley, Madrid, España, 2005, p. 2.

calidad de acreedor del empresario. – la calidad de ‘jefe de empresa’ del empresario. – el interés social.”<sup>454</sup>. Páginas más adelante reitera “[e]n el capítulo anterior se ha dicho, con cierta insistencia, que el fundamento del poder de dirección del empresario se encuentra, si bien no exclusivamente, en la naturaleza de la relación laboral”<sup>455</sup>, concluyendo que, “en definitiva, una relación jurídica tiene por objeto una prestación de actividad, productiva, continuada, personalísima y por cuenta ajena, la necesidad de que el acreedor de tal prestación esgrima una potestad de dirección sobre ella viene a ser un principio de biología jurídica”<sup>456</sup>.

Enfrentada al mismo desafío analítico, pero respecto de la aún más controvertida potestad disciplinaria, la profesora María Fernanda Fernández López expone que “[l]a primera idea que es posible hallar, casi en el prólogo de todos los estudios dedicados a esta institución es la de la necesidad. Existe una generalizada convicción de que el poder disciplinario es una realidad insoslayable, justificada por razones puramente organizativas, técnicas, por así decirlo, y ello explica que y a la vez se manifiesta en que -históricamente se puedan hallar restos de facultades de esta naturaleza en todos los supuestos de trabajo organizado por otro distinto del que trabaja, y en todos los modos de producción existentes. ‘El poder disciplinario aparece a la vez como una institución muy antigua y universal’, con orígenes remotos en campos muy distintos del Derecho”<sup>457</sup>. Ello es así, porque ‘la vida colectiva tiene exigencias poderosas. Ninguna colectividad puede subsistir y alcanzar su fin si no reina en ella el orden y la paz entre los miembros y si éstos actúan a su gusto en lugar de cooperar al bien común’. En toda colectividad se hallan ‘individuos que ejercen autoridad sobre el grupo (...) y que imponen a todos una línea de conducta bajo la amenaza de sanciones, entre las cuales la más radical es la exclusión’<sup>458</sup>. Esta convicción proporciona una base forzosa, que veda negarlo o poner en cuestión aquellos de sus rasgos más típicos, más operativos, tal como se han ido consagrando en la práctica.”<sup>459</sup>.

<sup>454</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección...*, op. cit., p. 27.

<sup>455</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección...*, op. cit., p. 37

<sup>456</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección...*, op. cit., p. 90.

<sup>457</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, España, 1991, p. 21, en cita a Camerlynk, “Le règlement des différends relatifs à l’exercice du pouvoir disciplinaire de l’employeur y compris le renvoi”, en *Cinquième Congrès international du Droit du travail et de la Sécurité Sociale*, Lyon, Francia, 1963, Tomo II, pp. 517 y 518.

<sup>458</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *El poder disciplinario...*, op. cit., p. 21, en cita a Legal-Brèthe De La Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Francia, 1938, p. 2.

<sup>459</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *El poder disciplinario...*, op. cit., p. 21. Pero esta premisa de no cuestionamiento de la titularidad y legitimidad del poder es la que permite claramente distinguir entre una postura reformista, que podrá tener diversas gradualidades, y una revolucionaria, sobre el punto, BAYLOS GRAU, Antonio, “Control obrero, democracia industrial, participación, contenidos posibles”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, pp. 161 y siguientes. Por otro lado, este mismo supuesto de la necesidad, legitimidad o naturalidad del poder, asumido por ejemplo en el Informe Auroux de 1981 (reforma socialista de las relaciones laborales en Francia), que da gran visibilidad al concepto ciudadanía en la empresa, es planteada con cierta sorna por Antoine Jammaud: “En efecto, si bien éste [el Informe] afirma con toda

Ambos autores en su recorrido debieron registrar sendas historias posibles de los orígenes de las relaciones de trabajo, que pertenecen a dos tradiciones diferentes: la romanista de la *locatio conductio operarum* y la del contrato de servicios germánica. El libro referente de esta última postura es “Las raíces del contrato de servicios”, de Otto Von Gierke, publicado en 1914.

---

nitidez la necesidad (?) y legitimidad (?) del poder empresarial (con frecuentes referencias a lo que califica, por eufemismo, como ‘unidad de dirección y responsabilidad’), ha afirmado también con igual claridad que la empresa sigue siendo incuestionablemente un espacio de enfrentamiento, o al menos de confrontación de intereses *igualmente legítimos* pero desprovistos de aquella coincidencia fundamental postulada por las doctrinas participacionistas (con rasgos paternalistas) que dieron origen en Francia a la institución de los delegados de personal e incluso al comité de empresa en su perfil de 1945)”, JEAMMAUD, Antoine, “Los derechos de participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p.182. Sobre cómo a este autor los términos ciudadanía y democracia industrial, prácticamente le parecen un abuso del lenguaje, volveré más adelante.

Pese al descrédito padecido a causa de que sus ideas fueron tomadas por el nazismo<sup>460</sup>, (debido a que Gierke “cree en un espíritu esencial germánico” y su “Utopía comunitaria”), cabe señalar que de la sola lectura del citado libro no surge en ningún momento una comunidad a la que se le impongan fines transpersonales, como ocurrió con el nazismo. No así del conjunto de su obra, ya que se sostiene que el BGB -el Código Civil alemán de 1900 – según la opinión “tradicional y sostenida por RGZ, 49, 155, habría seguido la opinión de Otto V. Gierke (1841-1921), según la cual la asociación tiene competencia autónoma para el establecimiento de derecho y genera relaciones de subordinación respecto de sus miembros, apartándose así de la doctrina pandectista de carácter contractual de las relaciones entre la asociación y de sus miembros (...). De este modo, el BGB habría dejado a un lado la tradición del ALR –el Código prusiano de 1794- según la cual el estado tenía un derecho de vigilancia (*Aufsichtrecht*) sobre las asociaciones, lo que repercutiría en el alcance del control judicial de sus actos. Con independencia de la variedad de opiniones sobre este último punto –en el apartado siguiente veremos hasta un cierto punto su revalorización-, su tesis se considera hoy insostenible, contraria a los principios del Estado social e inconciliable con las garantías de las libertades

---

<sup>460</sup> En el comentario crítico con que se acompaña a la edición de *Las raíces del contrato de servicios*, de 1982, escrita por Germán BARREIRO GONZÁLEZ, se señala “[l]a norma jurídica fundamental inspiradora de los cambios que en el terreno jurídico – laboral introduce el nacionalsocialismo fue la Ley de ordenación del trabajo nacional (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*), de 20 de enero de 1934, mediante la cual las ideas comunitarias alcanzaron su más altas cotas. Paralelamente la noción de comunidad empresarial (*Betriebsgemeinschaft*), puesta de relieve por Gierke, devino, por una parte, en el fundamento de la integración de cada uno en la comunidad, y, por otra, la propia comunidad empresarial se constituyó en miembro de la comunidad nacional. La extensión de la idea comunitaria a la relación de trabajo entre trabajador y empresario llegó a constituir un objetivo jurídico – político. ‘La idea comunitaria se eleva a idea central de la definición de la empresa’. La creación del jefe de empresa (*Beitriebsführer*), la propia empresa concebida y entendida como comunidad supeditada a los idearios políticos del nacionalsocialismo y la expresa regulación del deber de fidelidad adaptado a la nueva situación, que, como indica Bayón Chacón, derivaba en parte de la construcción de Ebel y que usa Herbst para enlazar este deber de fidelidad con el antiguo vínculo señorial, estando así presente en gran medida la línea preconizada por Gierke, constituyen, entre otras, las notas más características de la Ley de 1934, que consecuentemente explica por un lado la prácticamente total desaparición del derecho colectivo del trabajo –lo que produjo, señala Nikish, una pacificación externa de la vida laboral a costa de la pérdida de la libertad y autodeterminación de la clase obrera que, en expresión muy gráfica de éste, se ‘ asemejaba a la tranquilidad de un cementerio’-, y, por otro, un cierto reforzamiento del espíritu germánico en el Derecho individual del trabajo, quedando relegado a un segundo plano el contrato de trabajo, quizá reflejo concreto esto del dato jurídico general de que, como observa Bayón Chacón, el nacionalsocialismo debilita grandemente la conexión del derecho del trabajo con problemas jurídico- privado”, en GIERKE, Otto Von, *Las raíces del contrato de servicios*, traducción Germán Barreiro González, primera edición española, Civitas, Madrid, España, 1982, pp. 110 y 111.

fundamentales de los particulares.”<sup>461</sup>. Lo que no lo priva de ser una obra portadora de un lenguaje bastante realista, si bien consta de términos inaceptables luego de la irrupción de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones de trabajo, como es el de la “fidelidad”<sup>462</sup> que se prometen las partes de la relación laboral. Pese a lo dicho, cabe apuntar que una crítica coetánea ya advertía sobre “el socialismo romántico”, indicando que para éste lo que resulta inaceptable no es la explotación capitalista, sino una nostalgia por una relación feudal-patriarcal<sup>463</sup>. Sin embargo, puede valorarse algún impacto de tales posturas sobre el Código civil alemán de 1896, considerando que “La regulación del BGB es de clara influencia romana y encierra ya, en pleno siglo XX, algún progreso, con respecto a las codificaciones europeas de marca francesa: el artículo 618 del BGB alude al deber del patrono de protección o asistencia al trabajador, lo que denota con claridad la influencia tanto de Gierke como del propio Menger”<sup>464</sup>.

Es que sobre este debate clásico, las contextualizaciones son determinantes. Situada como reacción a las teorías institucionalistas o comunitarias<sup>465</sup>, la doctrina italiana, cuyo principal exponente fue Ludovico Barassi<sup>466</sup>, reivindica como método de trabajo el exegético o sistemático<sup>467</sup>, en respuesta a las que calificaba de tendencias sociológicas, que advertía en su tiempo, a las que les reconocía un discreto mérito en la creación de la “legislación social”. Y con ello comprendía toda su perspectiva sobre el problema entre el Derecho y el trabajo<sup>468</sup>. Más allá del lugar disminuido que le concede a esa legislación

---

<sup>461</sup> MÜNCH, Ingo Von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales ...*, op. cit., p. 117, nota 85.

<sup>462</sup> Para Tarello la “fidelidad” es una ideología propia de las ideologías del “servir”, TARELLO, Giovanni, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Italia, Il Mulino, Bologna, Italia, 1974, p. 477. Aunque su objeto de análisis puntual era la magistratura y su “fidelidad” a la ley, al Derecho, ideología que en los ordenamientos modernos se llamó “principio de legalidad”.

<sup>463</sup> En palabras de Karl Korsch, quien se fundaba en la opinión de Karl Marx vertida en *El Manifiesto comunista*. Ver KORSCH, Karl, *Lucha de clases y Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, España, 1980, pp. 26 y siguientes. Crítica que no coincide con la idea central de Sinzheimer, quien es claro en señalar “el estado medieval sucumbió como resultado del autoritarismo de su especial estructura”, SINZHEIMER, Hugo, “El perfeccionamiento...”, op. cit., p. 60.

<sup>464</sup> ÁLVARES DE LA ROSA, Manuel, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada, España, 2011, p. 85. Anton Menger es autor de otra obra esencial en este debate, escrita en 1898: *El Derecho Civil y los pobres*, publicada por Comares, Granada, España, 1998. La que será referida en el Capítulo V a propósito de polémicas bastante semejantes surgidas a propósito del Derecho Procesal.

<sup>465</sup> ROMÁN DE LA TORRE, Dolores, *Poder de dirección...* op. cit., p. 75.

<sup>466</sup> Esta monumental obra es anterior a la citada de Gierke, ya que data de 1901.

<sup>467</sup> BARASSI, Ludovico, *Il contratto di lavoro*, Società Editrice Libreria, Milán, Italia, 1901, p. VII.

<sup>468</sup> A propósito del título de su libro *El contrato de trabajo*, explica: “casi simultáneamente surge en mi la sospecha que esta denominación no fuese muy precisa, desde el punto de vista de una severa terminología jurídica, precisamente porque sus contornos se difuminan en la nebulosa de la llamada ‘sociología’. Ahora, a una obra en la que se debiese examinar el contrato de trabajo en comparación a las más o menos nebulosas idealidades de la sociología, a un resumen más o menos completo de las críticas acerbas hechas al actual

social, su objetivo era comprobar que el trabajo ha existido siempre desde que el hombre no se bastó a sí mismo para satisfacer sus necesidades; que la llamada ‘cuestión social’ nace en ese momento y que, por tanto, poco era lo que de novedoso aparejaba la Revolución Industrial, salvo “un agravamiento de algunas responsabilidades de los industriales y una mayor intervención del estado en la protección de los obreros”<sup>469</sup>.

Ese recorrido histórico se despliega en conexión a una idea de progreso constante, pues fue “agudizado por las características propias de la civilización humana, en la que las necesidades aumentaron en proporción mucho mayor de lo que crecieran o se perfeccionaran los medios para satisfacerlas”<sup>470</sup>.

Aclarado el modo en que valoraba la realidad de su tiempo, podía explicar el que era el objeto de su planteamiento: afirmar que la raíz es siempre romana, cuyas bases son inamovibles y que sólo mutan en aspectos accesorios. A la pregunta de cuál es la raíz del contrato de trabajo, responde que sólo puede ser el locativo, porque este era el contrato de los hombres libres, tal como se concibe el de trabajo luego de declarada la igualdad entre los hombres por la Revolución francesa: “Y con esto (entendámonos bien) estamos bien ajenos de decir, como hoy es costumbre que cada relación haya roto con el pasado; que la teoría romanista sea hoy más que nunca, en esta parte, nada más que un complejo de nociones para colocarse en la rancia arqueología del derecho, para abandonarse a las curiosas indagaciones del historiador ávido de remover el pasado. No. Y por la razón doble que en materia de obligaciones el derecho romano tiene todavía una importancia de primer orden, y que el hodierno contrato de trabajo, en cuanto es una relación entre el trabajador libre y quien del trabajo extrae provecho, es hoy en su estructura íntima aquello que era ayer, aquello que era hace dos mil años todavía es. Hay una parte inmutable, como luego veremos, en el tratamiento jurídico del contrato de trabajo”<sup>471</sup>.

---

sistema legislativo sobre este argumento, y a un comentario de las reformas propuestas por una parte de la doctrina hodierna, aunque sea un comentario sobre el cual soplara esa simpática modernidad que se suele atribuir a los estudios y a las reformas sociales – me ha faltado el ánimo. Ante todo sobre este tema que es uno de los predilectos, si no es incluso el preferido en la literatura científica de estos últimos veinte años, se han ya versado ríos de tinta. Ciertamente que no negaré que tales beneficios de este incesante trabajo de la crítica, fuese otra cosa en cuanto ha contribuido a poner en claro alguna laguna innegable en la estructura típica del contrato de trabajo, así como se podría reconstruir en el Derecho patrio, y ha dado un cierto impulso a la llamada ‘legislación social’. Pero es necesario andar lento en el aceptar las críticas que se le hacen al sistema legislativo patrio (...). Sólo he buscado clarificar la naturaleza exegética o sistemática, no prevalecientemente crítica o sociológica de este mi tentativo de reconstrucción”, BARASSI, Ludovico, *Il contratto di...*, op. cit., p. VII. Para un estudio sobre la importancia decisiva de la sociología para comprender el Derecho del Trabajo ver SINZHEIMER, Hugo, “La crisis del Derecho del Trabajo”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, (Felipe Vásquez Mateo traductor y director), Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1984, p. 95. Escrito en 1933.

<sup>469</sup> BARASSI, Ludovico, *Il contratto di...*, op. cit., p. 1.

<sup>470</sup> BARASSI, Ludovico, *Il contratto di...*, op. cit., p. 1.

<sup>471</sup> BARASSI, Ludovico, *Il contratto di...*, op. cit., p. 4.



¿Y cuál era la parte moderna?, aquella “contingente, que imprime toda una dirección especial al contrato de trabajo, y que induce a la necesidad para quien emprende este argumento, de mirar el fenómeno del trabajo objetivamente, como es hoy. Hay una parte transeúnte, en este mecanismo delicado que es el connubio del trabajo con el capital: lo difícil está en cogerlo y en el regularlo con aquellas normas que -basadas siempre en tales principios permanentes- impriman, sin embargo, una aptitud, una inflexión moderna que se adapte mejor al aspecto moderno de la relación”<sup>472</sup>.

### **B) La (supuesta) separación radical de la moral y el Derecho, su especial valor para la evolución jurídica en Latinoamérica y el compromiso con una determinada moral vía derechos fundamentales en las Constituciones de posguerra.**

Llevando el modelo teórico al contrato de raíz romana, se lograban dos cosas fundamentales: no mezclar el Derecho con la moral y no someter al individuo a lo social. Tomando como ejemplo la condición del trabajador asalariado y libre respecto de la del trabajador doméstico, este último, si bien sujeto a una relación de fuerza, lo está también, según este autor, a una “de familiaridad de afecto, de tutela provista en sus relaciones con el patrón. Es la parte que escapa al derecho, porque no es más que el florecer de la moral, de las costumbres, de la emotividad, de un complejo de factores que surgieron espontáneamente en defensa del doméstico. Todo ello no se verifica para el obrero si no en grado infinitamente menor. Por eso, salvo pocas excepciones, rige la árida condición creada por el riguroso derecho. Por cierto que yo no pretendo que nuestro futuro legislador vaya a imponer todo el tratamiento que en la práctica se da al doméstico. Es absurdo, como es absurdo que el derecho vaya a cruzar sus propios confines e invadir aquellos de la moral, del sentimiento, de las costumbres. Pero algunos resultados se ofrecen a la atención del legislador: el tratamiento familiar sostenido por la relación de benevolencia debería serle una guía, un índice seguro. Por lo demás, ya hay un precedente en nuestra legislación, y cito por ejemplo las obligaciones impuestas al capitán de la nave mercantil en caso de enfermedad del marinero (art. 537 código de comercio). Pero, repetimos, guardémonos de una imposición legislativa de la caridad, de la benevolencia: sería una máxima socialista que debemos evitar”<sup>473</sup>. Expresiones similares se registran de la historia española al decir “que es la clásica idea de que el Derecho del Trabajo aparecerá como una progresiva limitación de los poderes autoritarios del empresario sobre la relación de trabajo y, consiguientemente sobre el trabajador mismo, parte de esa relación. E igualmente que el sometimiento del trabajador a través del pacto inicial atraerá la aplicación como fuente reguladora del pacto, no sólo la voluntad única del empresario, sino del conjunto de disposiciones estatales aparecidas. Sin embargo, ello no debe llevar a desconocer el carácter tuitivo y paternal de aquellas primeras normas. La protección de los trabajadores no iba tanto en la línea de limitar o prohibir actuaciones del patrono, sino en la línea pietista y filantrópica compadecida de la situación y condiciones de los obreros, y empeñados en la defensa de su ‘salud material y moral’”<sup>474</sup>. Misma línea que sostenía la Iglesia, que no planteaba la respuesta a la cuestión social en términos de “derechos”, ubicando al Estado en una función subsidiaria a la caridad de la Iglesia, la “que nunca podrá ser sustituida por leyes civiles”, como tampoco las conductas morales que cabe

<sup>472</sup> BARASSI, Ludovico, *Il contratto di...*, op. cit., p. 4.

<sup>473</sup> BARASSI, Ludovico, *Il contratto di...*, op. cit., pp. 9 y 10.

<sup>474</sup> ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección...*, op. cit., p. 50.

esperar de los cuerpos intermedios”. A modo de corolario, se consigna el pensamiento de León XIII, en cuanto a que el Estado debía anticiparse con “la autoridad de las leyes e impedir trabajos ‘demasiado largos y gravosos’ y salarios insuficientes”, logrando con ello evitar “que brote ‘el mal de la huelga’”<sup>475</sup>.

¿Por qué? Porque de hacerlo violaríamos “la parte inmanente, propia de la relación locativa; esta es la parte de derecho privado en el sentido más riguroso, concerniente al libre encuentro de dos voluntades: aquí es necesario forzosamente adoptar un complejo de normas que el técnico del derecho hace descender de la naturaleza *voluntaria* de la relación. No suprimamos este elemento volitivo libre: no consideremos en el hombre solamente un átomo, que constituye al agregado social, sino también una unidad pensante y volitiva, poseedora de una individualidad propia y distinta”<sup>476</sup>.

Las largas citas a Barassi son para exponer en sus propios términos a qué se enfrentaba él<sup>477</sup>: a instituciones que en la actualidad se daban, al menos hasta hace poco, por descontadas. Porque, por más sociológico y poco dogmático que pudiera parecer, la afirmación de la voluntad libre es un cuestionamiento inmanente en el seno del Derecho

<sup>475</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *La construcción jurídica...*, op. cit., 25 y 26.

<sup>476</sup> BARASSI, Ludovico, *Il contratto di...*, op. cit., p. 10.

<sup>477</sup> Porque siendo un autor ineludible y columna de una de las posturas, la contractual, en recientes publicaciones es calificado de diversas maneras, pero siempre como una pieza fundacional, y por causa de su tratamiento a la misma figura: la subordinación. Así, Antonio Ojeda escribe que “[e]n palabras de Spagnuolo Vigorita, Barassi produce uno de los más gruesos vicios de partida del Derecho del Trabajo. Y no se trata de ignorancia de la realidad, de la que en su libro se muestra plenamente consciente, tanto de la ‘jurisprudencia’ de los *provibiri* como de la organización sindical, de la que dice que ‘en las manos de los obreros es como un arma peligrosa en manos de un niño’. Todo el enorme esfuerzo de categorización y reducción a esquemas jurídicos viene desperdiciado por su falta de visión de la auténtica trascendencia de la subordinación”, OJEDA AVILÉS, Antonio, “La previsión contractual en las relaciones laborales anteriores al contrato de trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, p. 175. Con mayor benevolencia Manuel Álvarez de la Rosa dice “En el estudio de las *locatio (operis y operarum)* como mecanismo contractual para regular el trabajo, Ludovico Barassi (Milán 1873-1961) merece ocupar un lugar destacado por el contenido y por el carácter pivotante de su obra. Barassi es el último de una evolución en el estudio de la *locatio* y el primero (¿fundador o perturbador?) de un nuevo Derecho del Trabajo. Su obra camina entre la tradición romanista de los Códigos y la realidad necesitada de nuevas estructuras jurídicas (...) es el final de un trayecto que pretende no separar el Derecho del Trabajo (si es que entonces existía) del Derecho Civil; pretende ocultar o al menos enmascarar en el Derecho Romano la existencia de un nuevo contrato que eleva la subordinación a causa y no a mero efecto de la *locatio conductio operarum*. El derecho del empresario a dirigir el trabajo adquiere entonces, como categoría jurídica, firmeza y propia autonomía. Barassi construye, y ese es su mérito, el elemento configurador del contrato de trabajo, la subordinación, al menos en el sentido técnico – funcional o nacida del contrato. Es mérito innegable de Barassi que, un siglo más tarde, no se ponga en duda el fundamento contractual de la constitución de la relación de trabajo asalariado”, *La construcción jurídica...*, op. cit., pp. 88 y 89.

del Trabajo, y su historia demostró tener mucho más que ver con la Revolución Industrial que apenas un encuentro peregrino o accidental con la protección heterónoma. En rigor, y como es sabido, es “ciencia ficción” hablar de Derecho del Trabajo, antes de la abolición del delito de coalición, “producida en muchos lugares a la vez avanzado el siglo XIX (...). Es decir, que la formación histórica de un derecho que es nuevo porque tiende a valorizar la diferencia entre el contrato de trabajo y el de compraventa, se inicia con la afirmación y la extensión de la negociación colectiva”<sup>478</sup>.

Como pasaje siguiente, también es sabido que el efecto de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, nada tendrán que ver con benevolencia o el afecto, tampoco con fidelidad. Y que la separación positivista entre Derecho y moral ha ido reconstruyendo puentes. Con avances y retrocesos dependiendo de las contingencias, actualmente se está lejos de aquél momento en que se creía, y uso la palabra creer porque era un dogma: que el Derecho era neutral a la moral, de la economía o la política. Aunque ese dogma haya sido positivo en la evolución del Derecho, especialmente para América Latina, en que la mezcla de moralidad y Derecho tuvo concreciones históricas constitutivas de “una larga tradición de rechazo al ideal liberal de la neutralidad que significó, casi inexorablemente (y según quedara aquí indicado), la imposición de un proyecto perfeccionista, conservador, autoritario, ultracatólico y negador de las libertades más básicas de las personas”<sup>479</sup>.

Lo que se trata de plantear ahora es la negación del postulado de la “neutralidad moral” del Estado y la Constitución, por parte del liberalismo, en el sentido que éste “no tome partido por ninguna concepción del bien en particular”: “[e]l liberalismo es, orgullosamente (y en esto muchos radicales, aunque no todos, también pueden sentirse partícipes), una doctrina que enfrentó al autoritarismo religioso y dejó en claro que las nuevas naciones debían ser tolerantes en materia de cultos y abrir sus brazos a individuos de todas las creencias religiosas. En este sentido, muy acotado, de la idea de neutralidad moral, el liberalismo ha sido una doctrina indudablemente propulsora de la neutralidad estatal. Sin embargo, si tomamos la idea de neutralidad en un sentido algo más robusto, ya no es posible sostener la misma afirmación. No puede decirse que el liberalismo adopte una postura neutral en materia filosófica o política, dado que se encuentra comprometido con una doctrina ‘densa’ en estas materias. Podría decirse (sin abrir, por ahora, una valoración al respecto) que las Constituciones liberales desalientan, antes que promocionan, la participación política de la ciudadanía (preocupadas como están por los riesgos propios del ‘desbocamiento’ mayoritario). Aparecen claramente comprometidas con el individualismo, en abierto rechazo de todas las expresiones asociadas con valores colectivistas (esto es, la propiedad comunal de las tierras). Muestran un claro sesgo en materia económica, que las vincula con la vieja ideología del *laissez faire* o sus versiones actuales, y donde el Estado es habitualmente visto como enemigo; en última instancia, el liberalismo manifiesta una consistente postura antiestatalista: el Estado es la principal fuente de opresión y, por ello, deben ponérsele trabas, tanto a su actuación vinculada con la esfera privada (esto es, asegurando la libertad religiosa) como a la vinculada con la esfera pública (impidiendo la

---

<sup>478</sup> ROMAGNOLI, Umberto, “El derecho del trabajo ante la crisis”, *Revista de Derecho Social*, N° 58, 2012, p. 15.

<sup>479</sup> GARGARELLA, Roberto, “¿Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina?, en la obra colectiva *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, (César Rodríguez Garavito, coordinador), Siglo XXI editores, Madrid, España, 2011, p. 102. Razón por la cual al liberalismo sí hay que reconocerle una contribución en la superación de aquél estado de cosas.

regulación económica). En definitiva, y a pesar de su –históricamente proclamada– reivindicación de la neutralidad, las Constituciones propiciadas por el liberalismo son, en un sentido importante, Constituciones comprometidas con un modelo moral específico<sup>480</sup>. En suma, y un poco menos lejos de la crítica de la invasión de la sociología en el Derecho, Atienza verifica “la tendencia a ver en la dogmática jurídica más una ‘ciencia’ que trata de construir un sistema, que una técnica encaminada a la resolución de problemas prácticos. Y el resultado ha sido la propensión a incurrir en verdaderas ‘deformaciones ideológicas’, al plantearse –e intentar resolver– problemas que en realidad no lo eran, o que estaban mal enfocados (el mejor ejemplo sigue siendo el de las ‘naturalezas jurídicas’) y a dejar de lado –o, por lo menos, a relegar– otro de gran importancia práctica. Así, los dogmáticos del Derecho penal suelen considerar que la parte ‘noble’, verdaderamente científica de su disciplina lo constituye la teoría del delito (una teoría de gran abstracción y donde el formalismo jurídico llega a su cenit), mientras que la teoría de la pena suele recibir mucha menor atención y el Derecho penitenciario es, simplemente, menospreciado: ¿como si pudiera separarse el estudio del delito, de la pena y de su ejecución! Y, en forma semejante, los procesalistas parecen haber otorgado su favor a la elucidación de ciertas nociones en las que se asienta la ‘ciencia procesalista’ (las de jurisdicción, proceso y acción), en detrimento de la ‘parte orgánica’ del Derecho procesal, bajo la cual, en principio, caería el tema de la selección y formación de los jueces. En ambos casos, pues, los juristas teóricos tienden a desentenderse de aquellas cuestiones cuyo estudio requeriría también de consideraciones sociológicas, éticas y políticas, y las que no parecen considerar como objeto de verdadero interés científico”<sup>481</sup>.

El llamado Derecho Obrero surgirá de la filosofía reformista del siglo XIX, cuya noción cardinal será la armonía y equilibrio social<sup>482</sup>, o, en otros términos, la forma de compatibilizar capital y trabajo, siendo “el Estado quien debía asumir esa misión de ajuste y compensación a través de una legislación protectora del trabajo, para así ‘procurar que la armonía sustituya el antagonismo en las relaciones del capital con el trabajo’. ‘Si quisiéramos dar una fórmula comprensiva de lo que tal ordenación jurídica supone (...) diríamos que se aspira a que mediante ley se procure ante todo colocar en pie de igualdad real a los que contratan: patronos o capitalistas, con medios para vivir o resistir, con independencia económica, y obreros, sin medios de defensa económica’”<sup>483</sup>.

<sup>480</sup> GARGARELLA, Roberto, “Pensando sobre la reforma...”, op. cit., pp. 102 y 103.

<sup>481</sup> ATIENZA, Manuel, “Virtudes judiciales. Sobre la formación y selección de los jueces en el Estado de Derecho”, en la obra colectiva *Jueces y Derecho*, Porrúa, (Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vásquez, coordinadores), México, 2004, pp. 4 y 5.

<sup>482</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, (sexta edición, revisada), Madrid, España, 2002, p. 133. Sobre el punto una buena síntesis plantea Montoya Melgar al responder a la pregunta ¿Por qué existe el Derecho del Trabajo, y qué sistema de valores e intereses pretende realizar? “[e]n este sentido, no es posible desconocer que un factor histórico determinante en la aparición del Derecho del Trabajo fue el movimiento obrero, a cuya acción amenazadora respondió el poder público con medidas de reacción; medidas ‘tuitivas’ unas veces, y represivas otras”, MONTOYA MELGAR, Antonio, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, (décima edición), Madrid, España, 2008, p. 32.

<sup>483</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del trabajo e...*, p. 134, citando a su vez a González Posada, “El contrato de trabajo”, en *Socialismo y reforma social*, de 1904.

Esto cristaliza en una serie de principios que constituyen a la disciplina laboral como tal. “Sin negar una vez más la íntima relación que existe entre tales facultades, al poderse sostener todas en una explicación económico-organizativa, lo cierto es que la depuración del argumento técnico-jurídico obliga por principio a diferenciarlas claramente entre sí, a salvo que se quiera restar importancia al argumento de derecho como tal (...). Tomar como denominador común de estos poderes la amplia libertad organizativa del empresario y hacer de ella el único argumento para un tratamiento unitario de aquéllos estaría suponiendo que la libertad de empresa se entiende como fundamento de las facultades estrictamente laborales, lo que haría perder su propio papel al ordenamiento laboral, el cual, aun tomando contenido en aquella libertad, juega con sus propios principios precisamente por tener que interpretar, al menos teóricamente, un papel reequilibrador de posiciones entre empresario y trabajador”<sup>484</sup>.

El Derecho del Trabajo es inconcebible sin la instauración del principio de igualdad formal: no es compatible en sociedades en que existan esclavos o siervos. El Derecho del Trabajo es el Derecho de protección de personas declaradas iguales en dignidad ante la ley, pero puestas en una situación de sometimiento tolerada por el Derecho, a cuya corrección acude con el principio protector<sup>485</sup>, el que dota de sentido a la disciplina laboral: “[e]l derecho son reglas de aquellas dictadas por las autoridades formales, como la ley o los reglamentos, pero no sólo eso. Al lado o arriba, existen otros tipos de normas cuyo fundamento no es el pedigrí, sino el valor de su contenido: los principios. Estos principios expresan la dimensión valorativa o ideal del derecho”<sup>486</sup>. En la explicación de Alexy un ordenamiento jurídico para ser tal, debe haber incorporado principios, algunos de los cuales pertenecen al ámbito de la moral”<sup>487</sup>. En esto, como el autor señala sigue a Robert Alexy, quien desarrolla en su libro *El concepto y la validez del Derecho*, la conexión, deseable, entre Derecho y moral. “En los nuevos debates acerca del concepto de Derecho se ha difundido la concepción según la cual la expresión ‘derecho’ es tan ambigua y vaga que en la polémica acerca del positivismo jurídico no es posible decidir nada mediante análisis conceptuales. En esta polémica se trataría simplemente de una ‘determinación normativa, de una propuesta definitoria’. Por definición, este tipo de conceptualizaciones puede ser justificado sólo a través de argumentos normativos o de reflexiones de

<sup>484</sup> ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección...*, op. cit., p. 102.

<sup>485</sup> “El Derecho Civil ha surgido en oposición a la sociedad feudal. Su concepto del hombre, que no admite ninguna diferencia entre los hombres, no se acepta en la sociedad feudal, sino que lo que ocurre es precisamente lo contrario. El Derecho del Trabajo surge en oposición a los que el carácter abstracto del Derecho Civil provocó”, SINZHEIMER, Hugo, “El problema del hombre en el Derecho”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, (Felipe Vásquez Mateo traductor y director), Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1984, p. 119. Escrito en 1933.

<sup>486</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, “La rehabilitación de los principios del derecho del Trabajo y el concepto de Derecho”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* N° 1, 2013, p. 29.

<sup>487</sup> Ante la objeción de que el nazismo también tenía una moral, explica que dichos principios no superan las exigencias de una fundamentación racional, y su teoría no apunta al señalamiento de “una moral concreta designada como correcta, pero sí a una conexión necesaria del derecho con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada”, ALEXY, Robert, *El concepto y...*, p. 84.

funcionalidad. Esta tesis presupone la tesis según la cual una conexión entre derecho y moral no es ni conceptualmente imposible ni conceptualmente necesaria. La primera parte de esta tesis, es decir, la aseveración de que no es conceptualmente imposible una conexión entre derecho y moral, es correcta. Hay situaciones en las cuales un enunciado tal como ‘La norma *N* ha sido dictada conforme al ordenamiento y es socialmente eficaz no es derecho alguno porque lesiona principios fundamentales’ no es contradictorio. Pero, tendría que serlo si conceptualmente fuera imposible una conexión entre derecho y moral. Habrá de mostrarse que tal conexión existe. Si ello se logra, entonces es falsa la concepción habitual según la cual en la polémica acerca del concepto de derecho se trata de una decisión de funcionalidad que sólo puede ser justificada con argumentos normativos. Esto no significa que en el análisis del concepto de derecho, las reflexiones normativas no jueguen ningún papel. Habrá de verse que el argumento conceptual tiene, primero, un alcance limitado y, segundo, una fuerza también limitada. Fuera del alcance del argumento conceptual y para reforzarlo, son necesarios argumentos normativos que hablan en favor de una inclusión de elementos morales en el concepto de derecho que, en parte, refuerzan la conexión conceptualmente necesaria y, en parte, van más allá de ella; dicho brevemente: existen conexiones conceptual y normativamente necesarias entre derecho y moral”<sup>488</sup>.

Como bien se ha explicado, “tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, así como también los sistemas jurídicos como un todo, necesariamente formulan una pretensión de corrección”<sup>489</sup>. Y esa pretensión de corrección que se manifiesta en los distintos principios reconocidos en el derecho, “es una pretensión de adecuación a pautas morales, lo que diferencia al derecho de la pura facticidad del poder y lo que le otorga una dimensión ideal”<sup>490</sup>.

En ese sentido, dichos principios son los que permiten expresar el modo en que las distintas comunidades jurídicas han concebido el “deber ser” de esta disciplina, lo que se manifiesta en que “el de protección es el principio básico o central del Derecho del trabajo. El Derecho laboral es protector o carece de razón de ser. Tanto que es posible sostener que los demás principios del Derecho laboral (como los de primacía de la realidad, irrenunciabilidad y continuidad) pueden reconducirse al principio de protección, deducirse de él”<sup>491</sup>.

Puestas así las cosas, los principios del Derecho del Trabajo son el nexo que une conceptualmente las reglas jurídicas laborales con la moral ideal que constituye la pretensión de corrección de ese derecho: la protección del trabajador. Así, por lo demás, lo han entendido –con sus propias palabras– los laboristas que han señalado que “se advierte que la fundamentación del principio de protección se confunde con la de la propia razón de ser del Derecho del Trabajo, y esto explica, una vez más, la inescindible relación entre la

<sup>488</sup> ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, España, 2008, pp. 29 y siguientes.

<sup>489</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada, España, 2011, p. 29, en cita a Robert Alexy en *El concepto y la validez del derecho*.

<sup>490</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, “La rehabilitación de los principios...”, op. cit., p. 29, en cita a Gaido, Paula. “Introducción” en la obra colectiva *La pretensión de corrección del Derecho*.

<sup>491</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, “La rehabilitación de los principios...”, op. cit., p. 29, en cita a Oscar Ermida, *Meditaciones sobre el Derecho del Trabajo*.

aceptación de la existencia de la disciplina y la función primaria de tal principio”<sup>492</sup>. A diferencia de otras disciplinas que admiten diversas adjetivaciones, piénsese en el Derecho Penal, que involucra un principio protector de un débil como consustancial a ella, el *pro reo*, éste admite los más diversos adjetivos “garantista”<sup>493</sup>, “del enemigo”, “de autor”, etc. Puede ser porque la laboral es una disciplina que todavía ronda los cien años, pero otra posibilidad es que protección del trabajador y redistribución del poder como “piezas del modelo para armar” sean esas y sólo esas, y que ensambladas formen, para quien se dedica a ella, “el tipo de regulación del trabajo productivo que ha escogido construir y defender intelectualmente”<sup>494</sup>. Normas que no tengan un mínimo contenido de protección o no involucren una forma de limitar el poder del empleador no pueden considerarse pertenecientes al Derecho del Trabajo.

La reparación no monetaria, no puede ser entendida si no es admitida la conexión entre el Derecho y la promoción de un conjunto de valores, que son el decantado ético a partir del surgimiento de los derechos fundamentales, especialmente desde la segunda post guerra mundial.

De la antigua pugna entre tesis contractualistas e institucionalistas o comunitarias, aún hoy se pueden extraer elementos reveladores y vigentes. En primer lugar, que en la lucha por limitar el poder privado, el contrato como fundamento del poder de dirección parecía mucho más adecuado para lograrlo y, a partir de la exaltación de la voluntad libre de una persona igual ante la ley, incorporaba ideas que permitían anteponer lo colectivo sobre lo individual. Además, la premisa de los contratantes es la existencia de intereses contrapuestos, lo cual, vista la historia, tiene un mérito indiscutible. Pero, en segundo lugar, a su vez, la tesis contractualista no cumplía con explicar del todo esa inserción efectiva del individuo en una estructura mayor no definida por él, y terminaba diciendo con mejores palabras lo que pretendía evitar: “no es fidelidad feudal, sino buena fe contractual”.

Las virtudes del contrato se concentran en la siguiente idea: la corrección a partir de la utilización de su marco conceptual, “que resultaba ficticia y funcional para ocultar las diferencias de poder entre las partes”<sup>495</sup>, se produce en virtud del concepto de

---

<sup>492</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, “*La rehabilitación*, op. cit., p. 30, en cita a Ackerman, “El principio protectorio o de protección”, en la obra colectiva *En torno a los principios del Derecho del Trabajo*.

<sup>493</sup> Aunque ese problema de nombres ya existe en el Derecho del Trabajo, por ejemplo, José Luis MONEREO PÉREZ, se refiere a un Derecho laboral garantista o clásico. Cfr. “El trabajo precario”, en la obra colectiva *El Trabajo*, (Luis Enrique De La Villa, coordinador), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2011, p. 392.

<sup>494</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, España, Trotta, 1991, p. 148. Sin embargo, precisamente por la mayor exigencia en el ámbito de la discusión sobre principios, los ejemplos penales que da Alexy, en que se pretende derrotar el principio de la irretroactividad de la ley penal, resultan los más débiles, pues la elección por la no sanción por medio de una ley retroactiva está amparada en un pilar de dicha disciplina que no sólo tiene que ver con ser derecho positivo, sino por un debate moral que lo instituyó en una garantía imprescindible, ALEXY, Robert, *El concepto...*, op. cit., pp. 66 y siguientes.

<sup>495</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Futuros posibles. El derecho laboral en la encrucijada”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, N°s 1-2, 1997, p. 151.

subordinación. Así, se dice que “[l]a superioridad del contrato individual como fundamento de la subordinación radica en que, al mismo tiempo, fija los límites de la misma, según los principios relativos al objeto del contrato, de acuerdo con los cuales la subordinación es un modo de ser de la prestación de trabajo, y no un *status* personal del trabajador. La racionalidad del derecho civil, expresada en las estructuras dogmáticas del contrato, configura la subordinación con un elemento calculable: lo que, observa Franz Neumann, constituye un principio extraordinariamente progresista’. Sí, para usar una conocida fórmula de la exposición de motivos del proyecto de ley sobre el Estatuto de los Trabajadores, el poder directivo ha desbordado su ‘justo cauce’; ello no es imputable a la lógica del contrato, sino, más bien, a la lógica de la organización en la cual la relación contractual se halla destinada a desarrollarse”, concluyendo que “se descubre así que, mientras bajo el perfil de la relación de trabajo como relación de cambio la vocación originaria del derecho del trabajo se orienta en sentido contrario al contrato, bajo el perfil de la relación de trabajo como relación de organización es necesario, por el contrario, afianzar la lógica del contrato, conteniendo las filtraciones de la lógica antitética de la organización”<sup>496</sup>. Porque, en definitiva, limitar al contrato es circunscribir la prestación obligada en los términos establecidos. No obstante, principios civiles como la buena fe continúan implicando nuevas formas de expandir la posición pasiva del trabajador<sup>497</sup>, lo que a su vez desalienta el ejercicio de derechos fundamentales<sup>498</sup>.

Una lectura superadora de ello es la propuesta por la profesora Román, en orden a que la buena fe sería bilateral, es decir, operaría también como límite al poder de dirección, y que

---

[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica08.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica08.pdf)

[fecha de la visita 21 de abril de 2012].

<sup>496</sup> GIL Y GIL, José Luis, op. cit., en cita a Mengoni “L’influenza del diritto del lavoro sul diritto civile”. En el mismo sentido, para el profesor Manuel Alarcón, la idea de la organización no es más que un puente a las ideas comunitarias “la cuestión no se resuelve tampoco considerando la dependencia ‘inserción en el círculo rector, organicista (y disciplinario, se añade a veces) del empresario’. Porque lo primero que hay que decir es que dicha fórmula, que la Jurisprudencia emplea como indicadora de la ‘flexibilización’ por ella operada del criterio de la dependencia, puede ser entendida, en un sentido opuesto, esto es, como reforzamiento de la dependencia en cuanto concepto que implicaría, como opinaba De La Villa, la ‘incorporación a la empresa en el sentido ‘comunitario’ y del surgimiento de ‘deberes de colaboración’ a que el autor aludía”, en cita a “La ajeneidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, R.E.D.T., 1986, N° 28, p. 495.

<sup>497</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, en el prólogo a *Poder de dirección y contrato de trabajo*, de María Dolores Román, op. cit., p. 17.

<sup>498</sup> Para Valdés Dal-Ré la buena fe contractual leída en clave comunitaria, es decir, de “fidelidad”, es una de las causas de la ineffectividad de los derechos fundamentales, ya que carga de tal manera la posición del trabajador que simplemente no ejercerá derechos, desaliento que se verá potenciado por la falta de organizaciones sindicales y la lentitud de la resolución de conflictos laborales por los tribunales, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p. 28.



sólo se manifiesta en los casos en que, por ley, pueden pedirse prestaciones extraordinarias y en que la misma ley regula la contraprestación respectiva<sup>499</sup>. Es decir, una latitud mínima y delimitada de la norma del artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, para su oración “[e]n cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”.

Pero tratándose de derechos fundamentales, el problema parece resolverse mejor y definitivamente, por medio de un ajuste en base a la teoría de las normas y una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad. Esa aptitud de acrecentar la posición pasiva del trabajador se perdería, dado que una norma legal simplemente no podría ser utilizada en la ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad, como técnica de resolución de conflictos, ya que el balance exige la concurrencia de posiciones de igual

---

<sup>499</sup> En esta construcción expresiones de la buena fe serían las manifestaciones del *ius variandi* del artículo 23.4, realización de funciones de categoría inferior y el artículo 35.3, horas extraordinarias para prevenir o reparar siniestros u otros daños urgentes, del Estatuto de los Trabajadores español, y por tanto, su fuente es la ley y su interpretación atendida su excepcionalidad, es restrictiva. Sin embargo, cabe anotar que la realización de funciones de categoría inferior antes exigían la presencia de causa “necesidades perentorias e imprevisibles” y, actualmente, “técnicas u organizativas”, luego de la reforma del Real Decreto Ley 3/2012.

jerarquía<sup>500</sup>. Pues, por muy principio general del Derecho que sea<sup>501</sup>, su función sólo se producirá de forma indirecta, al sostenerse que ella es un modo o vehículo de expresión de otros principios y bienes de rango constitucional<sup>502</sup>. Es decir, de derechos fundamentales,

<sup>500</sup> Este aparato teórico pertenece a José Luis UGARTE CATALDO, para cuya profundización se recomienda ver *El principio de proporcionalidad en el contrato de trabajo*, Legalpublishing, Santiago, Chile, 2013, pp. 39, 40 y 234; o en *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad*, Tesis para optar al grado de doctor por la Universidad de Salamanca, 2012, pp. 49, 50 y, en relación específica al deber de buena fe, pp. 144 y siguientes.

Disponibile en:

<http://www.tesisenred.net/handle/10803/649/browse?value=Ugarte+Cataldo%2C+Jos%C3%A9+L.&type=author>

[Fecha de la visita 5 de julio de 2012]

El autor distingue entre “capacidad conformadora” y “modulización” de los derechos fundamentales en la relación laboral: aquélla corresponde a la limitación a los poderes empresariales, (que son proyecciones de sus derechos fundamentales como la propiedad o la libertad de empresa), cuando tensionan con los derechos fundamentales del trabajador, caso en el cual nos encontramos con posiciones de igual relevancia jurídico formal o jerarquía; mientras que la “modulización” alude a la posibilidad que otro tipo de deberes, como la buena fe o cláusulas contractuales, agreguen restricciones a los derechos fundamentales del trabajador, supuesto en el que no se enfrentan posiciones de igual jerarquía normativa.

En seguida, resolver el problema de la “capacidad conformadora” exigirá alguna técnica de solución de conflictos normativos, como la ponderación y el principio de proporcionalidad, en la que, como dijéramos, no pueden sino balancearse derechos de igual jerarquía normativa, es decir, cobertura constitucional.

<sup>501</sup> Esta es la postura del profesor Montoya Melgar, por ejemplo, quien estima ante los dúos derecho común/derecho especial, especialmente aplicado a las relaciones Derecho civil/Derecho laboral, la explicación estaría en la errada fuente normativa que contiene esas normas de Derecho común: “cuando se defiende el carácter común del Derecho civil se invoca como argumento básico el contenido de su Título Preliminar, común a todo el Ordenamiento; pero es bien sabido que no todas las normas contenidas en el Código Civil son Derecho civil, ‘siendo así que contiene muchos principios de teoría general’, que probablemente encontrarían mejor acomodo en el texto de la Constitución”, MONTOYA MELGAR, Antonio, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p 43.

<sup>502</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, *Derechos fundamentales*, op. cit., p. 251, o en *La colisión....*, op. cit., p. 161. Este argumento: la imposibilidad de aplicar una figura infraconstitucional como límite a un derecho fundamental, específicamente el abuso del derecho a la huelga, se encuentra, junto a otros interesantes argumentos en MATÍA PRIM, Javier, *El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el Ordenamiento español*, Consejo Económico Social, Madrid, España, 1996, p. 159 y siguientes. En igual línea, para Gema Fabregat, éste es uno de los avances más relevantes en materia de interpretación de derechos fundamentales –junto con las categorías de acoso directo y acoso indirecto-, al abandonar su limitación “por exigencias derivadas del contrato de trabajo, esto es, por cláusulas generales y deberes contractuales como la buena fe y similares” para, con el transcurso de los años, evolucionar “hacia

que del lado del empleador para algunos podrá ser la propiedad, y, particularmente, la libertad de empresa<sup>503</sup>.

Y lo anterior refleja cómo los derechos fundamentales constituyen, incluso a causa de su técnica de resolución de conflictos, una elaboración especialmente refractaria a incrementos de la situación de subordinación del trabajador sino de reconocimiento creciente de ejercicio de derechos, cuya aplicación se encomienda al juez.

Una manifestación reciente de la circularidad de estos argumentos laborales, la podemos observar en que, dentro del ejercicio de los derechos de conciliación, se sostiene que estarían precedidos por el principio de la buena fe, en un sentido bilateral. Por el lado del trabajador, esa exigencia de buena fe fundamenta el deber de preaviso “razonable” y de acreditación, de haber sido solicitada por el empleador, de la concurrencia de la situación fáctica que justifica el derecho<sup>504</sup>. Por lo que se refiere al empleador, impone a este que la respuesta a la propuesta conciliatoria sea pronta, clara, concluyente y expresa<sup>505</sup>. Es decir, de una potencial autotutela, a través de la buena fe contractual se reubican como “intereses legítimos”.

Se postula que el juez deberá “ponderar” los intereses en juego. Ese juicio de ponderación, no queda bien claro si se usa en el sentido y en la forma que lo configurara Alexy, como aplicación del principio de proporcionalidad, o es un uso distinto, sobre todo considerando que desde algunas posiciones teóricas<sup>506</sup>, más que derechos son “intereses” que entran en conflicto.

---

otra teoría, la del triple juicio de proporcionalidad”, FABREGAT MONFORT, Gemma, “Habilidades y competencias en materia de negociación colectiva con incidencia en el ámbito de la igualdad, según la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en la obra colectiva *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, op. cit., pp. 171- 172-174.

<sup>503</sup> Lo que implica directamente reconocerles igual jerarquía normativa, cuestión a la que alguna doctrina se opone por razones de ubicación dentro del texto constitucional español, por ejemplo, AGUADO, Ángel Martín, “Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador: límites constitucionales al poder de dirección empresarial”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa* (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p. 54; APARICIO TOVAR, Joaquín, “Empresas ideológicas y derechos fundamentales”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p. 78. En contra, prescindiendo del acceso al amparo judicial como elemento para calificar la jerarquía del derecho como fundamental -que en el caso de la propiedad y las libertades económicas, no lo tienen-, PAZ-ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA.REAL, Jesús, “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en la obra colectiva *Estudios jurídicos en homenaje a Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Thompson Civitas, Madrid, España, 2003, pp. 4-5, nota 7.

<sup>504</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, Aranzadi, Madrid, España, 2012, pp. 47 y 50, nota 79.

<sup>505</sup> De la que deriva una consecuencia jurídica relevante: desde cuándo se computa el plazo de caducidad de la acción, entendiéndose el silencio como aceptación de la propuesta, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La modalidad procesal especial...*, op. cit., pp. 47, 95 y 96.

<sup>506</sup> TASCÓN LÓPEZ, *La modalidad procesal...*, op. cit., pp.132 y siguientes.

Se plantea la duda respecto de estos derechos subjetivos (con la particularidad de estar condicionados a la aceptación por parte del empleador para su ejercicio), en cuanto a qué podría alegar éste, en los casos que la discusión no verse sobre la concurrencia de las condiciones de aplicación, es decir, que se tenga el derecho o de que se esté ejerciendo conforme a la ley. Y ello teniendo en cuenta que en cualquier caso resultaría “inoperante la alegación por parte del empresario de perjuicios en el desarrollo de la actividad empresarial, ni siquiera perjuicios graves. Debe partirse de que el ejercicio de estos derechos comportan un trastorno para la actividad empresarial y genera unas cargas, no tanto en el ámbito económico, como en la gestión o administración del personal”<sup>507</sup>.

Así las cosas, se sostiene que, llegado el caso, el juez deberá resolver este conflicto decidiendo en equidad la postura “más razonable”, pues el conflicto, que “no es tanto jurídico, sino de intereses, teniendo en cuenta que la valoración de dichos intereses en presencia habrá de escorarse, claro está, a favor del interés prevalente del trabajador”<sup>508</sup>. Y con la balanza de cierta forma inclinada a su favor, si se sigue la línea interpretativa de la STC 26/2011 de 14 de marzo, en que “el Tribunal Constitucional recordó que la naturaleza de derecho fundamental debía tenerse en cuenta cuando se analizara en sede jurisdiccional la procedencia de las medidas de conciliación solicitadas por los trabajadores/as”<sup>509</sup>. Pero aquí por admitir que se trata de ponderar posiciones de relevancia iusfundamental, aunque sea con el plus de la “prevalencia” de la conciliación -aclarado que es en un sentido de “relevancia” y no de superioridad jerárquica, que pugnaría con la técnica de la ponderación- puede que implique abrir en exceso a las posibilidades valorativas del juez<sup>510</sup>. Esa “relevancia” que implica una “prevalencia” pero que no determina una “superioridad jerárquica”, puede ser mejor comprendida al insertarla dentro de lo que es su contexto: una política legislativa orientada a dar un mayor ámbito de autonomía y poder a los trabajadores. Autonomía porque se legislan derechos a su favor que les permiten tomar decisiones respecto a cómo organizar su vida de trabajo y su vida personal. El argumento no pasa por una mayor jerarquía o ventaja *a priori* de un derecho respecto de otro, como podría ser la propiedad o la libertad de empresa, sino en que estos últimos derechos han evolucionado también, cuestionándose su existencia como “paradigma” de derechos

<sup>507</sup> Pérez Beneyto, citado por TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La modalidad procesal especial de tutela...*, op. cit., p. 132.

<sup>508</sup> Albiol Montesinos citado por TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La modalidad procesal especial de tutela...*, op. cit., p. 132.

<sup>509</sup> BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades de la Ley 3/2012”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma 2012*, (Antonio Baylos, coordinador), Editorial Bomarzo, Albacete, España, 2012, p. 179.

<sup>510</sup> “Esta calificación como derecho fundamental realizada por el Tribunal Constitucional no implica que el derecho a la conciliación de responsabilidades sea un derecho prevalente frente a otros derechos constitucionales en general, y frente al derecho a la libertad de empresa en particular pero significa, sin duda, que el derecho a la conciliación se sitúa, al menos, al mismo nivel que estos derechos”, lo que hace concluir a la autora que “obliga a que su aplicación se realice mediante la técnica del respeto al contenido esencial de todos los derechos constitucionales en eventual conflicto”, Ballester Pastor, María Amparo, “El irreconocible...”, op. cit., p. 180.

ejercidos sin trabas y como una “carta de triunfo de uno contra todos”. Siguen siendo derechos constitucionales, pero no ya como los concibió el ordenamiento jurídico decimonónico. Es más, dicha estructura amerita su propia discusión, ya que como se ha señalado, terminó por constituir una ideología según la cual una organización jurídica es tal, en la medida que coincida con la organización jurídica estatal del siglo XIX europeo; y, cuya consecuencia más perniciosa -promovida por la construcción de conceptos, pretendidamente universales al modo de la Teoría General del Derecho-, es el tratamiento de instituciones histórico-jurídicas como entidades naturales, lo que sucedió paradigmáticamente con la propiedad del Código Napoleónico<sup>511</sup>.

Así las cosas, decir que lo que tiene un trabajador como derecho de conciliación es un “interés”, es en exceso una devaluación que puede deberse a lo disruptivo que resultaba dentro de una cultura jurídica cuestionar el poder de dirección del empleador oponiéndole en este tema, un derecho autoejecutable.

### **C) Pesos específicos variables según coyunturas históricas de la tutela de los derechos fundamentales. Un ejemplo español.**

Con todo lo dicho, es sostenible que la existencia de organizaciones colectivas con poder, contribuyen de por sí a lo que Valdés Dal-Ré identifica como “el clima” de mayor o menor

---

<sup>511</sup> TARELLO, Giovanni, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Italia, Il Mulino, Bologna, Italia, 1974, pp. 15 y 16. Por algo recibía la mayor tutela brindada por el ordenamiento jurídico italiano. “Hay que destacar que los artt. 949 y 1079 asignan a la tutela de condena una función tutelar preventiva (además de represiva) con referencia a derechos -tales como la propiedad y la servidumbre- de contenido y funciones típicamente patrimoniales, es decir, derechos respecto de los cuales la tutela por equivalente monetario no puede ser por definición considerada *a priori* inadecuada”, PROTO PISANI, Andrea, “Appunti sulla tutela di condanna”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año XXXII, N°3, Giuffrè, Milán, Italia, 1978, p. 1148. En el capítulo I se comentó el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, de 31 de agosto de 2001, que es la pieza fundacional de la construcción con que la Corte Interamericana de Derechos Humanos empieza a responder al problema del despojo y de re-titulación de la tierra indígena. Este es el proceso del que emana el llamado “racismo epistémico”, entendido como la negación de otros sistemas de vida y de otras epistemologías de relacionamiento con la tierra y la naturaleza. La denuncia de esta lógica fundamenta el desarrollo de derechos como la consulta y el consentimiento y ha sido central en los debates de los mecanismos internacionales de derechos de los pueblos indígenas. La Corte Interamericana en esta sentencia reinterpreta el derecho de propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su formulación individualista, poniéndolo en relación al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que recoge el carácter colectivo del derecho a la cultura, articulando una noción de propiedad situada en el ámbito comunitario. Sobre este tema agradezco las ideas compartidas por Mónica Mazariegos.

Sentencia de la Corte Interamericana disponible en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf)

respeto<sup>512</sup>, porque constituye una eventual instancia de defensa ante el ejercicio arbitrario del poder, junto con la tutela judicial efectiva. Asimismo, es un elemento para la conformación de ese clima, la tendencial respuesta de los Tribunales ante los conflictos jurídicos, pues tales lineamientos van decantando “culturas jurídicas”, como refería el mismo Valdés Dal-Ré en 1992, “[p]ertenece al mérito del TC, por lo pronto, el haber llevado la iniciativa en la protección de los derechos fundamentales del trabajador, elaborando construcciones de signo abiertamente garantistas y que han tenido un claro efecto de irradiación en la jurisprudencia ordinaria y, probablemente y por encima de ello, una labor de *pedagogía social*, derivada de su indiscutible *auctoritas*, sobre el funcionamiento del propio sistema de relaciones laborales. Quiero decir con ello que, más allá de la resolución del caso concreto, la jurisprudencia dictada por el TC ha contribuido a crear un clima más propicio al respeto de los derechos fundamentales al interior de las empresas”<sup>513</sup>.

Esperando que no sea síntoma de un cambio de “clima”, sí podría intentarse por esa vía una posible explicación para una sentencia como la STC 241/2012 de 17 de diciembre, en la que el Tribunal Constitucional considera que la compañía no vulneró el secreto de las comunicaciones al acceder a comunicaciones entre dos de sus trabajadoras, que se comunicaban mediante un ordenador de su propiedad, de uso compartido y a través de un programa de mensajería que habían instalado en el mismo contra la prohibición de la empresa. Haciendo primar el derecho de la empresa a controlar a sus trabajadores, por sobre el derecho de éstos al secreto de sus comunicaciones e intimidad.

El fundamento –que no se construye por medio de un juicio de ponderación entre la libertad de empresa y el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones y privacidad – se extrae a partir de la afirmación de que no hubo ilegitimidad del acceso a dichas comunicaciones (ya que los registros estaban en un archivo de uso común sin clave); y, de que la empresa había expresamente prohibido instalar en los ordenadores el programa que las denunciantes usaron para comunicarse, por lo que “no existiendo una situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial.”<sup>514</sup>.

El mismo Valdés Dal-Ré, en un muy cuidado voto de minoría, el cual justifica precisamente en que su “discrepancia alcanza a los diferentes elementos que integran la *ratio decidendi* de la Sentencia: ni comparto la interpretación que se efectúa de los hechos probados, ni la doctrina que sienta sobre el derecho fundamental concernido, ni, en fin, la idea que en ella aflora sobre el modelo constitucional de relaciones laborales, aspecto que

---

<sup>512</sup> “Por razones fáciles de comprender, la violación de derechos fundamentales, cuando se produce, tiene como sujeto activo al empresario. Y bien que en términos de gestión de recursos humanos –no de modelos jurídicos– puede hablarse de un clima favorable o desfavorable al respeto de los derechos de la persona del trabajador, la vulneración de éstos procederá siempre de conductas singularizadas, cuya frecuencia e intensidad lesiva permite, precisamente, deducir ese clima”, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Poderes del empresario...”, op. cit., p. 34.

<sup>513</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Poderes del empresario...”, op. cit., p. 46.

<sup>514</sup> Punto resolutivo N° 6. Cabe advertir que tangencialmente, en los razonamientos se alude varias veces a la propiedad de la empresa sobre los medios informáticos.

es el que más preocupación me causa. Y en razón de ello y, en consecuencia, mi disenso también afecta al sentido del fallo. A pesar del máximo respeto que merece la decisión mayoritaria, que se erige desde este momento, como dispone el art. 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, en fuente de la interpretación y aplicación de las normas que gobiernan esta tipología de casos, quiero enunciar mi oposición con tanta firmeza como nitidez, pues es esta una Sentencia que, en mi opinión, representa un paso atrás en la muy acreditada jurisprudencia constitucional dictada en tres décadas por el Tribunal en materias laborales”. De este modo, se aparta del voto de mayoría señalando “[e]n definitiva y en atención al carácter formal del derecho y a sus contenidos, la protección que ofrece el art. 18.3 CE ha de incluir los supuestos en los que exista, como en el del presente amparo, la trasgresión de una orden empresarial de prohibición de instalación de sistemas de mensajería electrónica o de empleo de los existentes para un fin ajeno a la actividad laboral, pues el incumplimiento de lo ordenado no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación, sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción. En otros términos, la infracción de las órdenes empresariales tolera la imposición de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, pero ni consiente la vulneración directa de derechos fundamentales al amparo del incumplimiento de la orden empresarial, ni tampoco las intromisiones empresariales enderezadas a verificar o comprobar la existencia de las comunicaciones, incluso cuando ex post, cometida la vulneración y gracias a esa ilegítima práctica, quede acreditado que aquellas sanciones eran ajustadas a Derecho. La Sentencia confunde gravemente ese doble plano; soslaya que la desatención de las órdenes empresariales, incluso la que tenga naturaleza disciplinaria, no puede justificar lesiones de derechos fundamentales (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 5), y que ese criterio no varía en los terrenos del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, debiendo existir una desconexión patente entre la sanción y el factor constitucionalmente protegido; en el caso a examen, el secreto del proceso comunicativo y de los contenidos de la comunicación. Para superar esos límites, cualquier intervención empresarial debe producirse con las prevenciones y cánones de la autorización judicial que cita el art. 18.3 CE, en cuya definición nuestra jurisprudencia incorpora la exigencia de una norma legal que habilite la injerencia —«una ley de singular precisión» (STC 49/1999, FJ 4 ) — y dispone que los Jueces y Tribunales podrán adoptar la medida sólo cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes (ibídem)”.

Sostiene además que estas consideraciones no pierden “un ápice de su vigencia y valor en razón de la posibilidad de acceso común al ordenador o de la falta de protección mediante claves en los archivos de sus usuarios. En efecto, del mismo modo que el proceso de reparto a domicilio de la correspondencia postal o su entrega mediante un sistema de casilleros abiertos —tan usual en ciertos ámbitos— no autoriza a nadie a abrir y leer las cartas que reparte o que encuentra depositadas en el casillero de otra persona, aunque sea perfectamente factible, nadie está tampoco autorizado a abrir los archivos de correo electrónico o de mensajería de otro, siempre que puedan ser identificados como tales, como era el caso, por más que el acceso sea posible al encontrarse los archivos desprotegidos y en un ordenador de uso común. Más allá de las precauciones que cada usuario pueda adoptar, debe afirmarse que quien abre un enlace o un archivo informático teniendo constancia de que contiene datos de las comunicaciones ajenas no hace nada diferente de quien abre una carta dirigida a otra persona”.

De que este sea el principal argumento de la sentencia surge la mayor preocupación de Valdés Dal-Ré, ya que ese es el soporte de la primacía de los poderes de

“autoorganización, dirección y control”<sup>515</sup> que habilitaría al empleador a fijar libre y unilateralmente las condiciones de ejercicio del derecho fundamental, lo que le permite concluir que “[l]a Sentencia de la que me distancio responde a un concepto de las relaciones laborales que, con todo el respeto que me merece la decisión de la Sala, no se corresponde con el modelo que impone la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) que las informa; atribuye al empresario facultades de las que carece; soslaya los condicionantes que en un juicio como el actual imponen la libertad de las comunicaciones y el derecho al secreto de las mismas, con su carácter formal y que, en fin y en el contexto moderno de las innovaciones tecnológicas, brinda indudables ventajas para los procesos productivos y para el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, y, en última instancia, opta por avalar los instrumentos de fiscalización incluso cuando, como en este caso, se actualizan en términos abiertamente invasivos, lo que, al margen de acentuar la dependencia jurídica y la presión psicológica a los trabajadores, repercute negativamente en la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos a los trabajadores”<sup>516</sup>.

Cabe consignar que en esta sentencia y veinte años después, el profesor Valdés Dal-Ré se manifiesta crítico de los que en su citado texto “Poderes empresariales y derechos de la persona del trabajador”, acusaba como deficiencia del excesivo reglamentarismo del legislador en materia de datos personales, ya que critica justamente la persistente omisión del legislador de normar el uso de las nuevas tecnologías, a partir de lo cual es dable sostener –lo que en su momento describió Tarello<sup>517</sup>– que las preferencias y pesos específicos de los diferentes tipos de tutela son funcionales a los contextos históricos concretos<sup>518</sup>.

---

<sup>515</sup> Voto de minoría, punto resolutivo N°3.

<sup>516</sup> Voto de minoría, punto resolutivo N°4.

<sup>517</sup> Al desarrollar su elaborada crítica a la doctrina que contribuía preponderantemente a la formación del llamado “ordenamiento intersindical italiano”, que tuvo un exagerado entusiasmo sobre la construcción que estaba haciendo, perdiendo de vista el valor y la función de la tutela heterónoma, y su relevancia ante cambios en las circunstancias históricas, TARELLO, Giovanni, *Teoria e ideologie...*, op. cit., pp. 167 y 168.

<sup>518</sup> Expresamente señala VALDÉS DAL-RÉ en el punto N°3 de su voto de minoría: “[e]l derecho que sobre ellos exista, se dice en el mismo fundamento jurídico, dependerá de las condiciones de puesta a disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin. Este tipo de declaraciones, formuladas sin matización ni reserva alguna, no terminan de corresponderse con el contenido esencial de los derechos fundamentales en presencia. En efecto, los nuevos derechos vinculados al desarrollo de las tecnologías, cuyo tratamiento ha omitido de una manera sistemática y hasta la fecha el legislador, plasmados en variadas denominaciones, tales como derechos *on line*, informáticos, ciberderechos o derechos de las tecnologías de la infocomunicación, recibieron una primera respuesta constitucional en la STC 281/2005, de 7 de noviembre, relativa al uso sindical del correo electrónico de propiedad empresarial. Un precedente de referencia, sobre el que la actual resolución prefiere tender un velo, limitándose a una cita residual, sin contemplar su eventual proyección al caso. Las diferencias fácticas y el protagonismo diferenciador del factor sindical en aquella Sentencia no permiten dar de lado las evidentes conexiones existentes, a mi juicio, entre el caso actual y el derecho a la libertad de comunicaciones



Hasta aquí, primero el discurso ha girado en torno a asociaciones privadas en general y, someramente, a una figura constitucional, el Sindicato, el que, por tanto, posee límites más claros en el ejercicio de su autonomía. En seguida, a los derechos fundamentales como límite a los poderes empresariales que será el tópico siguiente y resulta una materia que suele darse por asentada y casi superada<sup>519</sup>, pero que puede verse más bien como zigzagueante; aunque, sin duda, es un argumento siempre central. “La necesidad de conciliar el ejercicio de los derechos fundamentales con el respeto del principio de autonomía de la voluntad recorre el Derecho Privado en general, ésta operación se torna especialmente difícil de realizar en el caso de un poder general de disposición sobre la actividad laboral o energía de trabajo del trabajador. Y, por tanto, en última instancia sobre la persona de éste, que es la que habrá de actuar conforme a sus instrucciones”<sup>520</sup>. Por lo demás, no sólo se debe constatar en las sentencias, especialmente si de los tribunales superiores, el modo en que se resuelven los conflictos sobre derecho fundamentales. Como se pretende explicar al final de este capítulo, por muy acabado que se encuentre el debate doctrinal, desde sus premisas a sus interpretaciones y métodos de resolución de conflictos de derechos fundamentales, siempre hay que ver qué dice la ley para ver el estado de garantía y vigencia de los derechos, y, si como sucede con la Reforma Laboral española de 2012, se tocan todas la cuerdas del sistema, puede concluirse con Pisarello que, al parecer, mientras más retórica de los derechos, menos instrumentos concretos de protección<sup>521</sup>.

#### **D) Ciudadanía como poder efectivo.**

Cómo quiera contarse la historia del siglo XX, con una crítica a la lógica netamente económica<sup>522</sup>, que se tradujera a la redistribución de la riqueza como objetivo principal en el Derecho del Trabajo, o bien, como una lucha llevada de distintas maneras cuya finalidad era la redistribución del poder, entre las cuales siempre estuvo de manera constante la lucha por el reconocimiento de grupos subalternos, hoy es patente que dentro de la

---

(art. 18.3 CE), que conduce a la hipótesis de uso de las herramientas informáticas existentes en la empresa incluso si la voluntad empresarial fuera contraria a su empleo”.

<sup>519</sup> Así ha sido considerada por algunos autores, por ejemplo, el problema de la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, calificándolo como un tema agotado, pese a que todavía no se hayan verificado los efectos de las nuevas políticas ni los cambios en la realidad que pretenden promover, así, Fernández Domínguez, Juan José, en la presentación de TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, Aranzadi, Madrid, España, 2012, p. 16.

<sup>520</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, en [Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales](#), N.º. 244, 2011, pp.659-674.

<sup>521</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, España, 2007, p. 30.

<sup>522</sup> A lo largo de esta tesis se señalará cómo existen tendencias sancionatorias actuales del Derecho Administrativo y en particular, del Derecho Penal, que poseen una visión refractaria a la monetización y han ido elaborando nuevos razonamientos.

disciplina laboral coexisten múltiples focos de interés<sup>523</sup>. “En efecto, en los países de civilización industrial más madura, un largo proceso de homologación parece haber hecho de la clase media el tema general, y también por esto el papel de motor de la historia se ha desplazado del conflicto entre las clases al conflicto para la paridad – entre otras cosas- de los sexos, al ecológico, al existente entre el Norte rico y con bajo índice de natalidad y el Sur pobre y exportador de mano de obra”<sup>524</sup>. La lucha por esos derechos hizo evidente que su reivindicación no podía traducirse más en meras compensaciones económicas.

En ello, una aguda crítica planteaba en los noventa Bruno Trentin<sup>525</sup>, haciendo un articulado razonamiento al compás de un repaso por la historia del movimiento sindical. “Lo que queremos destacar es lo siguiente: somos conscientes de que la aparición de nuevos derechos fundamentales, civiles y sociales en el curso del siglo XX, comportó el inicio de una nueva fase del conflicto para conseguir una redistribución de los recursos capaz de poner los medios, incluso materiales (en términos de rentas servicios) para el ejercicio efectivo de tales derechos. Dahrendorf habla con razón, incluso de manera reductiva, de la contradicción existente entre *provisions*, los recursos, necesarios para el disfrute de algunos derechos fundamentales, y la declaración, en la conciencia colectiva y en la legislación misma, de nuevos derechos ‘esperados’ o entlements [sic: entitlements]. Sin embargo, no podemos ignorar que las políticas distributivas de los Estados (y a menudo también de los sindicatos, se han orientado, de manera creciente, con el acuerdo o neutralidad de las izquierdas, no tanto a la promoción y el apoyo al ejercicio de determinados derechos como a la adopción de medidas de ‘compensación’ por su falta de ejercicio. Sobre todo cuando ese ejercicio efectivo cuestionaba ‘las sagradas’ prerrogativas del poder empresarial y las jerarquías del *management*. De hecho, en la mayoría de los casos el ‘espacio protegido’ de la declaración y el ejercicio de algunos derechos fundamentales permanece en el *espacio de la producción de bienes y servicios*. Éste y no otro, es el sentido de la amarga constatación de muchos sostenedores de la ‘sociedad de los derechos’, como Norberto Bobbio, cuando subrayan que ‘la democracia se ha parado en la puerta de las fábricas’”<sup>526</sup>. O en palabras del propio Bobbio, vertidas en la carta por la que

---

<sup>523</sup> En el Capítulo I se profundizó en la categorización de las demandas en redistribución y reconocimiento, terminología desarrollada por Nancy Fraser, que distingue entre reivindicaciones distributivas de la riqueza en la sociedad; y, de reconocimiento, por parte de grupos subalternos en relación a patrones dominantes dentro de la misma, a ésta se pueden adscribir el problema de igualdad de género, la no discriminación por raza, etnia, religión, etc. Y sin embargo, no son dos compartimentos estancos y la eficacia de cada una de estas reivindicaciones redundan en una mejora en la posición de la otra.

<sup>524</sup> ROMAGNOLI, Umberto, “Weimar, ¿y después?”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p. 22.

<sup>525</sup> Secretario General de CGIL (1988-1994), la confederación sindical más grande de Italia.

<sup>526</sup> TRENTIN, Bruno, *La ciudad del trabajo. Izquierda y crisis del fordismo*, (traducción José Luis López Bulla) Bomarzo, Albacete, España, 2013, pp. 56 y 57. La primera edición en italiano es de 1997, de Feltrinelli. En el mismo sentido Romagnoli, al consignar que “como ha escrito Norberto Bobbio, ‘la verdadera libertad no consiste en la abstracta posibilidad de hacer, sino en el concreto poder para hacerlo’, y por esto asignan al Estado [las Constituciones post-liberales de la Europa Occidental] no sólo la función de garantizar la inviolabilidad objetivas de ventaja, sino también la de garantizar su disfrute efectivo”,

adhirió al Congreso de Turín de 1957, contra las discriminaciones políticas en las fábricas. “Este congreso sobre las libertades civiles en las fábricas debe brindar la ocasión de debatir uno de los problemas más graves del derecho constitucional contemporáneo: el problema de la defensa de los derechos de libertad no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los poderes que siguen llamándose privados. Una constitución que haya resuelto el primer problema y no el segundo no puede considerarse una constitución democrática.”<sup>527</sup>. El problema estaba claro, el siguiente paso era ver diseños jurídicos para su solución.

La doctrina laboral tomó la distinción del filósofo italiano, entre libertad como “falta de impedimentos” y libertad como “poder de hacer”: “para coger la diferencia de significado entre la libertad de los liberales y aquella de los socialistas, obsérvese una de las argumentaciones más comunes de la doctrina socialista difundida públicamente, en contra de la liberal: ‘El estado liberal ha concedido, sí, la llamada libertad civil, pero son libertades puramente formales: ¿qué importa la libertad de imprenta a quien no tiene capitales para imprimir un periódico, la libertad de circulación para quien no tiene dinero para pagarse el viaje, la libertad de poseer para el asalariado que todo lo que gana lo gasta para los menesteres necesarios? La verdadera libertad consiste no en la abstracta posibilidad de hacer, sino en el concreto poder. Libre no es quien tiene un derecho abstracto sin el poder de ejercicio, sino quien además del derecho tiene el poder de ejercicio. O mejor dicho el primero sólo es formalmente libre, el segundo es libre también sustancialmente’<sup>528</sup>. Profundizando la idea, explica que allí se encuentra la razón de que la contraposición característica de la teoría liberal sea la del “ciudadano - súbdito” y la de la teoría socialista sea la del “patrón- esclavo”. Para Bobbio, ambas posturas son dueñas de decir que con sus requerimientos promueven la libertad siempre que se comprenda que piden cosas diversas y tienen en mente fines diversos. “El gran problema político, por otra parte, es si ellos piden, adoptando el mismo término, no sólo cosas diversas, sino también incompatibles, vale decir si ‘disminuir los vínculos’ y aumentar las oportunidades’ sean dos operaciones que se pueden hacer juntas y dentro de qué límites y en qué condiciones”<sup>529</sup>. Interesante, más allá del encuadre del problema en la elección de cuánta libertad en uno y otro sentido dentro de un sistema, es que Bobbio identifica que la libertad

---

ROMAGNOLI, Umberto, “El derecho del trabajo ante la crisis”, *Revista de Derecho Social*, N° 58, 2012, p. 26.

<sup>527</sup> “En realidad, las constituciones de los actuales Estados democráticos nacieron de una lucha secular contra el Estado, es decir, contra quienes, habiendo conquistado el más alto poder sobre los hombres, eran los únicos en condiciones de abusar de él (...) El significado fundamental de una constitución democrática consiste en establecer que el poder sobre los hombres, sea cual sea, y lo ejerza la persona o grupo que sea, debe tener límites jurídicamente establecidos (...) Uno de los signos distintivos de la actual sociedad capitalista es la concentración de grandes poderes en manos de instituciones privadas. Nos damos cuenta de que estos poderes son tan grandes como para suspender o menoscabar o incluso hacer vanas algunas libertades fundamentales que hasta ahora parecían amenazadas sólo por los órganos del poder estatal”, BOBBIO, Norberto, *Autobiografía*, Alberto Papuzzi, (primera edición), Madrid, España, 1998, p. 195.

<sup>528</sup> BOBBIO, Norberto, “Libertá e potere”, en *Política e cultura*, Reprints Einaudi, segunda edición en el Reprints Einaudi, Turín, Italia, 1977, pp. 272-273.

<sup>529</sup> BOBBIO, Norberto, “Libertá e ...”, op. cit., p. 274.

en el sentido de poder, es el que se interesa por los medios para lograr el ejercicio de derechos<sup>530</sup>.

Esta distinción es tomada en Italia por Ghezzi y Romagnoli para aplicarla a la libertad sindical: como la verdadera libertad es de quien tiene los medios para ejercerla, ello explica que con el tiempo haya aparecido siempre más evidente que se requería superar los viejos derechos de libertad- que les parecían una “concepción reductiva y un poco deformante”- y, sin satisfacerse con revisar una serie de situaciones subjetivas inviolables, entenderlas también como situaciones subjetivas a realizar quizás “con el aporte de los mismos de los cuales precedentemente se exigía solamente una conducta de respeto. Por más garantizada, de hecho, la inviolabilidad de la libertad sindical no basta para sustraerla al riesgo de la ineffectividad del goce”<sup>531</sup>. En Chile, es traída recientemente como idea fundante de su planteamiento por César Toledo. “Se comprende, así, en la estructura jurídica del derecho de libertad sindical la convivencia de un elemento estático (de corte organizacional), con uno dinámico (derecho de actividad sindical), y necesariamente reclama del Estado no tan sólo el deber de promoción de la libertad sindical, sino el de garantizar una tutela efectiva de la misma, para que pueda hacerse realidad el que la libertad sindical consista (siguiendo a N. Bobbio) no en la posibilidad abstracta de hacer, sino en poder hacerlo concretamente”<sup>532</sup>. Si bien Bobbio no reflexionaba sobre la libertad sindical o de su autonomía -que implican para su análisis añadir más consideraciones que un derecho subjetivo individual clásico- es claro en indicar que en la libertad como poder es dónde se ubicarían, por ejemplo, los medios de un propietario de fundo que tiene, además de la facultad de gozar la cosa, el poder de invocar la intervención de los órganos judiciales para repeler la molestia<sup>533</sup>.

<sup>530</sup> BOBBIO, Norberto, “Libertá e ...”, op. cit., p. 274.

<sup>531</sup> GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto, *Il Diritto Sindacale*, Zanichelli, Bologna, Italia, cuarta edición, 1997, pp. 42-43.

<sup>532</sup> TOLEDO CORSI, César, *Tutela de la Libertad Sindical*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013, p. 8.

<sup>533</sup> BOBBIO, Norberto, “Libertá e ...”, op. cit., p. 274. Sin embargo, debe apuntarse que Bobbio en esto sostiene que la idea central es la libertad como ausencia de impedimentos no elegidos, o autonomía, y que una vez complementada por la idea de libertad como poder, debe volver a preocuparse de la autodeterminación de los fines. “Hagamos el típico ejemplo: de frente al liberal que exalta la libertad de imprenta, el socialista responde que lo que importa al ciudadano no es que él tenga la facultad de tener un periódico, sino que tenga el poder. Ahora, yo estoy dispuesto a dar razón al socialista con una sola condición: que la libertad como poder no sea conferida en perjuicio de la libertad como facultad, en otras palabras que los ciudadanos que se vuelvan *libres* de imprimir un periódico (en el sentido de tener un poder) puedan también imprimirlo *libremente*, (en el sentido de no ser impedidos de manifestar las propias ideas. De otra manera: ¿qué raza de poder le habríamos dado? (...) Por esto considero que la noción de libertad, propia de la doctrina liberal, no debe perderse, cualquiera sea el tipo de convivencia que se quiera instituir, y se mire también a una libertad entendida como poder económico de la mayor parte. Puede ser integrada: en el artículo precedente había puesto en resalto que puede ser integrada por la noción de libertad como autonomía propia de la doctrina democrática; ahora digo que puede ser integrada por la noción de libertad como poder”, “Libertá e ...”, op. cit., p. 279.

Dentro de la autonomía sindical, gran parte de los cuestionamientos a sus objetivos en lo que respecta al Sindicato, se representan en el empeño puesto en la lucha por el salario mínimo, que parece menos relevante -aunque sin la ingenuidad de infravalorar la política salarial, más bien criticando su sobredimensionamiento- en comparación con lo conseguido por otras leyes laborales, contenedoras de “objetivos inéditos”: trabajo infantil, trabajo de mujeres (con todos los ajustes históricos que se quieran), reducción del horario de trabajo, derecho de asociación y huelga, en las que se jugaban espacios de libertad en el trabajo y de democracia en la sociedad<sup>534</sup>. En otras palabras: redistribución del poder.

En la misma línea, como caso puntual, destaca el modo con que se llevó en Italia la lucha por la higiene y seguridad. “La misma prioridad que se concretaba a principios de los sesenta con el objetivo de la reducción de los horarios de trabajo con respecto a las reivindicaciones de los incrementos salariales, en un país con bajos salarios como era la Italia de entonces; la importancia que asumió en aquél período la defensa de la salud física y psíquica contra toda forma de compensación salarial o ‘monetarización’ de su degradación, se tradujo en muchas fábricas en la práctica de una verdadera tutela, individual y colectiva, de la salud que se traducirá en un encuentro entre los trabajadores organizados y el mundo de la ciencia médica, imprimiendo un nuevo curso y la investigación de la medicina del trabajo (el único ejemplo de ‘cultura alternativa’ que produjo el movimiento de 1968 en las escuelas y universidades)”<sup>535</sup>.

Esa imposibilidad de compensación de esta clase de obligaciones explica la forma en que han sido establecidas en la ley. En el caso español: fungibles desde el punto de vista del deudor<sup>536</sup>; de resultados<sup>537</sup> y no de medios, y susceptibles de ejecución directa a cargo de un tercero. “Así, por ejemplo, la de adoptar cuantas medidas de salud y seguridad en el

---

<sup>534</sup> TRENTIN, Bruno, *La ciudad del...*, op. it., pp. 126 - 127.

<sup>535</sup> TRENTIN, Bruno, *La ciudad del...*, op. it., p. 44. En Chile, recientemente, Patrizio TONELLI, de la Fundación Sol, aludía a este momento del sindicalismo italiano, refiriendo el caso de la muerte de Nelson Barría, aplastado por un desplazamiento de material el 23 de marzo 2013, destacando que gracias a la movilización de los trabajadores se logró que el gerente general de la división fuese destituido de su cargo y que Codelco aceptara que las investigaciones sobre el accidente fatal contemplaran la participación de los trabajadores.

Disponible en: <http://www.theclinic.cl/2013/04/07/fundacion-sol-el-trabajo-no-puede-quitarnos-la-vida/>

[Fecha de la visita 5 de abril de 2013]

<sup>536</sup> TASCÓN LÓPEZ establece como regla general que a diferencia de las obligaciones del trabajador, que tienen un carácter indiscutiblemente personalísimo, las del empleador deben ser analizadas caso a caso porque muchas de ellas son fungibles desde el punto de vista de quien debe cumplirlas, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 55.

<sup>537</sup> “En el ámbito del ordenamiento social, un ejemplo paradigmático viene dado por la genérica de prevención que pesa sobre el empresario en virtud del artículo 14.2 LPRL, a partir del cual sobre éste recae un deber de ‘protección de los trabajadores frente a riesgos laborales’, que sólo encontrará adecuada satisfacción a través de ‘un resultado positivo, consistente en la ausencia de daños o lesiones’, forzándole a adoptar cuantas medidas de seguridad y salud (todos los ‘medios’) sean necesarios para evitar cualesquiera daños o lesiones en sus empleados”, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 59. A diferencia de las obligaciones de la parte trabajadora que son de medios.

trabajo sean necesarias (art. 14 LPRL)<sup>538</sup>; ciertamente el trabajador espera que sea el empresario quien de manera natural haga frente a esa prestación, ahora bien, cuando se negare a hacerlo personalmente, pocas dudas caben acerca de la satisfacción adecuada del interés obrero – incluso exigible cuando –valga la referencia- el juez ordenara construir, a costa del empresario, una determinada valla protectora o colocar pantallas anti-radiación”<sup>539</sup>.

Sin embargo, el esquema más completo desde la fundamentación hasta su actuación procesal se realiza a causa de la condena a la restitución del puesto de trabajo. Clásicas obras sobre la readmisión y la tutela inhibitoria hicieron el itinerario desde su fundamento hasta desmontar falsos debates relacionados al por qué se prefirió y desarrolló la indemnización como resarcimiento y su forma de ejecución forzada, postergando la importancia de las obligaciones de hacer y no hacer y su ejecución en sus propios términos. Es una idea que “desde siempre ha estado en el patrimonio del pensamiento de los movimientos obreros de los países industriales. La idea de que existe y de que debe ser defendido, un derecho del trabajador ‘a la conservación de su concreto puesto de trabajo’”<sup>540</sup>. No es el único, pero es el argumento más desarrollado. Como señala Tascón López, las obligaciones de hacer y de no hacer son propias del ordenamiento laboral, de ahí que lograr su observancia sea un problema clave para la disciplina: “se trata, en síntesis, de mostrar un sector del ordenamiento impregnado por obligaciones de hacer y de no hacer, en el intento por determinar la conducta a observar por las partes de la relación laboral a través del cual la fría ley del mercado (*rectius*, la ley de más fuerte, el empresario) trata de ser humanizada por criterios ínsitos al derecho del trabajo y de la seguridad social, resaltando la importancia de obtener su efectivo cumplimiento, sobre todo para proporcionar la debida protección de quien sigue siendo la parte débil de la

---

<sup>538</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Esta norma, modificada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, incorpora la figura de los Planes de Prevención como expresión del mandato legal de incorporar la prevención de riesgos a los sistemas de gestión de la empresa. Se trata de una obligación de hacer. No profundizaré en esta materia, pero sí en una figura similar: los planes de igualdad de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de su artículo 46, materia a la que se dedica gran parte del Capítulo III.

<sup>539</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 55.

<sup>540</sup> D’ANTONA, Massimo, *La reintegrazione...*, op. cit., p. 1. Se trata de un comentario, luego de diez años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores italiano, en relación a su artículo 18, que establece la tutela “reintegratoria”, a la que califican como patrimonio jurídico del trabajador al interior de sus lugares de trabajo, pero al llegar a una “segunda fase del debate interpretativo de la norma se registran así tentativos muy comprometidos de superar los límites evidenciados de la tutela coactiva de la orden de reincorporación; tentativos que, según una directriz acorde con la formación cultural de los iuslaboralistas, se proponen ‘agredir’ el principio jurídico que, al menos en apariencia, bloquea la vía a la ejecución forzada de la orden: el principio de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer infungibles (Pedrazzoli, Ballestrero). Pero es probable que sobre esta vía no se hubiesen hecho pasos adelante verdaderamente significativos, si la entrada en vigor del nuevo proceso del trabajo no hubiese acentuado la atención de los procesalistas civiles hacia aquél problema (Proto Pisani, Lanfranchi, Mandrioli, Taruffo, Borghesi).”, op. cit., p. 4

relación de trabajo”<sup>541</sup>. De vuelta entonces a la protección, aspirando a una al menos teóricamente, más potente y a la promoción de conductas que hagan vivo el derecho, generando culturas de respeto, objetivo de los derechos fundamentales.

A tal punto es una discusión central, que resurge al compás del ciclo económico cada vez que se torna a una crisis<sup>542</sup>. La toma de postura por la defensa de la estabilidad real del puesto de trabajo se formula en la actualidad vinculada al nexo “trabajo y ciudadanía”, como es apreciable en obras que se revisarán<sup>543</sup>. “Ese valor superior [la igualdad] no sólo se traduce en el derecho a la igualdad formal del art. 14, que implica un ‘deber de

---

<sup>541</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones*, op. cit., p. 9, y es el objeto principal del libro, correspondiente a su tesis doctoral *Las obligaciones de hacer y no hacer en el Derecho del Trabajo*, Universidad de León, León, España, 2004, en el que analiza un conjunto de obligaciones, accesorias a las de remuneración y trabajo (siendo la prestación la primera obligación de hacer de la relación laboral), “pero imprescindibles para entender las dimensiones del trabajo actual”, op. cit., p. 128, como el derecho a la ocupación efectiva, vacaciones, higiene y seguridad, entre otras, todas las cuales estudia desde su parte sustantiva hasta sus medios de ejecución. En el mismo sentido, BAYLOS GRAU, Antonio, “Aportaciones al mandato legal sobre la ejecución de sentencias en sus propios términos”, *Revista de Derecho Social*, N° 11, 2000.

<sup>542</sup> Aseveración para nada nueva, sobre el carácter cíclico del capitalismo, valga leer lo escrito en 1900 por Rosa de Luxemburgo: “La crisis de 1825 fue, en efecto, resultado de la gran inversión de capital en la construcción de caminos, canales, tuberías de gas, que se dio en la década anterior sobre todo en Inglaterra, donde estalló la crisis. La crisis subsiguiente de 1836-1839 fue asimismo el resultado de grandes inversiones en la construcción de medios de transporte. La crisis de 1847 fue fruto de la construcción febril de ferrocarriles en Inglaterra (en el trienio de 1844 a 1847 el parlamento británico otorgó subsidios ferroviarios por valor de quince mil millones de dólares). En cada uno de los mencionados la crisis sobrevino después de sentarse nuevas bases para el desarrollo capitalista. En 1857 tuvo el mismo efecto la abrupta apertura de nuevos mercados para la industria europea en Norteamérica y Australia, después del descubrimiento de las minas de oro y la construcción extensa de ferrocarriles sobre todo en Francia, donde a la sazón imitaba el ejemplo británico. (De 1852 a 1856 se construyeron ferrocarriles por valor de 1.250 millones de francos solamente en Francia. Y tenemos, por último, la gran crisis de 1873 como consecuencia directa del primer gran boom de la industria a gran escala en Alemania y Austria luego de los acontecimientos políticos de 1866 y 1871. De modo que, hasta el momento, la repentina expansión de la economía capitalista y no su regresión fue, en cada caso, la causa de la crisis comercial”, LUXEMBURGO, Rosa, *Reforma o Revolución*, Editado por Diario Público, Madrid, España, 2009, p. 28.

<sup>543</sup> Como, entre otras, la de los profesores BAYLOS GRAU y PÉREZ REY, en “El despido o la violencia del poder privado”, GORELLI HERNÁNDEZ, en *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario*, que serán reiteradamente citadas. También MONEREO PÉREZ, en “El trabajo precario”, en la obra colectiva *El Trabajo*, (Luis Enrique De La Villa, coordinador), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2011, pp. 391, 395, 428; “Los (pre) supuestos histórico-Institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato*,, op. cit., pp. 234,252,262,314.

abstención’ en la generación de diferencias arbitrarias y desproporcionadas, sino en la promoción de la igualdad sustancial del art. 9.2, que expresa la voluntad del constituyente de alcanzar la igualdad real y efectiva, única desde la que es posible el libre desarrollo de la personalidad, por lo que la Constitución ‘completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva del favorecimiento de la igualdad material’. El art. 9.2, en definitiva, encomienda al legislador ‘la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad’ en las diversas realidades, desde la participación política a las relaciones laborales. Y es que la igualdad sustantiva es un ‘elemento definidor de la noción de ciudadanía’<sup>544</sup>, entre otros, pero que se enunciaban ya en el “balance provisional” elaborado en 1967 el profesor Rodríguez-Piñero, sobre la polémica entre tesis “contractualistas” y “relacionistas”, de raíces romanas y germanas, respectivamente, al decir que, “en general, la mayoría de la doctrina, aun adoptando una clara postura contractualista, señalan los aspectos eminentemente personales y comunitarios de la relación de trabajo y se alejan notablemente del contractualismo externo y de su construcción meramente individualista y patrimonialista de la relación de trabajo. Puede hablarse así de un nuevo contractualismo en el que se subraya la existencia de vínculos personales en la relación de trabajo, en la que la propia persona del trabajador se encuentra comprometida, su vida y su personalidad”<sup>545</sup>. O en esos “elementos estructurales que ocupan y moldean los intersticios de los contratos de trabajo en el ámbito de la empresa, elementos entre los que se hallan en lugar predominante los derechos fundamentales de trabajadores y empresarios”<sup>546</sup>.

#### **a) Relaciones jurídicas que, en teoría, se proyectan en el tiempo.**

Si bien se considera una discusión superada, como ya se dijera, algo sucede que hace que, aun cuidando de no caer de lleno en alguna de las tradicionales posiciones -sobre todo en la comunitaria-, subsista algo que el contrato no logra explicar, y que enlaza con la, al menos supuesta, duración en el tiempo de la relación laboral<sup>547</sup>. A fin de cuentas, es esa

<sup>544</sup>CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La igualdad en las transformaciones y en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato...*, op. cit., p. 70.

<sup>545</sup> Citado por Germán BARREIRO GONZÁLEZ, en el comentario crítico con que se publicó el libro de Otto Von Gierke, *Las raíces del...*, op. cit., p. 116.

<sup>546</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, “Equilibrio de intereses y...”, op. cit., p. 17.

<sup>547</sup> La duración del contrato entra como elemento importante desde los orígenes del debate comunitario/contractualista, interviniendo para revelar algunas inconsistencias teóricas al efecto, que demuestran cómo ninguna de las categorías es autosuficiente y descartable de plano, sino que son importantes de revisitarse para ver qué aportan a los problemas actuales del Derecho del Trabajo. Sobre la importancia de la duración del contrato Galasso refiere “[e]n verdad, Barassi había localizado en la confianza la *ratio* unitaria del recesso *ad nutum* acompañada de motivaciones que reflejan la concepción liberal-individualista de aquél período histórico. El procedimiento de abstracción dogmática (...) por medio del cual fueron lanzadas las bases de nuestro ordenamiento para la creación de una adecuada categoría contractual –la de las relaciones *intuitio personae* o *di fiducia*- no escinde ni siquiera en esta fase inicial el propio carácter sustancialmente mistificador. Asimilar bajo la etiqueta de la confianza la *locatio operarum* con la *locatio operis*, al mandato, a la mediería, a la colonia, más que a una exigencia clasificatoria responde al intento de revestir de símbolos



prolongación temporal la que da lugar al elemento relacional y al poder de dirección, que es “un instrumento destinado precisamente a ejecutar y continuar en el tiempo el crédito que nace en un momento dado y que ha de satisfacerse y adecuarse en forma continua”<sup>548</sup>. Actúa en dos momentos: al predefinir las condiciones a las que el trabajador se adhiere, dentro de los límites que le marca el legislador y luego, en el decurso, realizando continuamente esa modelación. Aquélla es la faceta menos estudiada. Ésta, por el contrario

---

éticos al ejercicio de un poder jurídico –el receso– que era directa manifestación de un poder económico y, en general, de la posición de supremacía del empleador respecto del trabajador subordinado. Si, por ejemplo, se confronta la triple matriz de la confianza del cliente sobre el profesional que un agudo jurista francés ha individualizado en la base del antiguo modelo social de la relación de obra intelectual –‘la confiance du profane en l’initié, la confiance d’un être humain envers son conseiller intime, la confiance de l’ignorant envers le savant’– es fácil darse cuenta de la absoluta arbitrariedad de una aproximación y de una justificación unitaria, a nivel de confianza, del receso *ad nutum* en la relación de trabajo subordinado y en la relación de obra intelectual. Pero no es menos vistosa la diferencia de significado psicológico y social de la confianza entre el mandante y el mandatario y la confianza entre el concedente hacia el ‘mediero’ o el ‘massaro’ [jefe del grupo de medieros o colonos] (art.1647 CC.abr.); esta última a la cual correspondía una suerte de sujeción personal de derivación feudal eficazmente representada por el concepto de ‘fidelidad’, correlato de aquella confianza y en gran medida coincidente con el medieval de ‘fidelitas’. La teoría barassiana, entonces, registrando en clave fiduciaria una regla tomada como típica de la *locatio operarum* y de la *locatio operis*, atribuía los primeros arreos ideológicos al receso. Fue mérito de Carnelutti en Italia, y de Otto Von Gierke en Alemania, haber mostrado la (parcial) inconsistencia de tal teoría, llevando al elemento duración, en vez de la elemento confianza, el receso de la *locatio operarum* y asignando al segundo al área de los ‘incumplimientos’ y de los ‘justos motivos’ de exclusión del preaviso. Se configuraba así una categoría –la de los contratos de duración [equivalentes a los de ejecución continuada]– que la sucesiva doctrina italiana y alemana habría ajustado ciertamente de forma más coherente al conjunto de los intereses realizado en la *locatio operarum* y en otras relaciones a tiempo indefinido, inidónea, sin embargo, no digo a determinar una mutación de la disciplina del receso –resultado que habría sido imposible de obtener en el contexto normativo de la época– pero ni siquiera para hacer caer la armadura ideológica de la precedente concepción panfiduciaria; tan es así, que poco después, Barassi se apuraba en corregir, sin abandonarla del todo, su propia teoría. Como sea, de allí en adelante, el receso, distinguido en receso ordinario y extraordinario, se estabiliza, respectivamente, en la zona de los contratos de duración y en aquella de los contratos de confianza. No faltan en este proceso oscilaciones e interferencias que se intenta institucionalizar sobre el presupuesto, afirmado sobre todo por los autores alemanes, que la confianza (y la justa causa de receso) es inherente naturalmente a las relaciones de duración”. Así, luego es tomado por el fascismo y la confianza se asimila a la concepción autoritaria de la identidad del interés nacional, que también disuelve el (conflicto de intereses) y se transforma en el deber de “colaboración de confianza”, con énfasis en la obligación de fidelidad, penado por el Código Rocco, GALASSO, Alfredo, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Jovene Editore, Napoli, Italia, 1974, pp. 325-326 y 327.

<sup>548</sup> ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *El poder de dirección...*, op. cit., p. 116.

es la que focalizan los autores precisamente para demostrar las insuficiencias explicativas del contrato; porque es todo lo que sucede después que los otrora contratantes libre e iguales dan su consentimiento<sup>549</sup>. Momento a partir del cual no se le ocurriría al empleador seguir tratando de igual a su contraparte, y comienza a campear su poder de dirección<sup>550</sup>. Una cita ya tradicional sobre la centralidad de la figura, retrata como “al atravesar la puerta de fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en la casa de su señor”<sup>551</sup>. Y una buena síntesis del

---

<sup>549</sup> Sobre el símbolo del consentimiento en el siglo XVIII, como modo de dejar atrás formas de cohesión social superiores al individuo, como exaltación del mismo, ver ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, , *La construcción jurídica...*, op. cit., pp. 47 y siguientes. Sobre la importancia de distinguir ambos momentos del contrato y cómo en la fase de cumplimiento son los poderes empresariales los que importan, BAYOS GRAU, Antonio, “Prestación de trabajo y partes del contrato, en la obra colectiva *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, (Rosario Gallardo y Lorenzo Gaeta, directores), Editorial Bomarzo, Albacete, España, 2010, p. 91. Fase en la que adquieren relevancia las aptitudes limitadoras del convenio colectivo y la ley, APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU, Antonio, presentación a *Autoridad y democracia...*, op. cit., p. 11.

<sup>550</sup> En España, es fruto del estudio del Instituto de Reformas Sociales (1903-1924) -considerada junto al reformismo y krausismo como las “iniciativas reformista más sinceras y coherentes de la burguesía liberal”- que surge el primer proyecto de ley acerca del contrato de trabajo, que se anota el mérito de hacer la primera mención de la historia española, al poder de dirección del empresario. Lo hace al excluir de la regulación del contrato a los servicios “realizados fuera del establecimiento o explotación, o de la acción directa del patrono”, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La construcción jurídica del contrato de trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, p. 41.

<sup>551</sup> Suele ser tomada del libro *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, op. cit., p. 95, que a su vez la recoge de *Lucha de clases y Derecho del Trabajo*, op. cit., p.16. Reiterada últimamente en un estudio dedicado a explicar esa influencia, BAYLOS GRAU, Antonio, “Constitución del trabajo y contrato de trabajo. A propósito de Karl Korsch”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y...*, op. cit., p. 157. En Francia, un intento de adecuar el molde del arrendamiento de servicios del Código Napoleónico, de corte institucionalista, fue planteado en los años treinta del siglo pasado, por Georges Scelles, o bien “pensamos sobre todo en un autor de mayor importancia para la conformación de la disciplina (“ciencia”) francesa del derecho laboral, Paul Durand, que, a mediados del siglo, abogó por un análisis más sofisticado y una comprensión de la relación entre el empleador y el trabajador subordinado como mera relación (“relación fáctica”) de trabajo, a la manera de la *Arbeitsverhältnis* en una doctrina alemana de antes de la Segunda Guerra mundial. Una tesis que cabría de calificar como ‘doctrina de la relación de trabajo en sentido fuerte’, que no ve en el llamado ‘contrato de trabajo’ más que un acuerdo sobre un hecho por venir: la entrada del trabajador en la empresa, ‘hecho material’ verdadero generador de la relación jurídica entre ambas partes, conformada por la ley, los convenios colectivos y las normas patronales aplicables en la empresa”, JEAMMAUD, Antoine, “Desde el arrendamiento de servicios del Código civil napoleónico hasta el contrato

problema y de los intentos por resolverlos es la que explica “[n]o se trata, como antes de contraponer uno al otro, *status versus contractus*, porque ahora el uno suplementa al otro, le adhiere aspectos dignificantes sin los cuales el contrato permanecería como mero instrumento consagrador de la autoridad empresarial. No es el contrato de trabajo, ni la relación obligatoria como conjunto de derechos y obligaciones ordinarios emanado del mismo, sino lo que hemos de tener en cuenta como límite al bloque de constitucionalidad del trabajador. En este sentido merece tener en cuenta un aspecto ‘maldito’ del Derecho del Trabajo por la desviada aplicación de sus aspectos que en otros tiempos hiciera el nazismo, pero que después resurgió con ímpetu en la denominada ‘constitución en la empresa’, *Betriebsverfassung*: en la empresa hay algo más que contratos de trabajos, hay lazos y vínculos extracontractuales que cobran presencia al par del debilitamiento de la contractualidad. Hay que ser prudentes en el terreno que ahora pisamos, porque la idea de constitución de empresa, como aquella otra de la democracia industrial, son el reverso de la ‘comunidad en la empresa’, o idea jerárquica de *betriebliche Gemeinschaft*. Se trata de patentizar los elementos estructurales que ocupan y moldean los intersticios de los contratos de trabajo en el ámbito de la empresa, elementos entre los que se hallan en lugar predominante los derechos fundamentales de trabajadores y empresarios”<sup>552</sup>.

#### **b) Reconocimiento del conflicto como elemento imprescindible en las relaciones de trabajo y del mercado como sistema.**

Esa característica hace que, por muy partidarios del contrato como mejor medida de contención al poder de dirección, los autores concluyan igualmente que “es preciso resaltar cómo su definición de facultad ordenadora del trabajo no puede ser vista tan sólo desde una perspectiva jurídica exclusivamente individual por más que en ella tenga su espacio natural de movimiento”, concluyendo entonces que “es necesario volver en este momento a la idea del poder de dirección como facultad laboral ‘a medio camino’ entre lo individual y lo colectivo”<sup>553</sup>.

Autores como María Fernanda Fernández, quien se adscribió con una importante obra a las tesis contractualistas, a causa de las ya explicadas razones limitadoras, por sus últimas aportaciones hayan sido calificados de “neoinstitucionalistas”. Así, se ha comentado: “he de reconocer los méritos de quienes, con actitud proactiva, han propuesto soluciones para la deseada recuperación de una especificidad de la materia *iustlaboralista*. Puestos a señalar un punto en común entre todos, éste podría encontrarse en una especie de retorno a los orígenes, en el intento de protegernos del abrazo mortal del derecho mercantil, buscando el cobijo de las tranquilizadoras purezas formalistas del derecho privado. A partir de ahí, sin embargo, los caminos divergen. En cuanto a orientaciones teóricas, muy sintéticamente, me parece que prevalecen las tesis que podríamos definir como neoinstitucionalistas. María Fernanda Fernández alude a la recuperación de la dimensión organizativa implícita en el contrato de trabajo. Es ésta una lectura que en el pasado ha dado lugar a más de un malentendido, pero que podría volver a tener sentido justamente en este terreno. También

---

de trabajo del vigente Derecho francés”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo...*, op. cit., p. 63.

<sup>552</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *Revista de Derecho Social*, N°35, Bomarzo, Albacete, España, 2006, p. 17.

<sup>553</sup> ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *El poder de dirección...*, op. cit., p. 377.

Antonio Loffredo propone un regreso ‘guiado’ al institucionalismo, que debería abordarse en términos nuevos y sin ideas histórico-culturales preconcebidas”<sup>554</sup>.

Es decir, la definición de este nuevo institucionalismo no contiene ni transpersonalismo ni negación del conflicto, que son, en definitiva, los elementos que llevarán a un firme rechazo de dichas doctrinas<sup>555</sup>. Porque pese a sus distorsiones, fue en ese análisis y en el de la noción ‘relación de trabajo’ donde adquirieron “cohesión teórica y fundamento práctico las ya recordadas disposiciones a favor de la parte débil de la relación, las limitaciones a la libre disposición contractual, las modificaciones al régimen de responsabilidad civil, las

---

<sup>554</sup> GALLARDO, Rosario y GAETA, Lorenzo, en el prólogo a la obra colectiva *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, (Rosario Gallardo y Lorenzo Gaeta, directores), Editorial Bomarzo, Albacete, España, 2010, p. 17. En la ya citada obra colectiva coordinada por Fernández López, *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, se designa como uno de sus antecedentes la tesis de Mattia Persiani sobre el contrato de organización –que se expondrá al final de este apartado-, junto con la definición de empresario del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo elemento base es el ser “receptor real del trabajo”. Así, se explica: “[e]s sabido que esta absoluta neutralidad organizativa del empresario sujeto del contrato de trabajo no es real; no lo ha sido ni siquiera en las fases más clásicas de la doctrina del contrato de trabajo. Como pusiera de relieve hace ya años Rodríguez-Piñero entre nosotros, sintetizando una compleja polémica doctrinal que todavía reaparece, lo cierto es que la empresa a veces superaba este aislamiento, y emergía en el ámbito estricto del contrato, que se resentía de las transformaciones organizativas de aquella (...). Puede afirmarse por ello que ésta es todavía la situación en que nos hallamos en este momento del contrato de trabajo. La realidad organizativa de la empresa no tiene un lugar en la dogmática del contrato de trabajo porque no se ha podido superar el hiato del empresario, su titular, única parcela de ella que el Derecho del Trabajo ha asumido en aras de la dinámica de un contrato bilateral”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *El empresario como parte...*, op. cit., p. 26.

<sup>555</sup> Al punto que se sostiene que “la ficción de la comunidad laboral quedó debilitada en nuestro ordenamiento a raíz de la legitimación del conflicto de intereses en la vida laboral como consecuencia de la admisión de los convenios colectivos en 1958”, ROJAS RIVERO, Gloria, *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid España, 1991, p. 57, en cita a B.M. Cremades, “El tratamiento igual en la empresa”, RPS N°83, 1969. Más adelante refuerza “[e]xiste una premisa a tener en cuenta al abordar el tratamiento de este tema [la libertad de expresión], así como de cualquier otro que se refiera al ámbito de las relaciones laborales, cual es la de reconocer el hecho básico de que los empleadores y los trabajadores forman dos colectividades cuyos objetivos, valores, tradiciones, esperanzas y medios de acción son casi siempre opuestos. Con ello no se hace otra cosa que enterrar definitivamente las teorías sobre la concepción comunitaria de la empresa, ya abandonada y criticada hasta la saciedad, pero cuyo enfoque no debe perderse de vista ante la aparición de nuevas formas de ‘colaboracionismo’ que se ofrecen generosamente de la mano del poder empresarial (...). La admisión de la acción sindical en la empresa implica, pues, la existencia del conflicto de intereses que se produce entre la posición empresarial, dotada de poder disciplinario y la posición de los trabajadores en cuanto dotados, colectivamente, de un contrapoder en las unidades de trabajo”, *La libertad de expresión...* op. cit., p 115.

obligaciones de seguridad e higiene colocadas en la cabeza del empresario, etc.”<sup>556</sup>. Y en él también emergieron “las asociaciones gremiales libres, que tomaron en sus manos la regulación de los contratos de trabajo”<sup>557</sup>.

Es, en suma, el escenario institucional retratado por Gierke, en que se explica la acción interventora del Estado y en que se reformulan los sujetos de la relación de trabajo o, en otras palabras “como proyecto de un escenario institucional dentro del cual se vincularan trabajadores, empresarios, sindicato y estado, con el trasfondo de la creciente expansión industrial y ante el temor de otros proyectos o utopías emancipatorias”<sup>558</sup>. Es decir, una forma de canalizar el conflicto que erró justamente al poner como elemento la negación del conflicto.

Ambas cosas, forman parte de una tercera teoría: el contrato de trabajo como un “contrato de organización”<sup>559</sup>. Constituye una evolución de las tesis contractualistas y comunitarias porque, ante todo, reconoce el conflicto de intereses que subyace a la relación de trabajo, lo que evita que se pierda suponiendo fines que superan a los individuos de la relación de trabajo y mucho menos que éstos puedan ser “comunes”<sup>560</sup>: el que la teoría institucionalista justifique el poder empresarial en que todo se encuentra ubicado en función del interés de la empresa sólo acrecienta su anomalía<sup>561</sup>. Pero además, no se resigna a la explicación de los poderes empresariales como si fuesen un “hecho de la naturaleza” que brotan allí donde concurren muchas personas. Esos poderes son parte de la tutela que le otorga un sistema que aceptó –y consagró constitucionalmente- al capitalismo<sup>562</sup> como una forma valiosa de

---

<sup>556</sup> COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, “Futuros posibles...”, op. cit, p. 153.

<sup>557</sup> COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, “Futuros posibles...”, op. cit, p. 153.

<sup>558</sup> COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, “Futuros posibles...”, op. cit, p. 153.

<sup>559</sup> Tesis de Mattia PERSIANI, publicada en *Contratto di lavoro e organizzazione*, en el año 1966.

<sup>560</sup> Llegando así a un punto de encuentro, por ejemplo, con el romanticismo alemán de Hugo Sinzheimer y su concepto de la *Gemeinschaft*, (comunidad) que prescindía de la consideración de intereses comunes, explicadas en su libro *Grundzuge des Arbeitsrechts*, de 1921, ver PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo e l’organizzazione del lavoro”, en el volumen IV “Contratto di Lavoro e organizzazione”, del *Trattato di Diritto del Lavoro* (Mattia Persiani y Franco Carinci, directores), Cedam, Padova, Italia, 2012, p. 405, nota 10. En todo caso, al dar un paso más en cómo debía organizarse la economía, de la cual depende el Derecho del Trabajo, no avalaba el capitalismo y tampoco la concentración de los medios de producción en el Estado, sino en un “ente común distinto del Estado, que tiene un objetivo de regulación diferente, y por ello necesita un tratamiento del hombre también diferente y otra estructura, con su propio entramado legal, pero, sin embargo, históricamente visto, es, en esencia, una creación comunitaria que sólo es comparable con la evolución estatal del Derecho privado de dominio hacia un derecho objetivo de la totalidad”, SINZHEIMER, Hugo, “El problema del hombre...”, op. cit., p. 116. Pero ese punto de evolución está, según el autor, más allá del Derecho del Trabajo y del Derecho Económico, op. cit., pp.126 y 127.

<sup>561</sup> PERSIANI, Mattia, “Il potere...”, op. cit., pp. 780 y siguientes.

<sup>562</sup> Unas reflexiones dedicadas al capitalismo no sólo como sistema vigente y “no como el mejor, sino como el único posible”, pues sin la competencia “el Estado de bienestar deviene irrealizable”, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, en el prólogo a NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, España, 1997, p. 23.

distribución de bienes y que, en consecuencia, le confiere una serie de garantías<sup>563</sup>. Pero dicha tutela no se puede fundar en la propiedad, una vez que emergido el Derecho del Trabajo<sup>564</sup>, para justificar jurídicamente el poder de un privado sobre otro, la cobertura jurídica es a los intereses –además mutables– de organización de la empresa, que cuentan con su reconocimiento constitucional, y que se encuentran en conflicto con los del trabajador, a quien se le concede su propia normativa protectora a través del Derecho del Trabajo, a lo largo de la relación laboral.

### c) El esquema constitucional de la Libertad Sindical como contrapoder.

Es aquí donde el aspecto colectivo de la parte trabajadora escribe su propia historia, en la reivindicación de ese conflicto y se inscribe como figura conductora del pluralismo, que es inherente al concepto de democracia.

Por ello es que las construcciones teóricas de la segunda mitad del siglo XX aludían a la perspectiva constitucional para enfocar el poder empresarial, pues luego de su origen al margen de la legalidad o en franca ilegalidad, fueron reconocidas constitucionalmente junto a las manifestaciones principales de la libertad sindical<sup>565</sup>.

Todo lo anterior constituyó un fenómeno jurídico de características excepcionales, pues su base es apartarse de la regla del monopolio del poder que ostenta el Estado, a partir de una autorización del propio Estado. Es por eso también, que siempre que el Estado ha querido criminalizar la acción sindical, ha estado al borde y más allá de considerarla una asociación ilícita, tipo de regulación jurídica propio de regímenes autoritarios. Como consigna Jiménez de Asúa: “[c]omencemos por recordar lo que decía el Código penal español de 1932 (con la misma fórmula del de 1870). Al referirse a las “asociaciones ilícitas”, para sancionar luego, según los casos, a los directores, fundadores o meros miembros de ella (art. 186-188), dijo en el núm. 2º del art 185, que se ‘reputan tales: las que tienen por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código. El vigente de 1967 (así como sus antecesores, el de 1944 y 1963), transforma brevemente este inciso, contenido hoy en el núm 2º del artículo 172: Se reputan asociaciones ilícitas: (...). Las que tengan por objeto cometer algún delito. Pero ha sido en este artículo, de tan modesta apariencia, donde el régimen franquista ha destilado su veneno autoritario, prohibiendo bajo duras penas, las

<sup>563</sup> PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo...”, op. cit., p. 786.

<sup>564</sup> Que es la explicación originaria liberal, que deriva los poderes empresariales “del hecho” de la propiedad y de la disponibilidad de los medios de producción, PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo...”, op. cit., pp. 402-413-414 y en “Il potere disciplinare”, en el volumen IV “Contratto di Lavoro e organizzazione”, del *Trattato di Diritto del Lavoro* (Mattia Persiani y Franco Carinci, directores), Cedam, Padova, Italia, 2012, p. 780 y siguientes.

<sup>565</sup> En Chile César TOLEDO CORSI entrega un estudio acucioso al respecto pero que se desmarca de la secuencia criminalización–tolerancia–constitucionalización del fenómeno sindical en la historia chilena. Específicamente respecto de la huelga descubre su primer antecedente normativo en el Reglamento N°4.353 de 14 de diciembre de 1917, sobre “Solución de huelgas”, para luego ir indicando una serie de avances y retrocesos normativos hasta el día de hoy, *Tutela de la Libertad Sindical*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013, pp. 273 y siguientes.

actividades de las regiones, tildándolas de separatismo, los partidos políticos y las organizaciones sindicales.”<sup>566</sup>.

En España tanto el sindicato como la negociación colectiva y la huelga son expresamente constitucionalizados, en los artículos 7, 37, 28.2.<sup>567</sup>, todos los cuales deben ser puestos en relación con la norma central contenida en el artículo 1.1 de la Constitución, que instituye al país como un Estado social. “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político”. La relevancia de esta vinculación se expresa a su vez en la propia importancia de la cláusula del Estado social que “necesita ser contemplada en relación con los valores superiores del ordenamiento propugnados y, en su conjunto, con todo el título preliminar de la Constitución. De dicha tarea sistematizadora cabría extraer las siguientes conclusiones: ante todo, que las notas de democracia, sujeción a Derecho y carácter social, propias del Estado, actúan como último fundamento axiológico del orden constitucional; en segundo término, que los principios de libertad, igualdad y pluralismo políticos se constituyen en los superiores del ordenamiento, al derivar directamente de aquellas notas caracterizadoras; y, finalmente, que dichos principios o valores superiores se concretan, dependiendo de los casos, en principios organizativos (arts. 6 y 7), en garantías judiciales (art. 9.3)<sup>568</sup> o en deberes positivos de hacer (art 9.2)”<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Tomo VII, Editorial Losada SA, Buenos Aires, Argentina, 1970, p. 372. La relación del Derecho Penal respecto del Sindicato ha sido descrita y sintetizada de la siguiente manera: “las organizaciones de defensa de los intereses de los trabajadores han manifestado históricamente una enorme indiferencia ante la utilización de la vía penal en la tutela de sus representados. La política del derecho de los sindicatos más representativos se inclina, más que al recurso a los procedimientos penales, hacia los órdenes jurisdiccionales social y contencioso – administrativo. Quizá porque el terreno de lo penal se ha configurado en nuestra historia como un espacio de lucha defensiva –en épocas de clandestinidad y de persecución penal de la acción sindical-, quizá por la consideración, no explicitada, de que este sector del ordenamiento es sólo una ‘falsa conciencia’ que asegura anticipadamente su ineficacia, lo cierto es que los Sindicatos, principales sujetos interesados en impulsar estos procesos, se han mostrado claramente inactivos, salvo que se hayan visto obligados a acudir ante los tribunales penales en defensa de sus afiliados inculcados en materia de coacciones laborales principalmente”, BAYLOS GRAU, Antonio, y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, España, 1997, p. 43.

<sup>567</sup> Artículo 37.1 de la Constitución Española (CE): “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.”.

Artículo 28.2 CE: “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.”.

<sup>568</sup> Se trata de un conjunto de principios que la Constitución garantiza: legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica y responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>569</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael, *Derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1996, p. 70.

Los principios organizativos crean figuras de relevancia constitucional: partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, en los artículos 6, 7 y 9.2 de la Constitución española, carácter que, en el caso de los sindicatos, les significa el deber de incluir en la regulación de la vida del grupo determinadas materias y de someterse al principio democrático, que se manifiesta principalmente en el contenido mínimo de sus estatutos<sup>570</sup>.

---

<sup>570</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Instituciones del Derecho procesal laboral*, Editorial Trotta, 1995, p. 216. Otra deriva del problema de la organización según el principio democrático es que, precisamente, son estas mismas figuras, que son llamadas “empresas ideológicas o de tendencia”, a las que les estaría permitido, en teoría, una restricción de derechos más acentuada a la general que se impone por una relación laboral, (aunque no respecto de toda relación laboral sino sólo aquellas llamadas “tareas de tendencia”, sobre el punto en extenso ROJAS RIVERO, Gloria, “La libertad de expresión, op. cit., pp. 191, 207, 209). Lo anterior, en atención a que en ellas la ideología es un elemento esencial ya que es lo que les da la operatividad -aunque partiendo de la premisa que en toda empresa subyace un elemento ideológico-. O en otras palabras: “sin el componente ideológico, no se entiende el grupo”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, Tomo 2, 1985, p. 12, en el mismo sentido APARICIO TOVAR, Joaquín, “Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992, p. 86. Éstos serían paradigmáticamente los Sindicatos, Partidos Políticos o confesiones religiosas, pero en ellos se produce, advierte Fernández, “la curiosa consecuencia de que, precisamente, en aquellas empresas que la doctrina dio en llamar de ‘tendencia’-asociaciones políticas, sindicales o religiosas- es donde con menos frecuencia se planteara el problema de las tareas de tendencia, habida cuenta que la regla general es que los puntos de definición ideológica de la organización son puestos normalmente cubiertos por afiliados, de origen electivo, configurados por el estatuto, y unidos por una relación orgánica predominantemente, no laboral”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Libertad ideológica...”, op. cit., p. 17. Lo cual se debe a que la adhesión a la ideología del grupo es más propia del asociado que del trabajador, y que explica que no existe gran casuística pero de haberla son objetos preciados por el análisis teórico, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Libertad ideológica...”, op. cit., pp. 12 y 17.



Este contenido podrá ser cuestionado en sede judicial, por ser manifiestamente contrario a un derecho fundamental (STC 186/1992, de 16 de noviembre, BOE 18 de diciembre)<sup>571</sup>. Pero junto al contrato, la doctrina siempre identificó a este sistema de relaciones laborales constitucionalizado, como el gran elemento limitador del poder empresarial. En España, este ha sido definido como “[u]na determinada organización de la vida social en la que se concede un papel protagonista a las representaciones colectivas de empresarios y trabajadores en la creación y aplicación de las reglas que rigen sus relaciones recíprocas”, lo que le configura como “un subsistema (relativamente) autónomo dentro del sistema social global”<sup>572</sup>. Es decir, un dique más y el de mayor crédito, para lograr contener la arbitrariedad del ejercicio del poder. “Si la productividad se eleva como valor protegido por el ordenamiento, en búsqueda de colaboración para su consecución se detectan nuevas formas de administración de la relación de trabajo que tratan de lograr un consenso de los trabajadores con los objetivos perseguidos por la empresa, de manera que se haga innecesario el recurso a una gestión autoritaria. Lo que en el fondo significa el reconocimiento en el seno de la empresa de grupos de intereses con identidad propia, que se procura hacer converger hacia el interés de empresa. De esta manera el ejercicio del poder empresarial tiende a consentir ciertas dosis de negociación, sin que llegue a ser completamente negociado; tiende a admitir alguna participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, a la vez que se orienta a procedimentalizarse en su ejercicio, de lo que son ejemplo las facultades de información, control, consulta preceptiva y garantías que

---

<sup>571</sup> Cuestión no menor. Hasta hace unas décadas, un sistema de autonomía sindical pleno habría sostenido que sus limitaciones se encontraban en las normas del Derecho penal, en tanto el Sindicato goza de la llamada autonomía relativa respecto del Estado. “Es convicción consolidada entre los estudiosos del Derecho del trabajo y del Derecho sindical, por lo menos desde hace treinta años, que pese a la persistente inactuación del inciso segundo del artículo 39 de la Constitución [A los sindicatos no les puede ser impuesta otra obligación que la de su registración en las oficinas locales o centrales, según las normas de ley], ésta haya encontrado en los hechos su radicación, la que ha consentido atribuir al contrato colectivo, en el curso del tiempo, la posición real de fuente del Derecho. Esta común convicción gira en torno a dos piedras angulares, la primera de las cuales es representada por el principio de efectividad, que gobierna las relaciones industriales, y la segunda está constituida por la autonomía colectiva (si bien relativa) del ordenamiento sindical respecto del ordenamiento estatal”, CARINCI, Franco, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*.

Disponible en: [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/carinci\\_n133-2011it.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/carinci_n133-2011it.pdf)

[Visitado el 5 de noviembre de 2011].

En Italia, precisamente, se sostenía que el reconocimiento de la libertad de asociación no es incondicionado sino que viene menos “cuando la asociación persiga fines prohibidos a los individuos por la ley penal. A la inversa, el fin sindical está establecido y reconocido como lícito por el artículo 39 y, por ello, no puede ser prohibido por una ley penal ordinaria.

<sup>572</sup> ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, op. cit., pp. 28 y 29, en cita a Martín Valverde, Antonio, “El ordenamiento jurídico laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, R.P.S., 1983, N° 137, p. 141.

tienen en nuestro sistema jurídico los representantes de los trabajadores”<sup>573</sup>. ¿Qué significaba este nuevo modelo?, los autores concluyen: “[h]e aquí por tanto, de una manera insospechada, una nueva manifestación de la vigencia de principios democráticos en la administración de la relación de trabajo, en la gestión cotidiana de la empresa. La exigencia de racionalidad en la consecución de los fines de la empresa coadyuva a que el ejercicio de los poderes empresariales abandone la senda de la arbitrariedad a la que el mero dato de la propiedad de los medios de producción podría abocar”<sup>574</sup>.

Pero estos derechos, anexos a la Libertad Sindical, más que “otro frente”, poseen una característica propia: es en ellos donde se encuentra la redistribución de la riqueza y del poder dentro de la relación laboral, lo que los dota de “mayor ofensividad político-económica, que los derechos inespecíficos”<sup>575</sup>. Porque los derechos inespecíficos son limitaciones al poder, describen ámbitos de no interferencia mientras que los específicos intervienen al poder, haciendo participar (en algún grado) al trabajador en la toma de decisiones empresariales o estatales que repercutan en sus condiciones de trabajo. Es por ello que, para una lectura, son los únicos que alcanzan a calificar como verdaderos derechos de “ciudadanía”. Esto es así, porque la ciudadanía es un concepto ligado al de participación. Apoyándose en la distinción terminológica expuesta por Michelangelo Bovero, en cuanto a este último concepto y volviéndose a Aristóteles, nos recuerda que ser ciudadano es ser titular de un poder político no limitado, permanente, y, en Grecia y en Roma los esclavos no lo eran, tampoco, los inmigrantes, ni los niños<sup>576</sup>.

En Chile la formulación más clara de la crítica se ha expresado en los siguientes términos: “[p]odemos ver así que el problema de si calificar a la importación de derechos fundamentales al ámbito laboral como tal o como un acto de ciudadanía laboral no es un asunto meramente terminológico. La idea de ciudadanía, además de ser un adjetivo muy popular en una época de desprestigio de la institucionalidad representativa, tiene un contenido bien determinado en la historia del pensamiento político. La ciudadanía nos remite a la posibilidad de participar en la toma de decisiones colectivas a través de la persuasión, la negociación y la votación. ¿Y dónde está garantizado, protegido, o al menos reivindicado el derecho de los trabajadores a tomar decisiones sobre el espacio laboral en la doctrina de la ciudadanía laboral?”<sup>577</sup>. Para responderse en términos contundentes, e

<sup>573</sup> APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU Antonio, en la presentación de *Autoridad y democracia en la empresa*, op. cit., p. 13.

<sup>574</sup> APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU Antonio, en la presentación de *Autoridad y democracia en la empresa*, op. cit., pp. 13 y 14.

<sup>575</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, *Derechos, Trabajo y Privacidad*, Abeledo Perrot, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2011, pp. 47 y 52.

<sup>576</sup> BOVERO, Michelangelo. “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 103, México, 2002. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=292751> [Fecha de la visita 1 de julio de 2010].

<sup>577</sup> MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Ciudadanía laboral...”, op. cit.: “[h]ay que reconocer que la confusión no es unánime. José Luis Ugarte, identificado equívocamente por [algunos](#) como promotor de este concepto, se muestra en realidad escéptico respecto de él. En efecto, [según Ugarte](#), en el ámbito laboral ‘la idea de ciudadanía puede mover a error’; afirmación en cuyo respaldo cita aprobatoriamente la observación crítica de [Michelangelo Bovero](#) según la cual ‘si los derechos del hombre (de la persona) son propiamente

incluso, exclusivos: “La ciudadanía laboral debe expresarse en un estatuto de participación en la toma de decisiones que involucre el derecho a recibir información y a expresar opinión, así como el poder de elegir representantes ante el órgano de toma de decisiones. La ciudadanía laboral ha de ser un fenómeno colectivo o no será”<sup>578</sup>.

Lo apenas afirmado, requiere asimilar una objeción, sostenida por Jeammaud, en la que rompe con la versión oficial de ciudadanía de la “reforma socialista” del Informe Auroux (1981). Para ello es necesario cotejar las relaciones laborales con las de ciudadanía: “a la luz del ‘discurso de la democratización’ mantenido por los protagonistas de las recientes reformas como de la función asignada al comité por ley, puede decirse que con la reordenación del régimen de la representación de los trabajadores dentro de la empresa se institucionalizó el conflicto de intereses en el seno de la misma. En esta ruptura con la perspectiva ‘oficial’ anterior se descubre, tal vez un primer sentido metafórico del término ‘ciudadanía’: efectivamente, ¿no es el ciudadano quien tiene derecho a oponerse al poder, a cuestionar sus decisiones de acuerdo con los cauces previstos por la ley? (...) Todo eso da algo de sentido a los conceptos-clave de ‘democratización de las relaciones laborales’ y de ciudadanía de empresa’. Sin embargo, algún crítico de la grandilocuencia de nuestros socialdemócratas franceses (un colega español habló con ironía de una manifestación más de ‘ese arte, típicamente francés, de convertir en oro el plomo de nuestra vida’) podría recordar un dato extraño y bastante olvidado entre nosotros: la idea de que el Derecho del Trabajo habría conformado la empresa, aunque jerarquizada, a imagen de la sociedad política democrática y, por tanto, habría convertido a cada trabajador de ‘sujeto’ en ‘ciudadano’ de esta microsociedad”<sup>579</sup>. Es decir, el plomo convertido en oro es producto de la falta de consideración en el análisis de algunas diferencias estructurales entre la sociedad política y la ‘microsociedad’ empresarial: en aquélla, las autoridades se eligen<sup>580</sup>; su

---

universales, es decir, le corresponden a cualquiera en su calidad de persona, los derechos del ciudadano son necesariamente particulares, al menos hasta que no se instituya una ciudadanía universal, cosmopolita’. La ciudadanía no es cualquier cosa: es un fenómeno asociado con la membresía activa y consciente en una comunidad política”, en cita a “Derecho del Trabajo y derechos fundamentales: el Macondo jurídico” en *El nuevo Derecho del Trabajo*, (primera edición), Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2004.

<sup>578</sup> MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Ciudadanía laboral: los peligros políticos de un mal concepto jurídico”, *Revista Red Seca- Revista de actualidad política, social y cultural*. Disponible en: <http://www.redseca.cl/?p=3351>. Como se indicara en la introducción de esta tesis, esa ciudadanía laboral en Chile no es posible, en la medida que el Derecho colectivo chileno mantenga en sus vigas maestras el diseño de la dictadura, cuyo eje es el haber reducido los derechos de negociación colectiva y huelga al ámbito de la empresa, es decir, un diseño cuyo fin es lograr sindicatos sin poder. Por ello es que el Plan Laboral ha recibido el nombre de “joya ingenieril”, TOLEDO CORSI, César, *La tutela de...*, op. cit., p. 2, en cita a Magdalena Echeverría.

<sup>579</sup> JEAMMAUD, Antoine, “Los derechos de participación...”, op. cit., pp. 183 y 184.

<sup>580</sup> En esto resulta siempre cita obligada Romagnoli y su observación de que en la empresa, además, gobierno y oposición son ubicaciones fijas, ROMAGNOLI, Umberto, “Estructura de la empresa”, en la obra colectiva *Los trabajadores y la Constitución*, (Miguel Rodríguez Piñero, coordinador), Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, España, 1980, p. 79.

principio básico es la igualdad jurídica de todos los ciudadanos y la sociedad estatal tiene pretensión de ‘eternidad’<sup>581</sup>, lo que contrasta con la precariedad de la posición del trabajador en la empresa actual<sup>582</sup>.

Aclara estos puntos centrales principalmente para que no se produzca una devaluación de la política, que no se impregne con la modestia del sentido con que pueden ser usados estos términos en sede laboral, que es una crítica distinta a estar cargando de contenido conceptos laborales de los que carece. Así, Jeammaud sostiene que debe evitar proporcionar “una extensión de sentido de los conceptos y palabra ‘ciudadanía’ y ‘democracia’. Si son éstas ‘productos de importación’ en el mundo de las empresas y las relaciones laborales, tal proceso acaso implique el riesgo de que, incluso en el ámbito político (el de la sociedad estatal), esté próximo el día en que nos conformemos con aceptar como ‘democracia’ un sistema de confrontación de intereses y de grupos particulares (sin obligación de pactar acuerdos), mientras el poder está confiscado por un grupo tecnocrático. En otras palabras, este riesgo, consiste en que la ampliación y extensión de nuestros conceptos, en particular su utilización en el marco de las relaciones laborales, propicie su debilitamiento”<sup>583</sup>.

No obstante, reconoce que algún sentido tienen: “[p]ese a todo, es incuestionable que existen distintos grados de participación”, la que fue llevada “mucho más allá” con la reforma a los derechos colectivos<sup>584</sup>.

Porque existiría una confusión entre igualar “ciudadanía laboral” con la entrada de los llamados “derechos fundamentales inespecíficos” a la fábrica. Dicha teorización “no enlaza con una concepción democrática del constitucionalismo sino con una concepción iusfundamentalista. En otros términos, no se acerca al [constitucionalismo democrático](#) sino que al [neconstitucionalismo](#). Debido a que ambas estrategias conceptuales difuminan las fronteras entre política y derecho tradicionalmente sostenidas, a ojo de algunos ambas pueden verse como parecidas. No lo son. Mientras que para la primera el constitucionalismo es concebido como un fenómeno que sobrepasa los límites del proceso de adjudicación constitucional para alcanzar a actores sociales y políticos que reclaman para sí el derecho de dar contenido a la Constitución, para el segundo todos los intercambios sociales deben ser regulados mediante un riguroso ejercicio de ponderación y un análisis de proporcionalidad que siempre es susceptible de escrutinio por parte del tribunal mediante diversos estándares de racionalidad judicialmente construidos. En definitiva, mientras que el primero politiza la Constitución, el segundo juridifica la política. ¿Y dónde está la politización del espacio laboral en la noción de ciudadanía laboral?”<sup>585</sup>.

Entonces, por oposición, la respuesta es nuevamente: en los derechos vinculados a la libertad sindical, debido a su intersección con los derechos fundamentales de asociación, libertad de expresión<sup>586</sup>, de información, etc.<sup>587</sup>. Jeammaud lo resuelve a la inversa: llama

<sup>581</sup> JEAMMAUD, Antoine, “Los derechos de participación...”, op. cit., pp. 186 y 187.

<sup>582</sup> Además, no existe una facultad de “extrañamiento” libre equivalentes a las de un empleador, (vía despido o contratación temporal), por parte de la autoridad política.

<sup>583</sup> JEAMMAUD, Antoine, “Los derechos de participación...”, op. cit., p.190.

<sup>584</sup> JEAMMAUD, Antoine, “Los derechos de participación...”, op. cit., p.190.

<sup>585</sup> MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Ciudadanía laboral...”, op. cit.

<sup>586</sup> Sobre la importancia de este derecho y su relación a la libertad sindical, que incluye la crítica a las políticas económicas y sociales del Gobierno, Cfr. La Libertad sindical, Recopilación de decisiones y

ciudadanía en la empresa al reconocimiento de los derechos y libertades propios de cada trabajador en cuanto miembro de una sociedad política democrática en el seno de la relación de trabajo, (que equivaldría a los “derechos inespecíficos”), y que se vinculan al problema de la determinación del poder empresarial respecto a esos derechos. Y llama “ciudadanía de empresa al reconocimiento de las prerrogativas específicamente laborales de los trabajadores frente al poder empresarial en el ámbito de la organización de la empresa, que describiría una ciudadanía específicamente laboral en esa “microsociedad”<sup>588</sup>.

Me parece que, pese a esta aparente oposición de las perspectivas, existe gran compatibilidad, pues el punto central de Jeammaud es llamar la atención en cuanto al límite de estas “metáforas” de ciudadanía y democracia. Pero en definitiva la “ciudadanía en la empresa” y “de empresa” alude a derechos que limitan, con distinta intensidad (algunos extendiendo espacios de libertad y otros entregando herramientas de participación), el poder empresarial, y que, al hacerlo, revisten a la posición de trabajador de las mejores condiciones que hasta ahora se han conocido, y que son imprescindibles para ejercer su ciudadanía política, permitiendo que ésta a su vez no se circunscriba a “una elite” dentro de cada sociedad.

Un análisis proveniente de la sociología, elaborado por Luciano Gallino, vincula también la ciudadanía a una determinada forma de trabajo, que es opuesta a la del paradigma flexibilizador y su rasgo antitético a las formas asociativas, la principal de ellas: el Sindicato: “[s]in embargo, hasta que la independencia económica de la persona, base de su independencia política no sea una quimera o un engaño, ella requiere de un rédito consistente y seguro, un apropiado ‘reconocimiento social’ (*Annerkennung*, para usar el término preferido de Habermas), un grado elevado de instrucción, sobre todo un tangible poder contractual respecto de la empresa. Sucede que, quitando el sutil estrato superior – sutil si comparado a los millones que pueden ser denominados así-, los trabajadores flexibles llamados a encarnar el ideal de la independencia, en el dominio en todo sentido de sí fundado en el libre ejercicio de la razón, no parecen disponer en general de tales elementos, investigaciones empíricas a la mano, sino en mínima medida. Sus seguridades de base han sido profundamente vulneradas (...). En cuanto a las asociaciones, el proyecto de sociedad flexible –como viene en concreto presentado por el discurso político económico dominante-. (...) teoriza y persigue el debilitamiento, sino incluso su anulación,

---

principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, (quinta edición revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafos 154 a 163.

Disponible en: [http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/info/translatns/pdf/digest-2006\\_es.pdf](http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/info/translatns/pdf/digest-2006_es.pdf)

[Fecha de la visita 26 de noviembre de 2012]

<sup>587</sup> En el caso de la libertad de expresión, esto ya era evidenciable en 1991, cuando Rojas Rivero, sentaba que en la legislación laboral existían pocas manifestaciones expresas de éste derecho, y que cuando las había “puede apenas encontrarse en ella un específico derecho de expresión y difusión dirigido al ejercicio de la función representativa o como instrumento para fomentar la acción sindical”, situación que conducía a que en los restantes casos la referencia normativa debía ir directamente a la fuente constitucional, del artículo 20.1 de la Constitución española, ROJAS RIVERO, Gloria, *La libertad de expresión...*, op. cit., p. 35.

<sup>588</sup> JEAMMAUD, Antoine, “Los derechos de participación...”, op. cit., p.190.

de la principal de aquellas que quedan. Para el modelo de la sociedad flexible, el sindicato es el epítome de todos sus contrarios”<sup>589</sup>.

Una línea semejante ha sido planteada por el profesor Baylos, pues considera que el Derecho del Trabajo en su conjunto es el que hace que un trabajo sea socialmente relevante: a partir del derecho al trabajo del artículo 35 de la Constitución Española “se diseña una ciudadanía cualificada con garantías individuales y colectivas sobre el trabajo”. Recientemente y a propósito del cambio en la escala de análisis, al verificarse la “sustitución del marco estatal de referencia –y de exclusión- por espacios supranacionales en donde se produce una cierta disociación entre las nociones de nacionalidad y ciudadanía y mercado”, obligando a algunas correcciones del modelo, distingue la noción de ciudadanía social, que enriquece el concepto a lo largo de un proceso histórico de “desarrollo de derechos públicos subjetivos, garantías institucionales y derechos prestacionales a cargo del estado”, cuya conexión es con “el trabajo como elemento material que borra la distinción entre extranjero y nacional en su propia actividad y fundamento, como relación social que implica un fenómeno universal”, y la ciudadanía política: fundada en la nacionalidad –que presupone la ciudadanía social- y pertenece al ámbito de la participación. Dicha participación se imbrica con la ciudadanía social: “en la determinación concreta de espacio público del alcance y las prestaciones del Estado y de los derechos sociales tanto mediante el procedimiento electoral y la participación política a

---

<sup>589</sup> GALLINO, Luciano, *Il lavoro non é...*, op. cit., p.p. 115 y 116. Esta misma conclusión respecto de la incompatibilidad entre contratación temporal y sindicalización, se encuentra en MONTROYA MELGAR, Alfredo, “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, N° 33, 2001, p. 64. Pese a que, como veremos, en su planteamiento la estabilidad en el empleo es un principio y el derecho al trabajo no tiene más que un valor programático, y los extensos debates en torno a su contenido se producen por un error en su ubicación constitucional. Sin embargo, en cuanto principio “informador” tiene un fundamento de política legislativa en tanto el trabajo tiene un valor social, es “un medio de vida y de inserción social” y económico-productivo representado en el “interés del empresario en adaptar el volumen y la duración del trabajo a las necesidades productivas, organizativas o de otra índole de la empresa”, op. cit., p. 61. De este modo, sin anclaje constitucional, sin un nexo con alguna noción de ciudadanía y asumiendo ambos intereses en conflicto, explica que el punto de equilibrio sería la estabilidad en el empleo, sin que se llegue a la inamovilidad. El punto medio de la estabilidad es descrito así: “podemos afirmar que, en su configuración clásica, la estabilidad en el empleo tiene una doble proyección central: a) la preferencia por los contratos indefinidos sobre los temporales, y b) la protección de los trabajadores frente a despidos injustificados”, op. cit., p. 62. Su análisis no aborda el derecho a la reinstalación en el puesto y define como principal defecto legislativo el alto costo del despido asociado al contrato indefinido, que junto con la introducción de la temporalidad sin vinculación a una necesidad empresarial como causa, de carácter temporal, hacen preferible ésta última forma de contratación, op. cit., p. 63 y siguientes.

través del ejercicio continuado de sus derechos de participación, asociación, información, libre expresión y manifestación.”<sup>590</sup>.

Junto con ello, dentro de la ciudadanía social, cuyo elemento central, como se dijera, es el trabajo asalariado, plantea la diferencia cualitativa entre los derechos colectivos respecto de los individuales. Lo anterior es constatable cuando se afirma que constitucionalmente no está definido el concepto de “trabajador por cuenta ajena”, y que el legislador no es libre para deslaborar prestaciones determinadas sin atender a “las notas caracterizadoras de la relación laboral y la comparación con categorías o supuestos incluidos y excluidos de la tutela que presta el ordenamiento jurídico laboral. Así se evita que pueda llevarse a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social, concepto jurídico político del que se deriva el goce de importantes derechos fundamentales, como los de libertad sindical y huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos, y emigración”<sup>591</sup>.

En fin, a la hora de enumerar los derechos determinantes, son aquellos colectivos los que vienen primero a la mente del autor. Pese a que, en sus palabras “nadie duda que uno de los propósitos de la Constitución española de 1978 era la de democratización de las relaciones de trabajo como condición necesaria de un sistema democrático en su conjunto”, admite que el de la Constitución es un “punto de partida ambivalente, en el sentido de dotar de valor político emergente a la más evidente condición de subordinación al poder de otra persona, y considerar a la vez que debe hacerse compatible esta situación materialmente desigual con un sistema de ciudadanía igualitaria”<sup>592</sup>, a partir de lo cual “se construye el tratamiento jurídico y político del derecho al trabajo”<sup>593</sup>, del artículo 35 de la Constitución española. Para mayor claridad: “[e]l reconocimiento del derecho social que lleva a cabo dicho artículo implica el enunciado de una ciudadanía cualificada por el trabajo que es desigual económica, social y culturalmente a través de la inserción en el circuito de producción de bienes para el mercado a cambio de remuneración, pero que tendencialmente ha de dirigirse hacia la progresiva nivelación de esa situación materialmente desigual en donde desempeñan un papel activo tanto los poderes públicos

---

<sup>590</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Desde el sur de Europa: notas sobre la ciudadanía en los tiempos de crisis”, en la obra colectiva *Estudios en Homenaje a Klaus Lörcher*, WSI y Fundación Böckler, de la Universidad de Hamburgo y Nadine Zeibig, (por publicar); y en *Revista Laboral y de la Seguridad Social* N°4, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013, (por publicar).

<sup>591</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en la obra colectiva *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, España, 2005, p. 26. También se advierte en la obra del profesor MONEREO PÉREZ, quien señala el trabajo digno y protegido es una condición necesaria e indispensable para disfrutar de una ciudadanía plena, y, por el contrario “el trabajador precario ve reducida estrictamente el disfrute efectivo de las garantías y derechos sociales. Pero también queda apartado en la práctica de las ventajas de la sindicalización y del entramado propio del sistema de negociación colectiva”, “El trabajo precario”, en la obra colectiva *El Trabajo*, op. cit., p.395.

<sup>592</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “El derecho al trabajo...”, op. cit., pp. 24 y 25.

<sup>593</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “El derecho al trabajo...”, op. cit., p. 25.



como especialmente los propios trabajadores a través de sus organizaciones representativas”<sup>594</sup>.

En este punto se comprueba la veracidad de la importancia de lo que es un diseño constitucional. En 1958, Alonso Olea –rotundo partidario de la tutela real del puesto de trabajo- al referirse a la huelga, consideraba que constituían un incumplimiento contractual todas aquéllas que no sirvieran para “formalizar un conflicto *de trabajo*” y que el ordenamiento “acepta los duros sacrificios jurídicos y no jurídicos, que tal modo de formalización implica de suyo, siempre que sea aquélla la verdadera finalidad; no los acepta, de ahí la declaración de ilegitimidad o de ilicitud, cuando no es un conflicto de trabajo el que se formaliza, sino un conflicto de otro tipo, como es, por ejemplo, el caso de las huelgas políticas, una manifestación de las cuales son las llamadas huelgas generales”<sup>595</sup>.

Una postura semejante no es asintomática o un azar histórico. Ofrece una muestra de los diferentes efectos de los derechos en relación a una democracia, ya que la tutela real del puesto de trabajo, es una política legislativa de protección fuerte del trabajador, pero siempre de carácter individual (aunque indirectamente repercuta en beneficio de lo colectivo), y los derechos de asociación y huelga se conectan directamente con aspectos colectivos y de redistribución del poder.

Como ilustra Gorelli, en un detallado repaso por la historia del despido, por algo es que la primera fase de la dictadura franquista es caracterizada de gran estabilidad, realizándose algo inédito como un control judicial previo al acto de despido. Señala: “el siguiente estadio evolutivo lo vamos a encontrar con la regulación franquista del despido. Debido a la duración misma del largo período de dictadura, se sucedieron diferentes posicionamientos normativos frente al despido. Así, de entrada, en un primer momento la intención del legislador fue la de dotar a la relación laboral de gran estabilidad, probablemente como consecuencia de motivaciones de carácter político (necesidad de

---

<sup>594</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “El derecho al trabajo...”, op. cit., p. 24.

<sup>595</sup> ALONSO OLEA, Manuel, *El despido, (un estudio del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1957, p.217. Que contrasta con la definición, y por ende, su significado básico (antes de su encuentro con el Derecho y su fijación de límites de licitud), dada por Giugni en orden a que la huelga “es históricamente el instrumento de lucha de grupos subalternos que, con ella, miran a reequilibrar su déficit de fuerza social”, GIUGNI, Gino, *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, Italia, 2006, p. 230, sin contar el desarrollo de la OIT sobre el punto, Cfr., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994. Párrafo 165; *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006. Párrafo 528. En este argumento también se hace evidente que resulta ineludible, ante cualquier objeto de estudio, atender simultáneamente al tratamiento que de lo colectivo se esté dando en un ordenamiento, para conocer el estado de su Derecho del trabajo y de la salud de su democracia.



compensar la pérdida de derechos colectivos de los trabajadores tras la II República)<sup>596</sup>. Y asimismo, en su fase final, con las características erráticas del poder en retirada y en plena crisis económica se pretende establecer “un sistema fuerte de tutela laboral ante el despido, imponiendo en la práctica una alta dosis de estabilidad en el empleo: la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Ley 16/1976) regula en su art. 35 la obligación de readmitir al trabajador arbitrariamente despedido; es decir, se suprimen los efectos extintivos del despido improcedente y se impone la readmisión del trabajador”<sup>597</sup>. Medida que duró poco<sup>598</sup> pero cuya lectura política fue bastante unánime en la doctrina, según recopila Gorelli: “La función de propaganda de esta norma es evidente, pues surge en el momento en que el régimen está comenzando a disolverse, aprobándose con la intención de maquillar la situación social y compensar la falta de derechos colectivos de los trabajadores. En este sentido, Ojeda Avilés, A., señalaba que esta regulación era ‘Expresión de un fascismo arrinconado y ávido de hacer méritos ante la democracia’, ‘El final de un principio (la estabilidad en el empleo), en AA.VV., ‘Estudios de derecho del Trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón, Tecnos, Madrid, 1980, página 468. También Valdé dal Ré, F., se refería a esta regulación señalando que procedía del ‘más puro populismo legislativo’, ‘Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral’, Papeles de Economía española n° 22, página 306; Carmona Ruana., M., hablaba de ‘intento de frenar los movimientos sociales emergentes a través de una regulación que se ha calificado paternalista’”<sup>599</sup>.

Sin descuidar el problema de la “ciudadanía”, Baylos, apoyándose en Ferrajoli, señala: “[I]a separación entre las nociones de ciudadanía y de personalidad, que fundamenta la atribución de derechos fundamentales, está en el centro del debate actual sobre lo que se viene a llamar ‘constitucionalismo mundial’, en la idea de transformar en derechos de la persona, desvinculándolos de la idea de pertenencia a una comunidad –aunque sea ésta supranacional, como pasa con la ciudadanía europea (...). Repárese en que para el art. 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2002) –Carta de Niza– ‘toda persona’ tiene derecho a trabajar, mientras que la libertad de buscar empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro de Europa se reconoce a *todo ciudadano de la Unión*”<sup>600</sup>.

Aunque cabe anotar que, en la propuesta de Ferrajoli la libertad de expresión, de pensamiento y la libertad personal van juntas en la categoría derechos de libertad, y que no tendrían relación con ciudadanía pues, tradicionalmente las Constituciones se los han reconocido a los “no ciudadanos”. Asimismo, sobre los derechos de autonomía privada (estipular contratos y ejercitar acciones en los tribunales y el derecho de propiedad, ser o convertirse en propietario) señala que “[I]o único que todos estos derechos tienen en

<sup>596</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste del despido...*, op. cit., p. 72. Refuerza sus aseveraciones citando a Casa Baamonde., María Emilia; Baylos Grau, Antonio y Escudero Rodríguez, Ricardo, “Flexibilidad legislativa y contractualista en el Derecho del Trabajo español”, *Relaciones Laborales* N° 23 de 1987, p. 11.

<sup>597</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico del despido...*, op. cit., p. 72.

<sup>598</sup> Sólo seis meses hasta su modificación por el Real Decreto- Ley 18/1976, Gorelli, Juan, *El coste del despido...*, op. cit., p. 72.

<sup>599</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste del despido...*, op. cit., p. 72., nota 166.

<sup>600</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “El derecho al trabajo...”, op. cit., p. 31, nota 31.

común es que ninguno de ellos es, como ya se ha dicho, un derecho de ciudadanía, puesto que todos los derechos de la persona son atribuidos también, según la mayoría de los códigos y de las constituciones modernas, a los no ciudadanos. Su unificación en la sola categoría de los derechos civiles, definidos e interpretados en términos de ‘libertad’ se remonta al código civil de Napoleón, que introdujo una expresión que abarcaba todos aquellos derechos que no eran políticos. Pero es también responsabilidad de la doctrina marxista que, como se sabe, hizo a todos estos derechos objeto de una única crítica. Fue, como he sostenido otras veces, una operación política de la cultura jurídica liberal acríticamente avalada por la cultura marxista, que ha permitido a la primera acreditar a la propiedad con el mismo valor que ella asociaba a la libertad, y a la segunda desacreditar a las libertades con el mismo desvalor que atribuía a la propiedad”<sup>601</sup>.

Ante lo cual, se puede pensar que esas libertades adquieren un valor democrático diferente ante el fenómeno asociativo laboral, por su corrección de la situación de debilidad, en que ya no serán ejercidos de un modo irrelevante para el poder. Por otro lado, en su crítica al liberalismo y al marxismo apunta a lo tratado respecto a la concepción de los derechos como “cartas de triunfo”, es decir, a concebirlos como detentadores de una especie de “naturaleza”, de un ADN que los obliga a ser ejercidos como pretensiones “en contra de todos”, generalización de una arquitectura que parece más bien referirse al derecho de propiedad. Y, finalmente, tornar al problema de la escala de justicia, en que los derechos fundamentales y los derechos laborales exigen universalidad, por lo que, de utilizarse el concepto de ciudadanía, para que no actúe como factor de exclusión, debe remitirse entonces a una ciudadanía mundial<sup>602</sup>. Pero que tiene que sortear el que su correlato principal sea un poder que se moviliza como un Imperio: el de las transnacionales<sup>603</sup>.

Aparece entonces que es la modernidad la que desafía y vence ese modelo hablándonos de los derechos del hombre, en que la libertad individual no depende de la pertenencia a la comunidad. Norberto Bobbio despliega su tesis de que el gran triunfo del pensamiento moderno es establecer que primero está el individuo, singularmente concebido, que tiene valor por sí mismo, y después viene el Estado<sup>604</sup>, y no viceversa<sup>605</sup>. El problema del

<sup>601</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, (séptima edición), traducción Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, 2010, pp. 101 y 102.

<sup>602</sup> Sobre este último punto se puede ver en extenso a FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, op. cit., pp. 97 y siguientes; también BAYLOS GRAU, Antonio, “Desde el sur...”, op. cit. El problema de las escalas de justicia fue tratado a propósito del Sistema Regional Interamericano, en el Capítulo I de esta tesis.

<sup>603</sup> JEAMMAUD, Antoine, “Los derechos de participación...”, op. cit., p.188. La política imperialista, explicará Hannah ARENDT, se define por su “expansión por la expansión”, *Los orígenes ...*, op. cit., p. 36. Dirá la autora: “[l]o malo es que nuestra época ha entretejido tan extrañamente lo bueno con lo malo que, sin ‘la expansión por la expansión’ de los imperialistas, el mundo no habría llegado a estar unido, sin el artificio político de la burguesía del ‘poder por el poder’, jamás se habría descubierto la medida de la fortaleza humana”, op. cit., p. 27.

<sup>604</sup> Ferrajoli plantea que, en la actualidad, el constructo Estado “es demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes. Es demasiado grande para la mayoría de sus actuales funciones administrativas que exigen, incluso en aquellos casos en que no se producen tensiones disgregadoras o separatistas, formas de autonomía o de organización federal que se enfrentan a los viejos modelos centralistas. Y, sobre todo, es demasiado pequeño para las funciones de gobierno y tutela que son

trabajo, es que descubrió hace tiempo y dejó a la vista que ese marco de referencia es insuficiente, y que el Estado no es el ente abstracto primordial al cual remitirse o del cual defenderse.

#### **d) Autonomía como concepto clave de los derechos fundamentales.**

Si la premisa es que el estadio actual de la organización de la producción es “el copamiento total de los espacios de autonomía del trabajador como medio de optimización del rendimiento productivo de los factores contratados por el propietario”, el que ya no se ejecuta “como antaño en la Fábrica de Ford, mediante el reloj control y el control inspectivo del supervisor, sino por medios más ligeros, pero igualmente penetrantes”, como el control tecnológico; el reforzamiento de la denominada “cultura de los valores empresariales, y su notable éxito para difuminar la separación entre vida laboral y vida privada”<sup>606</sup>, la consecuencia es que el concepto de autonomía, aplicado en dos ámbitos principales de derechos fundamentales en materia laboral, libertad sindical y derechos inespecíficos, es la llave interpretativa que logra la democratización de las relaciones laborales. En Chile, se ha explicado en los siguientes términos “[u]na de las más potentes articulaciones a la justificación del fenómeno colectivo laboral viene de la teoría democrática. La negociación colectiva es una forma de dar poder y, por tanto, de aumentar la posibilidad de ser oído a un sector especialmente vulnerable, como son los trabajadores asalariados, quienes tienen en la acción colectiva una herramienta para incidir y participar en el debate y diálogo democrático”<sup>607</sup>.

Pero es importante reiterar que los efectos de unos y otros no son los mismos: es en los derechos propios de la libertad sindical donde se encuentra la redistribución de la riqueza y del poder dentro de la relación laboral<sup>608</sup>, como ya se dijera, lo que los dota de mayor

---

imprescindibles ante los procesos de internacionalización de la economía y ante las siempre más tupidas redes de interdependencia que condicionan de forma ya irreversible la vida de todos los pueblos”, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 151.

<sup>605</sup> BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, España, 1991, pp. 161 y siguientes.

<sup>606</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, *Derechos, Trabajo y...*, op. cit., p. 22

<sup>607</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo y UGARTE CATALDO, José Luis, *Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2009, p.2.

<sup>608</sup> Por lo ya explicado sobre la realidad sindical chilena, no me interesa profundizar en la debida exposición en cuanto a que dentro del sindicalismo existen diversos “canales” de representación, una de cuyas principales diferencias está dada según se encuentren más lejos o más cerca de la política. Básicamente, el sindicalismo de empresa se ubica más lejos y se supone que es el que debe dar la flexibilidad o el mejor ajuste a los aspectos “domésticos” de cada realidad productiva, que es el sindicalismo que existe en Chile. A la inversa, las organizaciones territoriales o sectoriales, en particular si tienen la representación nacional, son las que dialogan con el Estado o agrupaciones patronales de equivalente dimensión, y realizan una labor política, que es la que ha sido objeto de las mayores críticas, en cuanto a haber sido asimiladas por los lineamientos políticos y económicos del Estado.

ofensividad político-económica, que los derechos inespecíficos<sup>609</sup>. Y es esa característica la que hace que el legislador se ocupe de regular aquéllos con mucho cuidado, mientras que los inespecíficos tuvieron que ser recogidos por la actividad del juez para dar eficacia a la finalidad general que éstos poseen: dar un espacio de autonomía al trabajador.

Y esa riqueza de la realidad tiene explicación en otra idea preliminar, sin la cual no se podrá entender cómo funcionan los derechos fundamentales en sede laboral: no estamos ante el Estado que invade al ciudadano, cuya actuación se rige y manifiesta por el principio de legalidad, estamos ante un particular cuya actuación no está exhaustivamente reglada ni se manifiesta por actos formales. De ahí la relevancia de haber establecido que sus conductas (cubiertas en principio por sus poderes empresariales), puedan ser contrastadas con posiciones del trabajador (que se corresponden con sus derechos fundamentales)<sup>610</sup>, y por ello eventualmente restringidas y sancionadas, que es el estado actual de la cuestión, y cuya definición final se entrega al conocimiento del juez.

Una situación intermedia, pero conectada al fortalecimiento de la democracia, representa la legislación sobre derechos de conciliación, ya que, establecidos a nivel legal, concretan valores constitucionales que deben presidir las relaciones laborales, creando posiciones del trabajador que constriñen el poder directivo, pero expresando además un cambio en algunos de los paradigmas que basaron la creación del Derecho del Trabajo. “Los últimos frutos de tal evolución, encarnados en la LO 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, han intentado incorporar al Derecho Patrio aquella perspectiva de transversalidad (*mainstreaming*), y no consisten simplemente en un ensanchamiento notable de estos derechos de conciliación (algo necesario y de cuyas bondades no dudan ni siquiera las empresas llamadas a soportarlos), sino también en un cambio cualitativo, que guarda relación con la evolución sociológica que ha de vivir una sociedad plenamente democrática. Conforme al nuevo paradigma (apreciable ya en normas comunitarias tales como la Directiva 96/34/CE, de modificación de la Directiva 76/2007/CE, de Igualdad de Trato<sup>611</sup>), la conciliación no va tanto (o, al menos, no va sólo) destinada a proteger a la mujer trabajadora, considerándola como parte débil del mundo laboral (...) Antes al contrario, la perspectiva por la que apuesta la nueva legislación viene dada por componer un panorama nuevo y distinto, capaz de modificar la concepción androcéntrica originaria del Derecho del Trabajo<sup>612</sup>, en la cual se trate de lograr una corresponsabilidad plena entre varones y mujeres en la atención de las tareas familiares, consiguiendo así, correlativamente, un reparto equilibrado de los evidentes sacrificios laborales que tal atención comporta (hasta el objetivo final de conseguir que al empresario le resulte indistinto contratar o dar responsabilidad a un hombre o a una mujer), lo cual redundará, por pura lógica, en una participación más plena de las mujeres en el ámbito laboral”<sup>613</sup>.

<sup>609</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, *Derechos, Trabajo y ...*, op. cit., pp. 47 y 52.

<sup>610</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, *Derechos, Trabajo y...*, op. cit., p. 66.

<sup>611</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “La modalidad procesal especial...”, op. cit., p. 27., en cita a Casa Baamonde, María Emilia, “De la igualdad de retribuciones por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo Derecho Antidiscriminatorio”.

<sup>612</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “La modalidad procesal especial...”, op. cit., p. 27., en cita a Casas Baamonde, María Emilia, “Transformaciones del Trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”.

<sup>613</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “La modalidad procesal especial...”, op. cit., p. 27.

Lo anterior, cristaliza una vez más opciones respecto de valores que son canalizadas por el Derecho. En veinte años se ha presenciado una incesante búsqueda de la mejor interpretación a esos fines, que hoy apuntan a la corresponsabilidad: si en 1992 una sentencia de amparo negaba la concesión de un complemento económico a un hombre, por justificar la razonabilidad del trato diferente en base a la discriminación y mayor carga en los cuidados sobre la mujer<sup>614</sup>, hasta las sentencias que hoy incorporan la jurisprudencia europea de Roca Álvarez C-104/2009 de 30 de septiembre de 2010, en que se reconoce, por ejemplo, “el permiso de lactancia al padre aunque la madre no tuviera la condición de trabajadora, (requisito imprescindible éste para el acceso paterno bajo la regulación anterior a la reforma de 2012)”<sup>615</sup>. Y se explora en nuevas categorías en que la sociedad asume en parte otro tipo de dificultades para el desarrollo de la vida laboral, como la del cuidado de discapacitados, tomando con ellas medidas de corrección. “En los últimos años se está produciendo un curioso efecto de visualización de la cuestión de la conciliación en el espacio normativo y jurisprudencial de la Unión Europea, que ha tenido manifestaciones muy peculiares. Así, ha sucedido, por ejemplo, en el art. 6 de la Directiva 2000/78, que admite la posibilidad de diferencias de condiciones laborales por la edad, aunque incluyendo a los sujetos con responsabilidades familiares. De otro lado, se está produciendo una curiosa interpretación extensiva por parte del TJUE de las cuestiones relacionadas con la conciliación-corresponsabilidad, tomando como referencia fundamentos jurídicos muy novedosos, como por ejemplo, la discriminación por causa de discapacidad por vinculación, que es la que se produce contra la persona que tiene a su cargo un discapacitado y dando lugar a sentencias particularmente relevantes en el ámbito de los derechos laborales correspondientes a las personas con responsabilidades de cuidado”<sup>616</sup>.

La crítica más seria a la autonomía colectiva, y en especial, a este tipo de intervenciones legislativas, como podría ser la de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un

---

<sup>614</sup> Explica la sentencia que es razonable “el reconocimiento de este complemento sólo a las mujeres, sobre la base que, pese a la afirmación constitucional de igualdad, la realidad social y la tradición histórica han hecho recaer sobre ellas el núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente de los hijos”, por ello no es discriminatoria una medida como ésta, tendente a facilitar ‘el acceso al trabajo de un grupo de clara desigualdad social’, evitando, mediante el empleo de guarderías infantiles, ‘que una práctica discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños’, comentario de FERNÁNDEZ LÓPEZ a la STC 128/87 de 16 de julio, en “Igualdad y no discriminación...”, op. cit., p. 113.

<sup>615</sup> BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El irreconocible derecho...”, op. cit., p. 117, en referencia a la STSJ País Vasco de 4 de octubre de 2011.

<sup>616</sup> BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El irreconocible derecho...”, op. cit., p. 184, a propósito de las sentencias europeas: Asunto *Coleman*, STJUE, de 17 de julio de 2008, C- 303/06; asunto *Meerts*, STJUE de 22 de octubre de 2009, C-116/09; y, Asunto *Zentralbretiesbrat*, STJUE de 22 de abril de 2010, C- 486/08.

marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>617</sup>, se ha apoyado en algunos de estos derechos, planteando ya no una crítica económica sino precisamente, socio cultural. “A partir de los años ’90, y quizá también ’80, del siglo pasado, se registraron relevantes mutaciones a nivel de equilibrios sociales y modelos culturales; ello no solamente por la prevalencia de una indistinta clase media, en la cual confluyó parte de la clase trabajadora, sino por una general difusión de culturas y estilos de vida *individualistas*, portadores de una tendencia a la diversificación de los intereses y las elecciones existenciales. Esto también en conexión con fenómenos como la mayor presencia de las mujeres en el mercado de trabajo”. Según Del Punta, siguiendo a Simitis, “[e]n este nuevo contexto ha resurgido, a menudo en antítesis con las instancias igualitarias, la importancia del valor de la *libertad*: la libertad de elegir el trabajo, de proyectar individualmente la propia vida. No hay duda, de hecho, que, en el pasado, los trayectos (o al menos los deseos) individuales fueron mayormente condicionados, respecto a lo que sucede en la más fragmentaria sociedad hodierna, por la pertenencia social”<sup>618</sup>.

---

<sup>617</sup> El artículo 6 de la Directiva en cuestión, se refiere a “La justificación de diferencias de trato por motivos de edad”, haciendo excepción al artículo 2.2, que regula cuándo habrá discriminación, respecto del punto 1 de la misma norma, que define lo que es principio de igualdad de trato como “la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”, norma esta última que establece los criterios de discriminación e incluye la edad, junto con la religión o convicciones, de discapacidad, y la orientación sexual. Lo que hace el artículo 6 es regular una causa legítima de justificación en caso de tratos desiguales en base a la edad, al decir “1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo”.

<sup>618</sup> PUNTA, Riccardo Del, *Diritto del...*, op. cit., p. 79

Después de tales reflexiones concluye que “[e]l Derecho del Trabajo nació y se desarrolló en este contexto, como para agregarse, con la ‘capa’ de la propia normativa protectora, tanto legal como colectiva, aunque dirigida al interés del trabajador, a los factores sistémicos que están en el origen de aquélla que fue definida, sobre la inspiración de J. Habermas, ‘colonización’ del individuo y de sus elecciones (S. Simitis)”<sup>619</sup>. Pese a que, como ya se explicara, los ejemplos utilizados para sostener este cambio en los supuestos que dieron lugar al Derecho del Trabajo -discriminación por razón de sexo, intimidad, edad de los trabajadores- y en que sus instrumentos se habrían mostrado ineficaces y desconectados de los intereses de cada trabajador individual, ninguno forma parte del problema redistributivo directamente, sino que son los temas que en los últimos veinte años el legislador laboral ha incorporado a sus centros de preocupación, por diversas razones, como un enriquecimiento de los objetivos, al haberse extendido el Derecho del Trabajo a algo más que tutela de condiciones mínimas de trabajo (sin perjuicio que todos estos problemas repercuten en problemas de redistribución), una vez que se tendió un puente entre la disciplina protectora del trabajo con la ciudadanía y se la concibió como regulador de las materias indispensables para el logro de una verdadera autonomía y participación en términos universales y no ya “ciudadanía” como categoría de exclusión<sup>620</sup>. Paradójicamente, si bien ni Del Punta ni Simitis llegan al extremo de postular su abolición, sólo despliegan una crítica extensa que buscaría, ahora con Sinzheimer, lograr “el resurgimiento del hombre en los procesos productivos”. “Han pasado ya sesenta y ocho desde que Hugo Sinzheimer, en su necrología a Philipp Lotmar, auguraba el ‘renacimiento del hombre en el proceso productivo’. A primera vista, Sinzheimer se limitaba a replicar a las ideas centrales de Lotmar. En realidad aquello que a él le interesaba subrayar era la

---

<sup>619</sup> PUNTA, Riccardo Del, *Diritto del...*, op. cit., p. 79.

<sup>620</sup> Que en el fondo es la antítesis de lo que Pisarello denomina la “lumpenciudadanía”, surgido del modo de producir de los países del primer mundo en la periferia (Asia, África y América), una vez que no pudo sostener el esquema de la lógica de acumulación del sistema económico internacional, de modo que no pudo “satisfacer sin conflicto las demandas combinadas de las clases trabajadoras occidentales –derechos sociales generosos, pero para relativamente poca gente- con las de los pueblos del Tercer Mundo –derechos sociales básicos, pero para mucha gente– los ensayos democratizadores e igualitarios en la periferia fueron cancelados de manera drástica”, al hacerlo, “estas relaciones (neo) coloniales se han convertido en causa principal de la migración de millones de personas hacia diferentes regiones y países de centro. Como consecuencia de ese ‘efecto salida’, la asignación de derechos políticos y sociales ha pasado a vincularse, cada vez más a la noción de ‘ciudadanía’, convertida ya en un auténtico estatuto de privilegio. En virtud de esta realidad las minorías no nacionales, sobre todo cuando se trata de migrantes económicos pertenecientes a grupos vulnerables por razones de origen étnico, lingüístico o religioso y por su situación administrativa (las personas en situación de irregularidad o ‘sin papeles’), pasan a convertirse en una ‘infraclase’ que accede con frecuencia a un estatuto de *lumpenciudadanía*. Este estatuto les asegura el derecho a prestaciones sociales mínimas (en materia de asistencia sanitaria, por ejemplo), que les permiten una incorporación debilitada al mercado laboral, pero no les otorga, en la mayoría de los casos, el reconocimiento de genuinos derechos de participación y de ciudadanía política”, PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales...*, op. cit., pp. 32, 33 y 34.

legitimación y el fin de toda norma iuslaboral. No hay duda que sin la actividad colectiva de los trabajadores, coherentemente ejercitada y asimismo consecuentemente defendida y sin las numerosas intervenciones del legislador, toda ulterior reflexión de renacimiento sería ociosa. Pero no hay tampoco duda sobre el hecho que el renacimiento requiere mucho más. Supone la renuncia radical a todo tipo de tentativos de instrumentalización y colonización estatales y corporativos del trabajador individual. La vía para el renacimiento conduce, entonces, al redescubrimiento del trabajador como sujeto<sup>621</sup>. Pero esa abonada cita debe tomarse con mucha precaución ya que la doctrina de Sinzheimer siempre basculó sobre la idea de comunidad, que “no excluye la diversidad”. “Nuestro objetivo es desmitificar todo esto, para poner a disposición de los trabajadores un derecho común. Tal comunidad no equivale, sin embargo a igualdad de derechos. La comunidad no excluye la diversidad –aunque estemos a favor de dar vida a un Derecho del Trabajo común para todos los trabajadores, debemos hacernos cargo del hecho natural que dentro de los intereses comunes de los trabajadores hay intereses especiales en sus diferentes grupos individuales”<sup>622</sup>.

Podría decirse que hay coincidencia de objetivos, autonomía, pero oposición en cuanto a los medios de consecución. Pero en ciertas lecturas también. Si se busca en la terminología de Habermas, plantea la “autonomía social”<sup>623</sup> como capacidad de articulación por parte de los implicados. Ésta presentaría como rasgo nuevo, el que “no se desarrolla en términos individuales sino en términos solidarios. Para el ámbito de la producción baste la referencia al movimiento sindical. En este campo, y a ello estamos acostumbrados hace ya mucho tiempo, los niveles determinantes de protección y renta, ni se establecen individualmente, ni tampoco vienen regulados por el Estado (...) El que en términos de convenio colectivo pueda establecerse incluso derecho coercitivamente vigente, es un buen ejemplo de la primacía que en este campo ha conseguido la autonomía social frente a la determinación desde fuera por parte del Estado”<sup>624</sup>.

Es más, considera que la “autonomía en el establecimiento de convenios colectivos es, ciertamente, un buen ejemplo de la estructuración jurídica interna de un sistema de acción no estatal especializado en la solución de conflictos; y el ejemplo demuestra también cómo el *status* jurídico positivo de miembros de una asociación puede ser dotado de derechos cuasipolíticos de participación y asimilado al *status* activo de ciudadano”<sup>625</sup>. Es precisamente a esta positiva evaluación del fenómeno que Spiros Simitis dirige una punzante crítica, que alcanza además a la norma laboral de carácter legal, como formas de configuración jurídica de lo que suele entenderse como situación laboral normal, en desmedro de lo que sería una verdadera autonomía: “[l]a ley y el convenio colectivo no establecen puentes para la autodeterminación del trabajador, sino que, por el contrario, por mor de una mejor protección del trabajador individual, institucionalizan la determinación desde fuera. Mientras la ley y el convenio colectivo no entiendan efectivamente al trabajador como individuo, sino como parte de un colectivo, no pueden cumplir su tarea de

<sup>621</sup> SIMITIS, Spiros, “Il Diritto del Lavoro...”, op. cit., p. 113.

<sup>622</sup> SINZHEIMER, Hugo, “El perfeccionamiento del Derecho...”, op. cit., p. 51.

<sup>623</sup> En cita a E. Schmidt.

<sup>624</sup> HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, op. cit., p. 494.

<sup>625</sup> HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, op. cit., p. 495.



hacer valer exigencias, demandas y requisitos que neutralicen las consecuencias que la dependencia en el puesto de trabajo comporta”<sup>626</sup>.

Cabría sostener que mientras no se modifique el mercado como forma considerada valiosa de distribución de bienes -por ser constitucionalizada también-, esa dependencia no puede corregirse. Habermas aclara que con su crítica, Simitis, naturalmente no pretende convertirse “en abogado de un neocontractualismo nostálgico del pasado; pues las causas que condujeron a las regulaciones estatales no desaparecen en absoluto con la desregulación”, ya que el mismo Simitis reconoce que “la intervención no fue un producto arbitrario o casual y, por tanto, no se le puede dar sin más marcha atrás”<sup>627</sup>.

Agrega Habermas que estos y otros análisis llaman la atención sobre problemas concernientes a equiparación e igualdad de trato que *per se* no quedan resueltos por una imposición efectiva de los derechos procedimentales vigentes o por la introducción de nuevos derechos procedimentales. “La relación correcta entre igualdad fáctica e igualdad jurídica no puede determinarse atendiendo a derechos privados subjetivos. Bajo la premisa de la cooriginalidad de la autonomía privada y la autonomía pública esa relación puede ser determinada en última instancia por los ciudadanos mismos”<sup>628</sup>. Es decir, no concluye que la vía sea el ejercicio de derechos por cada trabajador, sino una combinación, como siempre ha hecho del Derecho del Trabajo, de tutelas de origen privado y público, porque el individuo no podrá resurgir y dejar de ser un “tutelado”, en la medida que esa premisa que Simitis reconoce pero no sortea, de desigual distribución del poder, no haya sido corregida.

Una cosa distinta es que se encuentre en desarrollo si algunos derechos, como los vinculados a no discriminación, sean mejor protegidos al establecerse como derechos de cada trabajador, y no, por ejemplo, condicionados al acuerdo colectivo. Ese es el caso de la adaptación de jornada del 34.8 del ET<sup>629</sup>, que lo remite a la negociación colectiva o al acuerdo individual en defecto de aquella, (acuerdo se contaminará del desequilibrio de poder negociador). El dilema regulatorio tiene que ver con qué se le está dando en definitiva al trabajador, haciéndose evidente en la STC 24/2011, de 14 de marzo: al resolver la hipótesis de la “adaptación de jornada”, lo que parecía ponderación por parte del tribunal y pese a la alusión al carácter iusfundamental que subyace a los derechos de conciliación, fue resuelto como regla<sup>630</sup>. La decisión fue negar el derecho a la adaptación por no presentarse una de sus condiciones de ejercicio: existencia de un pacto individual o colectivo. De esta manera, si se quiere dejar a nivel de derecho individual -y atendida la pérdida de poder negociador del sindicato es una “segunda opción”-, sí debieran legislarse como posiciones autoejecutables que sólo por calificadas causales pueden ser, *a posteriori*,

---

<sup>626</sup> HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, op. cit., p. 495.

<sup>627</sup> Citando su obra “Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?” en J. Rusen y otros, Die Zukunft der Aufklärung, Frankfurt a. M., 1988, p. 177, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, op. cit., p. 497.

<sup>628</sup> HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, op. cit., p. 497.

<sup>629</sup> Regla de regulación de la jornada de trabajo que prescribe: “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”.

<sup>630</sup> Punto resolutivo número 3. Y en contraste con la posterior STC 26/2011 de 14 de marzo.

impugnadas por el empleador, de lo contrario, pierden casi totalmente su virtualidad. Es decir, si la vía fuera establecerlo como un derecho cuyo ejercicio dependa de la decisión autónoma del trabajador, deberá ser la ley, por ende, la tutela heterónoma, la que establezca el entramado que permita el ejercicio del derecho, por ejemplo: que no requiera el consenso del empleador y que el eventual conflicto jurídico por su ejercicio esté muy circunscrito en sus causales<sup>631</sup>, siendo una opción más radical que entregarlo a un juicio de ponderación, además de dotarlo de una vía procesal que no afecte la tempestividad con la que quiera gozarse de la prerrogativa. Es decir, a un poder autoejecutable como el del empleador o ponerle un poder igual, dando equilibrio a las partes de la relación, que no sería descartable, dada la situación actual del Sindicato<sup>632</sup>.

Volviendo a un planteamiento más tradicional, la autonomía privada encuentra su tutela jurídica, según la más reputada doctrina civilista, nada menos que “en la idea misma de persona. Si la persona es un ser de fines cuya dignidad, derivada de su naturaleza racional, el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer, no cabe ninguna duda que debe reconocerse a la persona un ámbito de autosoberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas y a través de ellas dar cauce a sus fines, intereses y aspiraciones (...). A esta idea de poder de autogobierno de los propios fines, nosotros la hemos denominado ‘autonomía privada’. El contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada”<sup>633</sup>. Para Betti, refiriéndose a los negocios jurídicos en general como manifestaciones de autonomía privada, estamos ante fenómenos sociales, y “lo que hay que buscar entonces es la función típica de este fenómeno social que es lo que el derecho valora y tutela hasta el punto de elevarlo a categoría de fenómeno jurídico preceptivo para sus autores”<sup>634</sup>. Pero nótese que al mismo tiempo que se afirmaba su valor, se describían sus límites en las voces ley, moral y orden público”<sup>635</sup>. Al igual que el Código francés de 1804, que fijaba los límites de la autonomía privada en “la ley, el orden público y las buenas costumbres”<sup>636</sup>. En otro orden de ideas, la doctrina de la eficacia mediata de los derechos fundamentales, éste en un primer momento se entendía que se ejercía “a través de las cláusulas generales del Derecho civil como el orden público o las buenas costumbres o los conceptos jurídicos indeterminados. El Tribunal Constitucional ha seguido esta orientación mayoritariamente desde la conocida sentencia Luth”<sup>637</sup>. Que delinear el primer encuentro entre Derecho y moral, cuestión que como ya se explicara potencia la irrupción de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

Incluso en una doctrina abiertamente crítica de los derechos fundamentales: la marxista<sup>638</sup>, existen algunos de ellos que tienen un signo relevante para lograr el fin último del hombre:

<sup>631</sup> Por ejemplo, la falta de una formalidad establecida de preaviso.

<sup>632</sup> Aspecto que será tratado en la sección tercera puntos 3 y 4 de este Capítulo.

<sup>633</sup> DIEZ-PICASO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Tecnos, (segunda edición), Madrid, España, 1979, p. 92.

<sup>634</sup> DIEZ-PICASO, Luis, *Fundamentos...*, op. cit., p. 163.

<sup>635</sup> DIEZ-PICASO, Luis, *Fundamentos...*, op. cit., p. 163.

<sup>636</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Trabajo y Derecho*, Legalpublishing (segunda edición), Santiago de Chile, 2012, p. 59.

<sup>637</sup> EMBID IRUJO, Antonio, op. cit., p. 8, en cita a Durig.

<sup>638</sup> En el clarificador estudio de Manuel ATIENZA, *Marx y los derechos humanos*, explica: “aunque no exista una teoría marxiana (ni marxista) de los derechos humanos, lo que sí existe es una crítica de Marx a los

su autodeterminación, “la verdadera libertad, para él, significaba autodeterminación del hombre de desarrollar todas sus potencialidades”<sup>639</sup>. Sentado que su análisis llega sólo hasta el momento en que los derechos humanos eran civiles y políticos y constituían un deber de no intervención estatal<sup>640</sup>, es posible encontrar en el Marx del último período un cierto reconocimiento a los derechos humanos, en el sentido que son medios y no fines, que pueden ser aprovechados por los obreros. Se refería a la libertad de pensamiento, de creencias, de asociación, de huelga y de libertad de prensa<sup>641</sup>.

Es allí donde reingresa la idea de que los derechos fundamentales se encuentran dotados de diverso peso político en el sentido marxista, que es aquella que plantea la necesidad, al ser manejados por los operadores jurídicos, en particular los jueces: los derechos fundamentales deben ser entendidos como condiciones necesarias para el ejercicio de la “ciudadanía activa”. Pero ello implica que sean comprendidos los diversos pesos políticos que unos y otros ostentan.

Es desde esta raíz que ilustra tal distinción Fernando Muñoz, con el siguiente caso chileno: “La Dirección del Trabajo estimó en el ya señalado dictamen que tal precepto legal materializa ‘el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como ‘ciudadanía en la empresa’. Para el organismo administrativo, tal concepto ‘implica una valoración ya no simplemente del trabajo sino que de la persona que trabaja, y que a tal efecto en la Constitución está tratada no como trabajador, sino como ciudadano’; lo que se expresaría en que se hacen extensivos al espacio laboral derechos fundamentales que “sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador”. Que es la línea interpretativa seguida por los jueces, a partir de lo cual concluye: “Todo ello, ciertamente, está muy bien; pero nada tiene de específicamente ‘ciudadano’, salvo en interpretaciones radicales de la ciudadanía – como la que, debo señalar, yo suscribo– donde todos los derechos individuales y colectivos –e.g., educación, propiedad, expresión– encuentran su fundamento último en su condición de prerequisites o supuestos sociales del ejercicio activo de la ciudadanía. En la medida en que no se sustente tal concepción radical de la ciudadanía, la protección de la intimidad o la honra de los trabajadores no pertenece al ámbito de la expansión de la ciudadanía sino de la contención de la alienación”<sup>642</sup>.

Esta clave interpretativa coincide con aquella que, aplicada al derecho al trabajo, lo configura como fundamento de la readmisión como forma de reparación, desmarcándose de la monetización que constituye la línea de tendencia histórica a partir de la codificación, interceptada de vez en cuando por soluciones laborales que escapan a su lógica liberal: “De entrada, antes de la aparición de las verdaderas normas laborales, encontramos cómo regulación civil o de derecho común, aportaba una regulación fruto del liberalismo económico, basado en la libertad de mercado, en facilitar la mayor libertad de intercambio de bienes; de ahí que el remedio principal para la tutela de los derechos violados de los contratantes fuese el resarcimiento de carácter económico: dadas las necesidades de

---

mismos que sigue teniendo un gran valor, aunque en mi opinión no pueda aceptarse en todos sus aspectos”,

*Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid, España, 1983, p. 6.

<sup>639</sup> ATIENZA, Manuel, *Marx y los derechos...*, op. cit., p. 68.

<sup>640</sup> ATIENZA, Manuel, *Marx y los derechos...*, op. cit., p. 68.

<sup>641</sup> ATIENZA, Manuel, *Marx y los derechos...*, op. cit., pp. 131, 126 y 151.

<sup>642</sup> MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Ciudadanía laboral...”, op. cit.

respetar la libertad individual de los sujetos económicos, los mecanismos de carácter coactivo eran evitados, resolviéndose la necesidad de tutela a través del abono de indemnizaciones. Se imponía así la lógica del mercado como solución a los incumplimientos contractuales”<sup>643</sup>. La readmisión como reparación es una solución laboral de protección al puesto de trabajo, pre-condición para el acceso a la que aquí llamáramos ciudadanía social, desplegada en derechos individuales y colectivos, que habilita a la ciudadanía política, esto es, habilitan a una efectiva participación en las decisiones sobre la esfera pública que, a su vez adjudican los derechos que constituyen la ciudadanía social.

#### **IV. El derecho al trabajo como premisa necesaria para el ejercicio de los derechos laborales. Los caminos opuestos: de un “derecho programático” a un “derecho al trabajo protegido”.**

El derecho al trabajo, que siempre ha llevado el nombre de derecho, ha sido objeto de las más dispares interpretaciones y, sobre todo, degradaciones. Se revisará tan tradicional debate para analizar qué puede brindar a la situación actual del Derecho del Trabajo no sólo, desde una perspectiva limitada a su consideración como un refuerzo principalmente a las garantías contra el despido ilegítimo en España, sino desde una perspectiva más amplia, y que resulta de mayor interés a los efectos de este estudio, como una base constitucional para el Derecho del Trabajo como norma protectora de la parte laboral y, por tanto, como garantía o condición necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Lo primero es ver en qué modo, si es que está, se encuentra consagrado el principio de protección en una Constitución. Curiosamente, en las Constituciones sudamericanas suele estar incorporado el principio de protección contra el despido, a diferencia de las europeas, como es el caso de España, en que la norma de referencia es el derecho al trabajo<sup>644</sup> que, formulado en esos términos, permite un extenso debate en torno a su significado<sup>645</sup>. Esto es importante tenerlo en cuenta, porque la diferencia tiene una explicación evidente en que en Europa se había dejado atrás el nivel de la norma heterónoma de límites protectores como definición de Derecho del Trabajo (gracias a la acción sindical, el Estado de Bienestar y su protección social), pero también es evidente por qué resurge hoy el argumento y se hace factible volver a los principios. Sin embargo, el resultado no difiere tanto, ya que protección contra el despido y derecho al trabajo no salen de la órbita del despido. De lo que hablamos, y es el modo en que lo consagra la Constitución chilena, es sobre la “protección del trabajo”<sup>646</sup>. Pero es que incluso sin importar que diga “protección” en

<sup>643</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., pp. 55 y 56.

<sup>644</sup> BRONSTEIN, Arturo, “La protección contra el despido improcedente en América Latina: evolución y tendencias recientes”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1994, p. 3.

<sup>645</sup> “Nuestra Constitución, a diferencia de los ordenamientos constitucionales sudamericanos, no regula expresamente la necesidad de proteger al trabajador frente al despido ilícito o arbitrario. Sin embargo, tal como hemos señalado anteriormente, la jurisprudencia constitucional estima que la estabilidad en el empleo o el derecho a la continuidad en el puesto de trabajo, forma parte del contenido del derecho al trabajo; lo cual se expresa en que existe el derecho a ‘no ser despedido si no existe justa causa’”, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., p. 46

<sup>646</sup> Artículo 19 N°16. Esta distinción en Chile me fue representada por José Luis Ugarte. En Italia, sí existe una norma constitucional, el artículo 35, que consagra “la protección al trabajo en todas sus formas y

algún lugar de la Constitución, “si los principios propios de la disciplina no tienen ese rango constitucional de igual modo cumplirían una función aplicativa: deberán guiar una interpretación restrictiva (o buscar la más conforme a principios) de esa regla legal que, dictada por el legislador, no tiene el carácter de una norma de Derecho del Trabajo”<sup>647</sup>. La protección del trabajo en España debiera derivarse de los artículos 1 y 35 de la Constitución, porque el derecho al trabajo es derecho a la norma tutelar, al trabajo protegido. Sobre estas ideas, recientemente una autora consignaba: “hace décadas, vengo interrogándome sobre si el sentido del derecho del Trabajo puede ser otro que el de añadir un plus de tutela al estatus civil del contratante débil. No ha habido institución, tras su análisis, que me haya apartado del convencimiento de que esta finalidad es compatible –y necesaria con la única esencia del derecho del trabajo entendido en el sentido de disciplina constitucionalmente autónoma”<sup>648</sup>.

### A) El “derecho al trabajo” y sus polisémicos significados.

En los distintos ordenamientos, enunciar el derecho al trabajo ha tenido significados completamente diversos, que surgen a propósito del problema que se esté pretendiendo contrarrestar. Así, “para la mayoría de los trabajadores ingleses- escribe K.W.Wedderburn- la expresión *right to work* significa sobre todo ‘mantenimiento de la plena ocupación, posibilidad de obtener ocupaciones para las que se está adiestrado, seguridad del puesto mediante tutela contra los despidos arbitrarios’. Al contrario, en el lenguaje de los legisladores y de los juristas - sobre todo americanos, pero también, y siempre más frecuentemente británicos –aquella define la pretensión de tener un trabajo sin estar inscritos en el sindicato; y las *right to work laws* son usualmente ‘instrumentos dirigidos a reducir el poder sindical’ en relación al control de los puestos disponibles. En la raíz de

---

aplicaciones”, que es la norma que abre el título “De las relaciones económicas”, extendiendo la cobertura de focos de interés, vinculados al trabajo. Para Pisarello, ésta, junto con la que establece la separación Estado/Iglesia, (artículo 7); y el repudio de la guerra como medio de solución de controversias internacionales (artículo 11), son los principios constitucionales más avanzados. “En razón, precisamente, de la centralidad que la Constitución otorgaba al trabajo, los derechos sociales y los derechos de los trabajadores en general ocupaban en ella un papel destacado. Así, por ejemplo, el derecho a la salud, definido como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad (art. 32); los derechos colectivos (arts. 33 y 34); el derecho a una remuneración proporcionada y suficiente para una existencia libre y digna (art. 36.1); el derecho al descanso semanal y a vacaciones anuales (art. 36.3); el principio de igualdad de las mujeres en el ámbito laboral (art. 37), la libertad sindical (art. 39), el derecho de los trabajadores a colaborar en la gestión de la empresa (art. 46)”, *Un largo Termidor...*, op. cit., pp. 147-148.

<sup>647</sup> UGARTE CATALDO, José Luis, “La rehabilitación...”, op. cit. Esta tesis fue acogida plenamente por el Tribunal Constitucional chileno, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 56 del Código del Trabajo, que dejaba la fijación de la remuneración de los tiempos de espera de los conductores de autobuses al libre acuerdo de las partes, Rol N°1852-10- INA del 26 de noviembre de 2011.

<sup>648</sup> Todo lo cual considera que se encuentra circunscrito a la autonomía colectiva, pero esa vertiente del problema no es el que me interesa aquí, RUIZ CASTILLO, María del Mar, “El despido por absentismo...”, op. cit., p. 342, nota 5.

este segundo uso está la bien conocida práctica de las cláusulas de seguridad sindical, en particular las *closed shop* y *unión shop*. En sistemas en los cuales es frecuente que el trabajador sea puesto de frente al ‘dilema de si adherir a un sindicato al que no quiere adherir o no obtener o no conservar un puesto que quiere obtener o conservar’, es comprensible –parece concluir Otto Kahn Freund– que el problema del derecho del trabajo se identifique con aquél de la libertad de trabajo y de su tutela<sup>649</sup>. Es decir, derecho al trabajo ante el poder de los sindicatos de condicionar la contratación de trabajadores, lo que define como ámbito protegido por este derecho a la libertad profesional. Lo anterior, generaba en aquél momento la discusión<sup>650</sup> sobre la posibilidad de someter a decisión judicial los límites del derecho del sindicato de negar afiliaciones o readmisiones, en un contexto en que dicha afiliación era condición de acceso al puesto.

Una posible explicación histórica de este dilema es la no entrada hasta ese momento de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. En particular el derecho a la no discriminación, lo cual se aprecia al leer que: “[I]a razón por la que la ley necesitaba una reforma (al igual que ocurriera en Australia y América y posiblemente en todas partes) es porque los tribunales en su arsenal de conceptos e instituciones jurídicos no pueden encontrar medio alguno para oponerse a la negativa arbitraria de un órgano voluntario a admitir a un nuevo miembro. En cuanto no hay un contrato entre éste y la organización en la que pretende ingresar, ¿cómo podría aducirse el incumplimiento?”<sup>651</sup>.

Kahn- Freund resolvía estos dilemas señalando que “el acceso al empleo debe ser libre en interés del desarrollo económico y del uso óptimo de la fuerza de trabajo. Excluir a los no sindicados puede suponer excluir al trabajador más cualificado para un determinado puesto de trabajo. Y si han de existir limitaciones en materia de acceso al empleo, estas deben ser impuestas por órganos gubernamentales, a los que puede exigirse responsabilidad mediante procesos democráticos, y no por organizaciones privadas, carentes de responsabilidad pública”<sup>652</sup>. Probablemente la óptica de corrección hoy estaría en la asentada doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales. Como ya se explicara, ésta comprende que su espacio de desarrollo se extiende a las relaciones privadas<sup>653</sup>, a la luz del derecho

<sup>649</sup> MANCINI, Francesco, *Il diritto al lavoro...* op. cit., p. 119.

<sup>650</sup> Respecto de un problema del todo exótico mirado desde el punto de vista chileno, tanto por las aprensiones y cuidado sobre judicializar una medida amparada en la autonomía colectiva, como porque el Sindicato interviniese en las decisiones relativas a contratación.

<sup>651</sup> KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, op. cit., 1987, p. 319.

<sup>652</sup> KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, op. cit., 1987, p. 319 .

<sup>653</sup> “En la concepción tradicional del constitucionalismo liberal se conciben los derechos fundamentales como medios de defensa frente al poder del Estado en contraposición a un Estado absoluto; esto es, se entienden los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos cuya eficacia directa queda constreñida al ámbito de los poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial)...Sin embargo, la teoría en comento cambia radicalmente el postulado anterior, en virtud de la comprobación fáctica de la existencia cada vez más extendida de entes sociales privados que ejercen cuotas significativas de poder, de tal manera que ya no es sólo el estado quien puede ejercer un poder capaz de amenazar derechos fundamentales de las personas, sino que son también los mismos sujetos o las organizaciones creadas al amparo del Derecho Privado los que pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades”, CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no...*, op. cit, p. 15.

fundamental a no ser discriminado, el que en materia laboral es un principio especialmente fecundo y ha ido vertebrando la mayoría de sus nuevos ámbitos de interés.

Desde otra cantera de ideas, el ordenamiento constitucional italiano de 1947, deliberó en torno a cómo armonizar derechos que parecían contrapuestos: la libre iniciativa económica, el derecho al trabajo y la huelga, partiendo de la premisa que el constituyente de posguerra había dejado los instrumentos para legitimar una *praxis* emancipatoria. Sobre el artículo 41 de la Constitución italiana<sup>654</sup>, que consagra la libertad de la iniciativa privada, se ha dicho: “no se limite a interrogar el art. 41, que da respuestas no mucho más claras que el *ibis redibis*, y se evita hacer un fetiche del dogma que postula la coherencia del ordenamiento jurídico. La participación de amplias fuerzas anticapitalistas en la formación de la carta han dejado un signo indeleble, cuyos aspectos más característicos son la verdadera y propia reserva de licitud para una *praxis* emancipatoria, que es el parágrafo del artículo 3<sup>655</sup> y la insólita, preciosísima, amplitud de las garantías de las que es objeto la autotutela obrera bajo los perfiles de la organización y de la lucha (art. 39, inciso 1º, y 40)”<sup>656</sup>.

En Italia, el derecho al trabajo fue establecido, en el artículo 4 de la Constitución, en los siguientes términos: “La Republica reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que vuelvan efectivo este derecho/ Cada ciudadano tiene el deber de desarrollar según las propias posibilidades y la propia elección, una actividad o una función que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad.”. Hasta antes de 1956, esta norma fue el centro de fuertes debates, ya que los modos y límites de la intervención pública provenían más de ella que, incluso, del artículo 41.

Las relaciones entre la garantía de su inciso 1º y los poderes empresariales en la relación de trabajo eran objeto de una investigación “que permanece entre las aventuras intelectuales más exigentes (y, a largo plazo, más afortunadas) en la historia del pensamiento moderno *iustlaboral*”<sup>657</sup>. Prueba de ello es que el artículo 2.118 del Código civil italiano establecía la libertad de extinción del contrato de trabajo, y su corrección había provenido judicialmente, a partir de la interpretación del significado del derecho al trabajo, como límite a esta libertad<sup>658</sup>, constituyendo un patrimonio trascendente, del llamado ordenamiento intersindical.

---

<sup>654</sup> “La iniciativa privada es libre/No puede desarrollarse en contraste con la utilidad social o en modo de provocar daño a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana/La ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada a los fines sociales”.

<sup>655</sup> “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

<sup>656</sup> MANCINI, Francesco, *Diritto al lavoro rivisitato*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, Italia, 1963, p. 703. Las últimas normas constitucionales citadas son “La organización sindical será libre” y “El derecho de huelga se ejercitará en el ámbito de las leyes que lo regulen”, respectivamente.

<sup>657</sup> MANCINI, Francesco, *Il Diritto al...*, op. cit., p. 687.

<sup>658</sup> Hasta la promulgación de la ya citada Ley 604 de 1966.

Sin embargo, y en forma paradójica, a inicios de los años sesenta, este artículo pasó a ser considerado algo completamente distinto y opuesto: la “norma de tutela de los esquirols”, puesto que esgrimir el derecho de las personas a trabajar, como garantía constitucional, significaba dotar dicha posición de un peso equivalente a aquellos derechos que se consideraban lo lesionaban, es decir, los derechos propios de la libertad sindical (organización, negociación colectiva y huelga), que se encontraban consagrados en la norma constitucional<sup>659</sup>.

Es tal la versatilidad de posibles sentidos, fines e instituciones que fundamentaría el derecho al trabajo, que recibió el calificativo de “noción comodín”<sup>660</sup>.

De manera que se hizo necesario ver qué quedaba por hacer con él, si es que no se iba a considerar una mera orientación para el legislador y los poderes públicos, o una obligación jurídica en particular para el legislador, controlable vía recurso de constitucionalidad, o bien, como un derecho social que actúa como crédito ante el Estado. Y, muy especialmente, descifrando su confrontación con el derecho de huelga, que constituyó una oposición que era presentada de forma “recurrente en cierta prensa y, sobre todo, la reproducción del debate en la elaboración de los distintos proyectos de ley de huelga”<sup>661</sup>.

Choque de derechos que, en una lectura política contenida dentro de uno de los estudios más profundizados sobre el derecho al trabajo<sup>662</sup>, respondía al planteamiento de un dilema intencionado: “que el esquirol, en sentido amplio, se valga del derecho a utilizar su propia fuerza de trabajo es una afirmación tan a menudo repetida como poco demostrada. Poner el acento básicamente sobre el trabajo, o mejor, sobre el querer trabajar del esquirol sólo es posible a cambio de cerrar los ojos ante la realidad social, psicológica y jurídica de este fenómeno. Y ello, porque desde la perspectiva de los implicados, esquirol no es quien trabaja sino, sobre todo, quien no hace huelga, esto es, quien se separa de la lucha concertada, del compromiso acordado por el conjunto. De este modo, cabría afirmar que el esquirol se identifica por la incapacidad para comprender algo que resulta claro para el huelguista: quién es el contrario. Lo demás – trabajar o no trabajar- es relativo: accidental, no sustancial (...). En realidad, si la esencia de la huelga no es el abandono del trabajo, la

---

<sup>659</sup> “A primera vista, el fenómeno – menos objetivamente, la operación – parece desconcertante: una norma [el derecho al trabajo] que por años fue la bandera de lucha de la izquierda se le ve atribuido el signo ideológico contrario. Pero ello se explica muy bien a la luz de la recuperación que el conflicto industrial conoció después de 1960. Reducido a poca cosa en la época precedente, las manifestaciones de autotutela obrera se multiplicaron y recrudecieron en la década de la contratación articulada. Obvio, entonces, que se vaya a la búsqueda de un preciso acto para revestir de dignidad constitucional la posición de los no huelguistas, y ojalá para privilegiarla respecto a aquella de los compañeros en lucha; y que habiendo encontrado uno en apariencia adecuado, se lo utiliza sin preguntarse demasiado si ello sirva verdaderamente a tal fin. Ni cuenta mucho – que, como se verá – también la doctrina de los años ’50 haya considerado tal acto idóneo para fungir de fundamento de la libertad de trabajar no obstante la proclamación de la huelga. Es fácil suponer que, si el precedente argumento hubiese faltado, los intérpretes hoy habrían llegado igualmente a tal conclusión. Piénsese sólo al sentido que en ciertos ambientes ha asumido la expresión ‘derecho al estudio’ después del advenimiento de la protesta en las escuelas” MANCINI, Francesco, *Il diritto al...*, op. cit., p. 698.

<sup>660</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael, *Derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1996, p. 124

<sup>661</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael, *Derecho al...*, op. cit., p. 145.

<sup>662</sup> Me refiero a ya citado libro de Rafael SASTRE IBARRECHE, *Derecho al trabajo*.



esencia del esquirolaje no es la continuación del trabajo; si la huelga implica, sobre todo, lucha, el esquirolaje es rechazo de la lucha y de la coalición que alimenta. Coherentemente, la tutela constitucional del esquirolaje habrá de buscarse en la normativa que ampara la huelga y la organización de los trabajadores, de tal forma que es el ejercicio negativo del derecho de huelga el elemento que sirve para armonizar las instancias colectivas e individuales”<sup>663</sup>.

El profesor Sastre cierra este conjunto de ideas enfrentando el siguiente argumento: “[a]dicionalmente, y con referencia concreta, en primer lugar, al supuesto de la huelga con ocupación de locales o de lugar de trabajo, existen otros argumentos que, como bien se ha puesto de relieve, contribuyen a diluir de manera definitiva el eventual conflicto entre derecho de huelga y derecho al trabajo. Y ello porque, con gran frecuencia, la acción de la ocupación del lugar de trabajo busca garantizar y conservar los puestos de trabajo ante la eventual desaparición de unidades productivas (...). Abundando en dicha idea, habría de indicarse que cabe compatibilizar la ocupación del lugar de trabajo con la continuación de actividades de parte de los no huelguistas y que, en todo caso, y por encima de ello, ‘no es en ningún modo correcto garantizar el derecho de un solo trabajador a prestar su actividad con idéntica, cuando no mayor, intensidad que el derecho de la mayoría a declararse en huelga, en cuanto que la propia racionalidad democrática exige en principio que se respete el criterio de las mayorías por parte de las minorías que no quieren hacer huelga”<sup>664</sup>. Lo interesante es que revela que una forma de presentar el debate, centrando el problema del trabajo como un asunto individual<sup>665</sup>, que es una eficaz vía para dejar indemne a un sujeto de la trama: el empleador, pues el conflicto es entre trabajadores.

Sin embargo, constitucionalizado el derecho al trabajo, y planteado el choque con el derecho de huelga, también de rango constitucional, la colisión de estos derechos, más allá de los significados políticos que alberga, tendrá un método técnico jurídico de resolución<sup>666</sup>: la ponderación de la afectación que se produzca en el derecho al trabajo, principalmente en su manifestación de derecho a poder realizar la ocupación efectiva, interrumpido temporalmente por el derecho de huelga, cuyo objetivo dicho en términos gruesos, es poder paralizar la actividad de un lugar de trabajo<sup>667</sup>.

---

<sup>663</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael, *Derecho al...*, op. cit., p. 146.

<sup>664</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael, *Derecho al...*, op. cit., p. 146.

<sup>665</sup> Que es un esquema de plantear los problemas laborales advertible en otros, como por ejemplo, el ya visto de la tutela antidiscriminatoria.

<sup>666</sup> Como señala Javier MATÍA PRIM, el error de enfoque con la huelga es al insertarlo en la lógica del contrato, *El abuso...*, op. cit., p. 77 y siguientes. La huelga es un concepto propio del Derecho del Trabajo que implica la imposición de daños a la parte empresarial inserto dentro de la lógica de las relaciones laborales, op. cit., pp. 72-117. Encontró su lugar en el ordenamiento jurídico dentro de la categoría de derecho fundamental, aunque para MATÍA PRIM los límites de este derecho deben fijarse por ley (tipificación) y no entregarse a juicios valorativos del juez (por medio de cláusulas válvula) para definir su licitud, op. cit., p. 118-123, que en definitiva funcionan de manera semejante a un juicio de ponderación aunque probablemente sin su nivel de articulación.

<sup>667</sup> Es importante tener en cuenta este punto, pues en la historia chilena, en las actas de la Junta Militar que registran su discusión sobre el Plan Laboral, se menciona el derecho al trabajo precisamente a la hora de regular el reemplazo en la huelga, que es el figura jurídico que hace que este derecho incluso en su versión

En España, el debate sobre el derecho al trabajo tuvo argumentos que nos acercan a lo que podría debatirse hoy sobre qué regulan los instrumentos internacionales. Siendo una economía de mercado al igual que Chile, consagró resonantes promesas en su Constitución de 1978, lo que generó inmediatas dificultades. Porque al mismo tiempo que se declaró el derecho al trabajo, se establecieron diversos preceptos que asumían otros aspectos de la sociedad en que se estaba gestando: tanto por el reconocimiento expreso de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE); como porque dentro de los principios rectores de la política social y económica (artículo 40. 1 CE), si bien señala de manera especial que los poderes públicos realizarán una política orientada al pleno empleo, en el artículo siguiente, reconoce una figura que devela sus dificultades de cumplimiento cabal, ya que “al tratar el régimen público de la seguridad social exige que ‘este garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad, especialmente en el caso de desempleo’. La mención expresa y en solitario del desempleo acusa con claridad la conciencia de los redactores del texto constitucional, de que el pleno empleo es, al menos en el corto y medio plazo, un objetivo inalcanzable en las actuales circunstancias de crisis económica.”<sup>668</sup>. El sistema español lo que hizo fue declararse como un marco suficientemente amplio para que coexistieran todas estas fuerzas en pugna. La Constitución española fue entendida -en la declaración de una sentencia fundacional emitida por el Tribunal Constitucional sobre el derecho de huelga, la STC 11/1981-, no orientada a un cambio de modelo sino como ‘un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por

---

legalizada, al no poder cumplir su objetivo, se haya transformado en un instrumento irrelevante (si es que no contraproducente) para los trabajadores, y revela que, más allá de la solución jurídica de ponderación de derechos, el derecho al trabajo contrapuesto al derecho de huelga canaliza una perspectiva individualista de las relaciones de trabajo. En la intervención del General Matthei el reemplazo en la huelga es calificado como “tan importante, que, al parecer, como lo indicó incluso el señor General Mendoza, no es posible sacarlo sin tener que realizar un nuevo estudio para llegar prácticamente a una concepción distinta, es decir esto no puede llegar y sacarse manteniendo todo el esquema del Plan Laboral”, en algunos párrafos más adelante se lee que el señor Jefe del Coaj sostiene que (...) en consecuencia, al parecer aquí se crea quierámoslo (sic) o no, un problema que necesariamente terminará en el orden público (...). Luego, si existe una decisión política de afrontar el riesgo de problemas de orden público, que en el fondo va a significar proteger el derecho al trabajo de los nuevos trabajadores que han entrado a reemplazar, que sea con la conciencia del Estado, y no que se imponga una situación que parecería como que el estado no la ha previsto y que no la podría manejar”, en alusión a que debía mediar la intervención de la Inspección del Trabajo u otro órgano de la Administración la determinación de los reemplazos.

<sup>668</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael, *Derecho al...*, op. cit., p. 200.

todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo.”<sup>669</sup>.

Así, pese al modo categórico en que es enunciado el derecho al trabajo, fue susceptible de ser adjetivado de las maneras más dispares: por uno de sus primeros comentaristas como una “paradoja”<sup>670</sup>; derechamente como una promesa incumplida<sup>671</sup> o bien, acompañado del deseo que se le hubiese ubicado en otra sección de la Constitución. “El derecho al trabajo que el artículo 35.1 de la Constitución reconoce a ‘todos los españoles’, tiene una primera dimensión de genérico derecho a insertarse en la vida laboral, de ocupar un puesto de trabajo con el que proveer a las necesidades personales y familiares. En ese amplio sentido, no puede decirse otra cosa sino que la declaración constitucional es una declaración programática, que hubiera encontrado más razonable ubicación entre ‘los principios rectores de la política social y económica’. La proclamación constitucional del derecho al trabajo no va en rigor más allá de mostrar la intención del Constituyente de que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para ir haciendo posible el ejercicio efectivo de tal derecho. Por eso no surgen de la solemne declaración ni derechos subjetivos estrictos de los ciudadanos ni deberes estrictos del Estado en orden a la facilitación de puestos de trabajo, cosa especialmente clara en un sistema económico – social en el que el estado no asume la función de director y planificador exclusivo”<sup>672</sup>.

---

<sup>669</sup> En el mismo sentido, ROMPAN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de...*, op. cit., p. 22, al destacar que no se institucionalizó vía artículo 38 de la Constitución un modelo económico nítido y cerrado, teniendo en cuenta “la conexión que su propio origen histórico tiene en las correcciones al funcionamiento del sistema capitalista, más allá de considerar que su finalidad última fuese la conservación de aquél o su superación”. Correcciones en las que un lugar preponderante ocupa el modelo de relaciones laborales, también constitucionalizado, op. cit., p. 27. Lo que obliga a cuestionarse al día de hoy, hasta dónde la Constitución puede reflejar cualquier tipo de programa, a consecuencia de la última reforma laboral operada vía Real Decreto- Ley 3/2012, de 10 de febrero, y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuestión que abordaré al final de este capítulo.

Disponible en: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Cuaderno26.pdf>.

[fecha de la visita 28 de abril de 2012].

<sup>670</sup> Al relacionársele con la consagración que a tal derecho y al de la seguridad social poseen los penados, que por la ubicación que detenta su derecho, les permite el acceso a reclamarlo por medio de una acción preferente y sumaria, lo que no sucede con el derecho al trabajo en general, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos., “Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución”, en la obra *colectiva Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1980, p. 336.

<sup>671</sup> “Mi pretensión es naturalmente la contraria: que nos desembaracemos de una promesa incumplida y de imposible cumplimiento, de una rémora, justificada en el pasado, pero que hoy puede ser una gigantesca hipocresía, un Cant, por mantener una puritana ortodoxia”, Peces-Barba, Gregorio, “El socialismo y el derecho al trabajo”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* 97, Julio de 1990, p. 10.

<sup>672</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, “La protección constitucional de los derechos laborales”, en la obra *colectiva Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1980, pp. 286 y ss.

Este tipo de interpretación de los derechos sociales como derechos “programáticos”, es expuesta en términos críticos, pues sería el modo de contrarrestar lo que implicaban estas conquistas de la clase trabajadora y que a su vez correspondían a una “necesidad objetiva del sistema capitalista, ya que permitieron costear la reproducción y cualificación de la fuerza de trabajo y disciplinar a los sectores díscolos”<sup>673</sup>- la tradicional función pacificadora de la legislación laboral-. Pese a ello, no es casual “que desde el punto de vista jurídico la tesis del carácter ‘programático’ de los derechos sociales fuera la respuesta dominante frente al desafío que suponía la presencia normativa del Estado social y sus técnicas de intervención. Fundamentalmente, éstos aparecían reducidos a mandatos políticos o a normas de efecto indirecto, cuya función principal era la de habilitar intervenciones legislativas en esferas que el constitucionalismo liberal vedaba de forma radical. Pero no adquirieron el estatus de auténticos derechos subjetivos, exigibles ante los tribunales, ni generaron mecanismos de control social que permitieran moderar la tendencia de las sedes legislativas y administrativas a autoprogramarse y a dejarse colonizar por poderes burocráticos y mercantiles de diverso tipo”<sup>674</sup>. Esta interpretación degradada sobre los derechos sociales, como se expuso, tiene su representación y versión más radical en la construcción del derecho al trabajo, en la ya citada tesis de Peces – Barba, en la que derechamente niega su carácter de derecho fundamental, en razón de que para serlo, debía corresponderse con una pretensión moral generalizable<sup>675</sup>.

La expresada teorización de los derechos derivó a que “en este contexto, la mayoría de los estados sociales de posguerra no pasaron de ser estados garantistas y democráticos atenuados. Mejoraron, sí, las posibilidades de consumo y el acceso a servicios básicos de sectores importantes de la sociedad. Pero frente al relato plano que intenta ofrecer la tesis de las generaciones, consintieron también la proliferación de múltiples focos de arbitrariedad pública y privada y se valieron, a menudo, de prácticas decisionistas y opacas que excluían o estigmatizaban a los grupos en mayor situación de vulnerabilidad”<sup>676</sup>. Logrando un efecto determinante: con esta interpretación degradada, es posible explicar el fenómeno de que, pese a que la retórica de los derechos sociales sólo tendió a crecer en las Constituciones y tratados internacionales, sus concreciones legislativas sólo los consagraron a la baja. Así también sus interpretaciones restrictivas, logrando que “la tutela de los derechos sociales ha permanecido atenazada, al menos desde los años ochenta, por el imparable desarrollo de la *lex mercatoria* basada en un renovado blindaje de los derechos de propiedad privada y libertad de empresa en el ámbito supraestatal”<sup>677</sup>. En otras palabras, a ser vistos como obstáculos a las libertades de circulación: de capitales, mercancías y servicios, que fundan a la Unión Europea.

De esta forma, disminuyendo a los derechos en su totalidad, sin distinción de categorías. “Esta contrarreforma neoliberal, y la prioridad otorgada por ella a los derechos patrimoniales, se ha resuelto no sólo en un creciente aumento de las desigualdades

---

<sup>673</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales...*, op. cit., p. 28.

<sup>674</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales...*, op. cit., p. 29.

<sup>675</sup> Ver capítulo I, sección I. B.

<sup>676</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales...*, op. cit., p. 29.

<sup>677</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales...*, op. cit., p. 30.

sociales, étnicas y de género, sino también en la erosión de los derechos civiles y políticos y de participación”<sup>678</sup>.

## **B) El “derecho al trabajo”: una lectura de consenso.**

El contenido que se definió para el derecho al trabajo -para la defensa del trabajo y su función protectora, con la moderación que exigían todos los elementos en juego y los distintos sentidos que se le habían atribuido- fue que representaba la afirmación de la estabilidad en el empleo. “¿Cómo entender, entonces, el tenor del artículo 35.1, en combinación con el 40.1 [de la CE]? En mi opinión, aquí sólo cabría hablar de derecho al trabajo en un sentido impropio y, como después se indicará, con un contenido prestacional débil o diluido: en parte, el derecho al trabajo de la política de pleno empleo a que alude el artículo 40 [CE], es decir, la proyección individual de las diferentes medidas de política de empleo que se contemplan, así, desde el prisma individual, como un derecho a la inserción y permanencia en el mercado laboral siempre que se cumplan ciertas condiciones. Se trata, en suma, de una cierta tensión hacia el puesto de trabajo”<sup>679</sup>.

Esa defensa de la estabilidad, adquirió un contenido significativo al momento de la extinción del contrato de trabajo. El que fue construido en base a dos pilares: causalidad del despido y posibilidad de control judicial del mismo. Aquí se vuelve una cuestión completamente corpórea: se trata de una persona que tiene un trabajo y se ve privada de él. Como señala Baylos, es una visión desencantada y tautológica de lo que fue un derecho constitucional: es el derecho al trabajo del que ya tiene un trabajo. Continúa destacando que el Tribunal Constitucional “ha añadido algún elemento de mayor interés a la construcción anterior. La STC 20/1994, de 27 de enero ha definido, en efecto, que forma parte integrante de las ‘bases’ del derecho al trabajo, de su ‘contenido esencial’, una determinada caracterización de la figura del despido. Éste debe presentarse como procedimiento, permitiendo por tanto su ‘visibilidad’ como acto empresarial, lo que implica la exteriorización de la causa de despido y de la formalidad que lo acompaña y que permite su reconocimiento por el trabajador en toda su potencialidad lesiva de su posición jurídica como titular del derecho a un puesto de trabajo”<sup>680</sup>.

En suma, proteger al que tiene trabajo de privaciones ilegales de éste era el contenido indiscutido del llamado “derecho al trabajo” consagrado en la Constitución española.

¿Por qué es importante protegerle de la pérdida injustificada del puesto de trabajo centrándose en la más tradicional de las figuras jurídico laborales: el despido? Porque en sí misma es una institución relevante, ya que “constituye la expresión más típica del poder privado del empresario, un hecho de autoridad que se desarrolla en los lugares de trabajo y que jurídicamente se explica tanto en relación con el contrato de trabajo y con la lógica bilateral de esta relación (incumplimiento e imposibilidad de su ejecución), como respecto

---

<sup>678</sup> “Esta erosión no ha propiciado el repliegue de las intervenciones jurídicas, sino su cambio de sentido. El debilitamiento de las políticas igualitarias, en realidad, ha traído consigo el reforzamiento de las políticas punitivas, y la crisis del Estado social se ha resuelto en una crisis simultánea, tanto del principio democrático, como del propio principio del Estado de derecho”, PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales...*, op. cit., p. 30.

<sup>679</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael, *Derecho al...*, op. cit., p. 128.

<sup>680</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Por una (re) politización de la figura del despido”, *Revista de Derecho Social*, N° 12, 2000, p. 12.

de la configuración de la organización empresarial, referido a la dinámica de heterodirección del proceso de trabajo del empleador. El despido además incide directamente sobre los derechos de los trabajadores, definiendo en negativo la posición social y económica del trabajador y, en una perspectiva más amplia, se inscribe en una determinada dinámica del mercado de trabajo y en cuanto tal repercute en el conjunto del nivel de ocupación de un país determinado”<sup>681</sup>. Perder el trabajo implica la pérdida económica, pero también la posición social en que las personas logran sentir respeto por sí mismas, de acuerdo a las premisas de los pactos sociales de posguerra, constituidas como sociedades democráticas fundadas en el trabajo. Como se explicara, el trabajo se transformó, en las sociedades capitalistas, en un elemento esencial para las nociones contemporáneas de ciudadanía que responden a una lectura constitucionalizada de la misma<sup>682</sup>.

Sin embargo, lo anterior es el despliegue de una línea de desarrollo, que se produce en forma simultánea a permanentes cambios en dirección opuesta, a nivel de legalidad. Sobre la relación “crisis-reforma laboral” se ha escrito mucho en España. Hace ya más de diez años y bajo un sugerente título, el profesor Manuel Carlos Palomeque, refería “La versión 2001 de la reforma laboral permanente”, destacando que todas y cada una de las reformas en su exposición de motivos se justificaban en la necesidad de creación de empleo, cuestión que se repitió en todas las modificaciones venideras<sup>683</sup>. Así, mientras se escribía

---

<sup>681</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Por una (re) politización...”, op cit., p. 10.

<sup>682</sup> El primero de ellos, que el trabajo se vuelve una posición de signo positivo para ubicarse dentro de la sociedad, porque entrega los aspectos materiales y simbólicos, necesarios e imprescindibles para ejercer efectivamente otros derechos de participación social. No sólo vinculados a la subsistencia sino al desarrollo intelectual y de inclusión social que sirvan de plataforma para ejercer derechos de ciudadanía política como puede ser el voto. Por eso, cobra total sentido que el estado desarrolle una normativa protectora del trabajo, porque es positivo socialmente. Como segundo desarrollo derivado de la vinculación trabajo y ciudadanía, se adscribió a la noción de “ciudadanía en la empresa” sostenida por la doctrina italiana de Bobbio, Trentin, Ghezzi, Romagnoli, en que ciudadanía implica el ejercicio efectivo de derechos dentro de la relación laboral, limitando el poder privado del empleador y democratizando en consecuencia las relaciones laborales. A ello se agrega que el Derecho del Trabajo advirtió, que entre dos de sus ámbitos - el individual y el colectivo-, uno de ellos, en palabras de Ugarte, poseía una ofensividad política mayor: el de las relaciones colectivas. Y que, a su vez era dirigible hacia el poder privado del empleador así como al poder político del Estado. Respecto de ambos le permitía incidir en la toma de decisiones que luego incidirían en sus condiciones de trabajo, pero con la ventaja de ser un instrumento de autonomía, desmarcándose de la norma mínima que podía tener visos de paternalismo dentro de una disciplina tutelar.

<sup>683</sup> Artículo incluido en el libro homenaje *Derecho del trabajo y ...*, op. cit., pp. 455 y siguientes. En el mismo sentido, y también antes de la Reforma 2012, GORELLI HERNÁNDEZ sostenía que desde el Estatuto de los Trabajadores, todas las reformas han ido abaratando el despido sin resolver el problema que postulaban atender. Situación que debiera obligar a mirar otras causas. “Es admisible un planteamiento de exigir nuevas reducciones del coste del despido, como vía para conseguir mejoras en el mercado de trabajo y favorecer el crecimiento del empleo, si en casi treinta años de Estatuto de los Trabajadores no se ha hecho otra cosa que reducir dichos costes sin que se haya resuelto el problema del crecimiento del empleo; ¿no será

este trabajo, se fueron sucediendo la reforma del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, a la que siguió la promulgación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Sin embargo, el 3 de febrero de 2012, se dicta la número cincuenta y tres, contadas desde 1980<sup>684</sup>, de las reformas laborales que ha experimentado España: la del Real Decreto Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>685</sup>, convalidada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, e igual denominación.

Este hecho hizo que un tema, al fin y al cabo tradicional, recobrara interés y se reactualizara como perspectiva contra corriente en relación al actual legislador laboral español, ya que se trata de una norma jurídica que fracturó todas las líneas protectoras del trabajador: la de la Administración del Trabajo, la de la organización colectiva y la relación individual.

Ello explica que la propuesta del Profesor Baylos sea la más radical, y contracorriente, en vista del permanente sentido de las reformas laborales- a la hora de regular los efectos del despido. “Con todo, hay posibilidades inexploradas de esta configuración del derecho al trabajo por obra de la jurisprudencia constitucional en su relación con el despido. En efecto, si el derecho al trabajo en su vertiente individual impide ser despedido si no existe justa causa, esta constatación no sólo debe plantearse respecto de un sistema legal que instaura el despido libre, sino que puede aplicarse también a aquellos supuestos sin causa, en la más pura arbitrariedad. En estos casos la solución no puede ser la de la improcedencia del despido con derecho de opción confiado a quien realiza el acto de arbitrariedad vedado, pero la alegación de vulneración de otros derechos fundamentales resulta difícil. Cabe por tanto la posibilidad de solicitar la nulidad del despido sin causa sobre la base de que vulnera el derecho al trabajo en su perspectiva individual, lo que impide los despidos sin causa fruto de la más pura arbitrariedad, lo que introduciría a este despido en el ámbito de tutela real de la estabilidad en el empleo con la readmisión forzosa del trabajador en su puesto de trabajo del que fue despedido sin motivo real ni causa relevante en el anclaje contractual de la figura.”<sup>686</sup>. En vez de restringir su contenido (como

---

que el crecimiento del empleo depende de otros factores distintos a la regulación del despido y sus costes?”, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste del despido...*, op. cit., p. 286.

<sup>684</sup> LAGO, Manuel, “Reforma Laboral: contra la mayoría social”, *Cuadernos de la Fundación 1 de mayo*, Nº 26, 2012, p. 2. Disponible en: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Cuaderno26.pdf> [fecha de la visita 15 de marzo de 2012].

<sup>685</sup> Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/11/pdfs/BOE-A-2012-2076.pdf>

<sup>686</sup> “Frente a ello no cabe oponer que se trata de un derecho que se encuentra situado en la sección segunda del capítulo segundo del Título I de la Constitución y por tanto no incluido en la remisión que hace la LPL para declarar la nulidad de los despidos que vulneran derechos fundamentales y libertades públicas (art. 108 LPL), puesto que esa jerarquización de los derechos resulta actualmente ‘criticada sin ambages’ en la doctrina constitucionalista y además no resulta coherente con el modelo constitucional de declaración de derechos. Es en este sentido en el que se ha señalado que, sin perjuicio de la distinta naturaleza jurídica de los contenidos de los preceptos reconocidos en la sección segunda y en la sección primera, se debe reconocer el carácter fundamental al derecho al trabajo del artículo 35.1 CE ‘de modo que las características atribuidas a los derechos fundamentales han de valer también para este derecho’ BAYLOS GRAU, Antonio, “El derecho

si la brújula mirara hacia los llamados derechos programáticos), extenderlo al máximo en su capacidad protectora, reforzando al Derecho del Trabajo.

En una línea similar, se ha planteado que la nulidad sería aplicable en casos en que además de la informalidad, haya un mayor grado de antijuridicidad, por ejemplo, en casos de fraude o abuso del derecho sin que sea un argumento irremontable el que la ley sustantiva y procesal no hagan referencia a la figura “ya que basta la simple advertencia de que pueden existir decisiones extintivas empresariales fraudulentas – revestidas de ‘una elevada dosis de arbitrariedad’, de ‘una antijuridicidad (...) especialmente intensa, como dijeron las sentencias de 5 de junio de 1990 – para concluir que es imposible negar la aplicación de la regulación civil o común sobre el fraude de ley y la evidencia de que el ordenamiento laboral no es un recinto cerrado a cal y canto y autosuficiente”<sup>687</sup>. En este caso, la sanción es a la parte empleadora y no trabajadora, por lo que la aplicación de figuras civiles no implica una alteración de la función protectora y de reequilibrio de poder del Derecho del Trabajo, como sucede cuando por medio de estas figuras civiles se va a acrecentando la subordinación laboral, sino al contrario, sirve para graduar y proporcionar las sanciones jurídicas al desvalor de los ilícitos a partir de lecturas armónicas con bienes consagrados constitucionalmente.

### **C) El “derecho al trabajo” y la protección al acuerdo de voluntades. La cuestionable legislación sobre modificaciones unilaterales empresariales al contrato: el alimento de una cultura jurídica y empresarial.**

En esta sección me detendré en determinadas obligaciones de hacer y no hacer, que rigen durante la vigencia de la relación laboral pese a que no se trate directamente de derechos fundamentales. Son las obligaciones de hacer y no hacer vinculadas al respeto de las condiciones pactadas en el contrato de trabajo. El análisis tiene interés, y resulta necesario a los efectos de este estudio, porque entiendo que la opción legislativa para el caso de no aceptación por parte del trabajador de aquellas modificaciones que sean calificadas judicialmente como ilícitas, esto es, la resolución indemnizada, pone de manifiesto que se ha descartado su vinculación al derecho al trabajo, más allá de lo magra que sea la función de éste en el sistema español, y muestra cómo, pese al admirable debate doctrinal desplegado en España, el legislador tiene una tendencia bastante marcada y sostenida por no ofrecer garantías suficientes de ejercicio a los derechos que atribuye a los trabajadores y trabajadoras, prefiriendo la expulsión del trabajador del sector productivo, acompañada de una compensación económica, lo que sin duda actúa promoviendo una determinada y muy concreta cultura jurídica y empresarial.

También porque este tipo de obligaciones de hacer y no hacer son las que comprueban su difusa y constante presencia en dicha relación transformándolas en un rasgo diferenciador respecto tanto de otros fenómenos como de otras disciplinas jurídicas<sup>688</sup>. Las obligaciones

---

al trabajo como derecho constitucional”, en la obra colectiva *La protección de derechos fundamentales*, op. cit., pp. 38, 39 y 40.

<sup>687</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La nulidad del despido y sus efectos”, en la obra colectiva *Reforma de la legislación laboral*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 445 citada por GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste del despido...*, op. cit., p 153.

<sup>688</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones*, op. cit., p. 9, y es el objeto principal del libro, correspondiente a su tesis doctoral *Las obligaciones de hacer de no hacer en el Derecho del Trabajo*,



recíprocas salario por trabajo son las principales del contrato, y la prestación de trabajo se constituye así como la primera obligación de hacer. Existen otras como las emanadas de la obligación de higiene y seguridad, el derecho a la ocupación efectiva, vacaciones, normas sobre permisos, deberes del empleador respecto al Sindicato, o incluso una que grava al trabajador en caso de haberlo pactado como la prohibición de competencia desleal<sup>689</sup>, que son obligaciones de hacer y no hacer, y que siendo “accesorias, si se quiere, [son] imprescindibles para entender la dimensión real del trabajo actual (...) exigibles durante la relación laboral”<sup>690</sup>.

Las condiciones pactadas en el contrato son obligaciones de hacer y de no hacer a las que se someten los contratantes. Su posibilidad de modificación es una excepción para el Derecho Civil y la cabida que tienen en el Derecho del Trabajo, norma protectora de la parte laboral, describe una apertura a otros intereses como lo es un cierto grado de ductilidad para dirigir las relaciones laborales, que se extienden en el tiempo – esta última que es en sí misma otra causa para tal apertura<sup>691</sup> – en beneficio del funcionamiento de la empresa. En tanto excepción y careciendo de una relación directa con la función protectora, tiene ciertos límites legales. No obstante, la evaluación sobre cómo el legislador ordena y protege estos intereses contrapuestos, sólo es posible de realizar llegando hasta la solución legal final ante un conflicto entre ellos. Es por ello que se analizará la normativa que regula las formas principales de modificación de las cláusulas pactadas como el ejemplo más completo del valor que el legislador le da a estos vínculos y que, incluso siendo derechos establecidos por la legalidad ordinaria y no constitucionales como los que son objeto principal de este trabajo, en tanto obligaciones de hacer, manifiestan la distorsión que se produce cuando su ejecución está prevista por mecanismos compensatorios y resolutorios<sup>692</sup>.

Las posibilidades de alteración de las condiciones del contrato se articulan principalmente a través de tres instrumentos: la movilidad funcional (artículo 39 ET), la movilidad geográfica (artículo 40 ET) y la modificación sustancial de las condiciones del contrato (artículo 41 ET). Como se expusiera, para algunos autores estas facultades exorbitan el poder de dirección y, por ende, requieren la autorización y regulación legal para entenderse válidas porque no encuentran fundamento en el contrato, llamándolo *ius variandi extraordinario*<sup>693</sup>. Para otros, es poder de dirección al que la ley fuerza a “fundamentar

---

Universidad de León, León, España, 2004. En el mismo sentido, BAYLOS GRAU, Antonio, “Aportaciones al mandato al mandato legal sobre la ejecución de sentencias en sus propios términos”, *Revista de Derecho Social*, N° 11, 2000.

<sup>689</sup> Sobre ésta que se configura como una obligación bastante atípica de puede consultar NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, España, 1997.

<sup>690</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 128.

<sup>691</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 307.

<sup>692</sup> Así lo expone, por ejemplo, sobre el derecho a la ocupación efectiva Alberto Guanche Marrero en *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, citado por TASCÓN LÓPEZ en *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 142 nota 474.

<sup>693</sup> Ver Capítulo II, sección II.A., ROMÁN DE LA TORRE, Dolores, *Poder de dirección...*, op. cit., pp. 96 a 109.

debidamente su decisión de alterar el contenido de la prestación en la concurrencia de alguna causa económica, técnica organizativa de la producción; al tiempo, a dar curso a un procedimiento tanto más exigente cuanto mayor sea el número de trabajadores afectados, llevando, al último extremo a diferenciar entre las modificaciones individuales y colectivas (art. 39.2, 40 y 41 ET)<sup>694</sup>.

La movilidad funcional es una figura que quedó bastante desajustada, al aludir su posibilidad de impugnación (en el artículo 137 de la LRJS), a la categoría profesional, concepto que desaparece con la Reforma Laboral 2012<sup>695</sup>. La movilidad funcional es posible dentro del grupo profesional<sup>696</sup>. Fuera de él, debe cumplir ciertas reglas entre las cuales se encuentra la obligación del empresario de fundamentar su decisión en razones técnicas u organizativas y ponerlo en conocimiento de la representación de los trabajadores. Su duración se limita al tiempo necesario para enfrentar esas circunstancias que constituyen las causas. Además, establece el derecho de mantener el mayor salario en caso de movilidad funcional vertical<sup>697</sup>. La impugnación franqueada por el artículo 137 LRJS es a la decisión de calificación profesional que implica la solicitud de correcto reconocimiento de la categoría profesional correspondientes a las funciones efectivamente desarrolladas<sup>698</sup>.

Fuera de estas previsiones, el cambio de funciones se debe regir por las reglas de la modificación sustancial de las condiciones del contrato (artículo 39.4 ET), incluida su impugnación judicial

La nueva regulación de la movilidad funcional tiene una serie de implicaciones en relación a la pérdida de poder negociador del sindicato al desaparecer la categoría profesional ya que se estima que no podrían pactar la clasificación disponiendo de la norma y tornando a la categoría profesional como referencia<sup>699</sup>; la devaluación de la protección de la

---

<sup>694</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 310.

<sup>695</sup> MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012, p. 93

<sup>696</sup> Porque la norma de remisión, que regula la clasificación profesional ahora sólo contempla los grupos profesionales, artículo 2 ET.

<sup>697</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 310.

<sup>698</sup> CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *Modificaciones de las condiciones del contrato. La movilidad funcional y geográfica y las modificaciones sustanciales a las condiciones de las condiciones de trabajo*, Tirant Lo Blanc, Valencia, España, 1994, p. 67. Sin perjuicio que puede involucrar una lesión de derechos fundamentales, caso en el cual dará lugar a un control judicial restringido por ese cauce procesal, y que puede reclamarse el incumplimiento de cualquier requisito legal en su ejercicio por la vía ordinaria, como por ejemplo, que efectivamente se esté en el supuesto de la movilidad horizontal, ALFONSO MELLADO, Carlos, “El control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista de Derecho Social*, N°62, Bomarzo, Albacete, Madrid, 2013, pp. 28-29.

<sup>699</sup> Ver el ya citado de MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna...”, op. cit.,

profesionalidad<sup>700</sup>, el inherente aumento del poder de dirección, todos temas relevantes y que exceden las posibilidades de esta tesis, pero que no desmienten sino refuerzan las afirmaciones que se sostendrán en páginas posteriores sobre el sentido de la Reforma Laboral de 2012.

Por su lado, la movilidad geográfica remite al “traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia”. El traslado “requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial”, (artículo 40. 1 ET)<sup>701</sup>.

Pese a ser inmediatamente ejecutiva (artículo 40. 4 ET), deja las siguientes opciones al trabajador, en caso de disconformidad:

- Resolución indemnizada del contrato (artículo 40.3 ET).

- Impugnación de la medida: el objeto del proceso es siempre la nulidad de la medida modificativa<sup>702</sup>. Sin embargo, la sentencia admite tres contenidos posibles respecto de la decisión modificatoria, declarándola justificada, injustificada o nula.

Será justificada si se acreditan las razones invocadas por la empresa, (artículo 138. 7, párrafo segundo LRJS)<sup>703</sup>. En caso contrario, será injustificada y la sentencia que así lo declare reconocerá el derecho a la reposición del trabajador a sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Esta redacción no se ha modificado pese a la certera crítica en cuanto “es incorrecta, porque la sentencia debe contener un pronunciamiento de condena de obligación de hacer y no limitarse a un fallo meramente declarativo”<sup>704</sup>. En rigor, la sentencia a lo que condena es a reincorporar al trabajador a su centro de trabajo de origen correspondiente a una obligación de “hacer o de deshacer lo indebidamente realizado [*rectius* ‘dejar de hacer’]” que lleva inmediatamente a

---

<sup>700</sup> Al respecto ver VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “El nuevo espacio de la flexibilidad laboral interna”, *Revista de Derecho Social*, N°62, Bomarzo, Albacete, Madrid, 2012, p. 123.

<sup>701</sup> Se distingue entre traslados, de carácter definitivo (artículo 40.1 ET), que a su vez pueden ser individuales o colectivos; y, desplazamientos, de carácter temporal (artículo 40. 4 ET), que son siempre individuales. Esto redundaría en diferencias para su práctica por parte del empresario y en su esquema de impugnación, DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales”, en la obra colectiva *Reforma y crisis del proceso social...*, op. cit., 1996, pp. 133, 134 y 135.

<sup>702</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda y CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Instituciones de Derecho Procesal...*, op. cit., p. 364.

<sup>703</sup> La sentencia además le reconocerá al trabajador el derecho a extinguir el contrato en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores y en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del artículo 41 del referido Estatuto.

<sup>704</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales”, en la obra colectiva *Reforma y crisis del proceso social...*, op. cit., p. 148.

la pregunta sobre “los cauces a través de los cuales pueden ser dotadas de efectividad en caso de incumplimiento. A tal cuestión pretende dar respuesta la norma procesal cuando dispone que si ‘el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones o lo hiciere de modo irregular, éste podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo social y la extinción del contrato según lo previsto en el artículo 50.1 c) ET’<sup>705</sup>. Una primera duda surge a propósito de la redacción de la norma que al utilizar la conjunción “y”, pareciera estar ordenando que se pida ejecución y extinción, interpretación que se consideraba inconstitucional, porque obligaba al trabajador que quisiese defender derechos a la extinción indemnizada<sup>706</sup>. Hasta antes de la Reforma de la Ley 42/1994 era posible sostener que las opciones eran la ejecución *in natura* o la extinción indemnizada<sup>707</sup>, porque hasta ahí la previsión de la Ley de Procedimiento Laboral, en su artículo 137 *bis*, no distinguía si se trataba de declaraciones de no justificación o nulidad, y podía solicitarse la ejecución en sus propios términos de la sentencia que calificaba de injustificada a la medida.

La jurisprudencia, dando una lectura más armoniosa con la Constitución, como en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha de 19 de noviembre de 2002, que interpreta no “en clave de exigencia simultánea (ejecución por equivalente subsumida en petición de extinción), sino en términos complementarios (ejecución del fallo *in natura* y, en su caso [y si el trabajador así lo desea], extinción del contrato, sin necesidad de llegar a la forzada [*rectius, contra legem*] interpretación [anterior] de concebir el texto (y más específicamente la conjunción) en términos disyuntivos”<sup>708</sup>. Para Tascón, “[a]hondando en tal línea argumental, cabría llegar a plantear cómo, en realidad, el artículo 138.6 LPL [actual 138.8 LRJS] debe ser interpretado de modo tal que permita al trabajador ‘solicitar la ejecución del fallo y [, entre las varias medidas a adoptar,] la extinción del contrato por causa de lo previsto en el artículo 50 ET’; podrá no obstante pedir otras, v. gr., la indemnización pecuniaria sustitutiva del cumplimiento *in natura* de la obligación de reponer, pero sin la imperiosa necesidad de instar siempre y en todo caso la resolución indemnizada”<sup>709</sup>.

Con los diversos planteamientos interpretativos quedan a la vista las dificultades provocadas por una legislación que no establece la garantía de los derechos constitutivos de obligaciones de hacer y de no hacer, ni siquiera cuando media una sentencia judicial que

<sup>705</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 313.

<sup>706</sup> La posible inconstitucionalidad de esta interpretación ya era postulada en 1994 por CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *La modificación de las condiciones...*, op. cit., pp. 72-72

<sup>707</sup> Otra era la tesis sostenida por el Gabinete Jurídico de CC.OO, en base a un auto del Juzgado de lo Social de Albacete, de 13 de septiembre de 1999, que interpretaba que lo que la norma permitía era la acumulación de acciones de ejecución en sus propios términos y extinción indemnizada por la concurrencia de la causal del artículo 50 del ET. Lectura acorde al contenido esencial de la tutela judicial efectiva y la relevancia del respeto a los fallos judiciales y a su efectivo cumplimiento dentro de un Estado Social y democrático de Derecho, GABINETE JURÍDICO DE CC.OO, “Ejecución en sus propios términos de las sentencias recaídas en procedimientos sobre impugnación de traslados y modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social* N°7, Bomarzo, Albacete, España, 1997, pp. 185 y siguientes.

<sup>708</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., pp. 318-319.

<sup>709</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 319.

declare que el ejercicio del poder de dirección se ha excedido de los límites legales, lo que conduce en todas ellas a quien quiera hacer valer su derecho, a la pérdida de su puesto de trabajo<sup>710</sup>. Todo lo cual se aplica igualmente a la declaración de injustificada de una decisión modificatoria de las condiciones del contrato.

La nulidad procede en caso de fraude de ley – por elusión de las normas establecidas para las de carácter colectivo en los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores – así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108 LRJS.

El pronunciamiento de condena es el mismo de la sentencia que califica de injustificada la decisión: debe “condenar al empresario a reponer al trabajador en las anteriores condiciones de trabajo. De esta forma, la diferencia entre las dos calificaciones se producirá en la ejecución”<sup>711</sup>.

Finalmente, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, es una vía de alteración de elementos centrales del contrato. La regulación procede de la Ley 11/1994<sup>712</sup>, que en palabras simples surge para dar respuesta al “punto de fricción” entre dos premisas: “las empresas tienen interés en adaptarse a las continuas y cambiantes necesidades de los mercados” y la de que “los contratos de trabajo se rigen por las mismas condiciones que se pactaron desde su nacimiento”<sup>713</sup>.

Su finalidad era dar una posibilidad de flexibilidad interna, con causas habilitantes menos exigentes que las de flexibilidad externa. Lo que aquí interesa es qué ejecución tiene prevista, en caso que la medida haya sido declarada injustificada, lo cual termina por ser el termómetro de qué posibilidades tiene un trabajador de defender sus condiciones de trabajo sin riesgo sobre su puesto de trabajo – que es lo que en la interpretación finalista, de la citada STS de 17 de mayo de 2005 fundamenta la menor exigencia de las causas, ya que lo que se enfrenta a la libertad de empresa, no es el derecho al trabajo como sucede en los despidos colectivos-<sup>714</sup>. La sentencia puede tener los mismos contenidos expuestos para la movilidad geográfica, calificar a la medida como justificada, injustificada y nula.

---

<sup>710</sup> Salvo una interesante propuesta de TASCÓN LÓPEZ en que estima que lo que podría ejercer el trabajador a continuación de su sentencia favorable es el *ius resistitiae*, que se expondrá al final de esta sección.

<sup>711</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales”, en la obra colectiva *Reforma y crisis del proceso social...*, op. cit., p. 148.

<sup>712</sup> Junto con la regulación del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

<sup>713</sup> LINARES POLAINO, Juan Antonio, “La movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las cláusulas de inaplicación salarial”, en la obra colectiva *Las reformas laborales del 2010*, (Josep Moreno Gené y Ascensio Solé Puig, coordinadores), Huygens, Barcelona, España, 2012, p. 218.

<sup>714</sup> Elemento causal que actualmente vive su momento de mayor superficialidad dado el tenor de la última reforma. Sobre las interpretaciones literal y sistemática, que llegaban igualmente a la misma conclusión de la finalista, ver LINARES POLAINO, Juan Antonio, “La movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las cláusulas de inaplicación salarial”, en la obra colectiva *Las reformas laborales...*, op. cit., pp. 229 y siguientes. Admite la distinción entre individuales y colectivas, dependiendo

La impugnación de la medida se encuentra regulada en el artículo 138 LRJS. Interesan aquí las formas de impugnación que consigan una declaración de reposición a las condiciones anteriores -no así las que hayan seguido la acción del artículo 41 ET que conduzca a la extinción indemnizada<sup>715</sup>, ni aquellas que hayan planteado una vulneración de derechos fundamentales-.

Como se explicara antes, si bien la redacción inicial del artículo 137 bis.6 de la LPL, por la Ley 11/1994, permitía incertidumbres “sobre el alcance, la ejecución y sobre la posibilidad de diferenciar el tipo de ejecución en atención a que el fallo declarase injustificada o nula la medida empresarial impugnada (...), la modificación introducida por la Ley 42/1994 superó esta duda, aclarando la existencia de las dos regulaciones de ejecución”<sup>716</sup>. Lo que esto quiere decir es que su ejecución no es en sus propios términos.

La sentencia condena a una obligación de hacer: reponer al trabajador en sus condiciones de trabajo, previas al traslado o a la modificación sustancial de condiciones. Ante la falta de reincorporación o irregularidad del mismo, el trabajador puede instar a la ejecución del fallo, de acuerdo al siguiente tenor legal del artículo 138.8 LRJS. Nuevamente, pese a contener órdenes de hacer, su ejecución no es en sus propios términos. Explica el magistrado y académico Desdentado Bonete, que se trata de una opción de política legislativa –discutible en términos de política jurídica- pero que mira a un criterio de distribución de recursos para el aparato judicial: “la ha establecido el legislador, sin duda para evitar las dificultades de la generalización de la ejecución en los propios términos de la sentencia con sus altos costes de gestión y considerando que la extinción del contrato con la indemnización prevista para el despido es la solución que el ordenamiento prevé en supuestos de incumplimiento empresarial (art.50)”<sup>717</sup>.

#### **a) La inhibición del ejercicio de los derechos emanantes del contrato.**

Tal opción de política legislativa es al menos criticable desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, ya que obliga al trabajador que quiera defender sus condiciones de trabajo pactadas, en caso de no ser reincorporado por el empleador una vez estimada la impugnación del trabajador, a la extinción indemnizada de su contrato como respuesta final. Como claramente se ha dicho, las opciones del trabajador vencedor en juicio en

---

de la fuente de la que emana la condición a alterar. Su régimen es similar al de los traslados. Sobre las reglas de coordinación en el ejercicio de las acciones individuales y colectivas ver DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales”, en la obra colectiva *Reforma y crisis del proceso social...*, op. cit., p. 140 y siguientes.

<sup>715</sup> Sobre las reglas de coordinación en el ejercicio de las acciones individuales y colectivas ver LINARES POLAINO, Juan Antonio, “La movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las cláusulas de inaplicación salarial”, en la obra colectiva *Las reformas laborales...*, op. cit., pp.229 y siguientes.

<sup>716</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales”, en la obra colectiva *Reforma y crisis del proceso social...*, op. cit., pp. 151 y 152.

<sup>717</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales”, en la obra colectiva *Reforma y crisis del proceso social...*, op. cit., pp. 151 y 152.

realidad son: o pedir el cumplimiento de la sentencia o extinguir su contrato<sup>718</sup>. Inhibición que opera en la lógica contraria de figuras relevantes como la garantía de indemnidad, que existe para darle al menos un mínimo de seguridad al trabajador que quiera reclamar derechos<sup>719</sup>, ampliando así la garantía en beneficio de su defensa en juicio.

La protección al ejercicio de derechos por parte del trabajador no fue una línea legislativa compartida, la opuesta es la senda seguida y profundizada por las reformas posteriores. Como puede observarse, un importante precedente de estas figuras laborales es la Ley 11/1994, que en términos generales y en parte por ellas mismas, fue retratada - por Montoya Melgar, para estos efectos englobando todo bajo la voz “poder de dirección”<sup>720</sup>-,

---

<sup>718</sup> Y de esta forma con cierta ventaja la opción por la pasividad, dadas las consecuencias de solicitar la ejecución, GABINETE JURÍDICO DE CC.OO, “Ejecución en sus propios términos de las sentencias recaídas en procedimientos sobre impugnación de traslados y modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, Revista de Derecho Social N°7, Bomarzo, Albacete, España, 1997, pp. 187-188.

<sup>719</sup> Una es la garantía de indemnidad derivada del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1 de la CE, y otra es la figura de la LOIHM en su artículo 9 de la LOIHM, que puede ser solicitada aún después de terminada la relación laboral, y no es una reiteración de la anterior: se distingue porque no deriva del derecho a la tutela judicial efectiva sino que “se enmarca como parte del contenido del art. 14 CE”, lo que permite sostener la importante consecuencia de que cubra también a los testigos o terceros defensores del derecho reclamado. “No debe confundirse con la garantía de indemnidad por acciones judiciales (o aquellas no judiciales pero inmediatamente anteriores y necesarias) que el TC considera una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE., por lo que de incurrir el empresario en una conducta prohibida del art. 17 ET lo que se vulnera es el derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 CE pero no el derecho a la tutela judicial efectiva. Por eso la garantía de indemnidad por denuncias realizadas para exigir el cumplimiento del principio de igualdad debiera extenderse no sólo a los titulares del derecho que reclaman, sino también a los testigos o defensores del derecho (Directiva 2002/73/CEE, considerando 17°), a pesar de que el TC haya negado su consideración como un supuesto susceptible de ser incluido en la violación del art. 24.1 CE.”, Nogueira, Magdalena, “Tutela judicial del principio de igualdad y no discriminación”, en la obra colectiva *Gestión práctica de los Planes de Igualdad*, (Olimpia Molina Hermosilla, editora), Bomarzo, Albacete, España, 2009, pp. 63- 64.

<sup>720</sup> La reforma de 1994 tocaba las siguientes figuras, sintetizadas y explicadas estructuralmente de la siguiente manera: “Las novedades introducidas en el texto del ET por la Ley 11/1994 en la materia de la que se habla se inscriben en el marco de unos objetivos generales que de manera explícita aparecen en la Exposición de Motivos de aquella norma y que se refieren, además de al salario, a otras materias esenciales de las relaciones de trabajo; clasificación profesional, ascensos, jornada y descansos, movilidad funcional y geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensiones, despidos y algunas otras. El objetivo con seguridad más importante, común al conjunto de las reformas operadas en todas sus materias, es el de conseguir un mayor grado de flexibilidad en su regulación, que haga posible una suficiente capacidad de adaptación de las organizaciones productivas de las cambiantes circunstancias de su entorno; esto último debería contribuir – siempre en los términos expresados en la citada Exposición de Motivos- a la mejora de la deteriorada situación del empleo”, RODRÚGUEZ -SAÑUDO, Fermín, “La ordenación de la estructura

de la siguiente manera: “[r]esumidamente cabe decir que, al margen de los problemas técnicos no escasos ni pequeños que plantea la reforma del mercado de trabajo, la valoración de esa reforma en lo que se refiere a la reordenación del poder de dirección del empresario debe ser favorable. En efecto, la reforma 1994 se adecua a la Constitución cuando potencia la libertad de empresa y la capacidad de decisión del empresario”<sup>721</sup>. Si bien Montoya agrega en seguida como elementos compensadores el fomento de la reforma a la participación de los trabajadores, también añade la restricción de “la acción controladora del poder público en el sistema de relaciones laborales”. Esto último debe ser conectado a que se eliminaba la autorización administrativa para ciertas decisiones empresariales - cambios geográficos de trabajadores, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo- la cual tenía como efecto suspender la ejecutabilidad de la decisión.

La inmediata ejecutabilidad proviene de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, ya que la Ley 16/1976, de 8 de abril de Relaciones laborales, contenía en su artículo 22.2 “la posibilidad del *ius resistendae* del trabajador, la paralización de la orden empresarial hasta que resolviera la autoridad administrativa. En cambio, a partir de 1980 la decisión empresarial se configura como inmediatamente ejecutiva, con independencia de la hipotética reclamación del trabajador”<sup>722</sup>.

Más allá de tener su origen en el modelo de relaciones laborales de la dictadura franquista, en base a lo cual Montoya fundamenta que hace parte de la idea de comunidad de intereses en que trabajadores y empresa “se concebían orientados a un fin público y con un marcado carácter institucional, inicialmente cuasi funcionarial”<sup>723</sup>, la idea eje de ésta, que es una verdadera definición de postura en cuanto a quién tiene un derecho que hacer valer y quién no, lo que hace es adherir a una línea jurisprudencial precedente que lo determinaba

---

salarial”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995, pp. 292-293. Como destaca Alonso Olea, a esa fecha. ésta se inscribía como la primera reforma extensa en su exposición de motivos, sobre lo cual señalaba “No suelen ser muy expresivas en nuestra práctica jurídica las exposiciones de motivos de las normas en general ni de las leyes en particular; es más, en ocasiones, cuando quieren hacer algo más que disculparse de lo mandado, disimulan con frecuencia el contenido de los mandatos, especialmente si estos no son portentosos ni simpáticos”, ALONSO OLEA, Manuel, “La reforma laboral de 1993-1994. Origen e idea general de su carácter”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995, p. 13.

<sup>721</sup> Montoya Melgar, Alfredo, “La nueva configuración del poder de dirección del empresario”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995, pp. 198-199.

<sup>722</sup> PÉREZ-AMORÓS, Francisco y ROJO TORRECILLA, “Movilidad geográfica”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995, pp. 244. *Ius resistendae* que no es el mismo propuesto por TASCÓN LÓPEZ, quien sostiene puede ser ejercido por el trabajador que tenga una sentencia favorable.

<sup>723</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, “La nueva configuración del poder...”, op. cit., p. 191.



claramente al mantener “la presunción de legitimidad de la orden empresarial, por entender que el trabajador no puede convertirse en definidor de su propio derecho”<sup>724</sup>.

Todo lo anterior responde a un “diseño conceptual”, que ha sido descrito (a propósito del elemento causal en los despidos económicos), de esta forma: “[e]n la actualidad, junto con los intereses individuales de empresarios y trabajadores, progresivamente desdibujado entre los intereses colectivos y generales, surgen nuevos valores. Es evidente que se conceden nuevas potencialidades directivas del empresario para que pueda desenvolverse en procesos cambiantes y difíciles. Surge así, el principio de flexibilidad, elevado a la categoría de mito. Esta nueva configuración del poder directivo se acompaña de un deterioro – de una auténtica crisis- del viejo principio de estabilidad, responsabilizado de buena parte de las dificultades del mercado (también del de trabajo)”<sup>725</sup>. Dichas afirmaciones, admitían entonces una matización: “[e]sta descompensación queda, en parte, neutralizada por la acción de la autonomía colectiva. Pero, en todo caso, aparece un nuevo valor, tutelable desde la perspectiva del interés general; este valor es la ocupación y el empleo. Y a este nuevo valor resulta instrumentalmente necesario el principio de competitividad, de productividad”<sup>726</sup>. A partir de lo cual, el citado autor extrae una ubicación para aquello que pertenecería a la esfera de los intereses individuales y aquello que sería de interés colectivo. “En este marco, el interés empresarial a la flexibilidad (en virtud de la competitividad) se convierte, al menos en alguna medida, en condición del empleo. Surgiendo, de este modo, una nueva dialéctica entre el interés en la estabilidad (de dimensión individual) y de la ocupación (de dimensión más colectiva)”<sup>727</sup>.

Con todo lo recién expuesto, el punto que se quiere marcar sin duda no es el de la necesidad de la autorización administrativa, sino que, llegados al control judicial, y en el mejor de los casos, acogido que la facultad extraordinaria de modificación no fue realizada por su cauce legal, el efecto ha de ser la expulsión del trabajador de la empresa, indemnización mediante. Esta impresentable relación causa - efecto ya en 1994 era divisada por Ignacio García- Perrote, al decir que “[e]merge aquí nítidamente, en mi opinión, la diferencia entre lo que es un control administrativo previo (si no hay autorización no se puede despedir y si a pesar de ello se despide la extinción es nula) y un control judicial que fiscaliza *a posteriori* una extinción contractual que ya se ha producido y que si es declarada incorrecta no tiene como obligada consecuencia la readmisión del trabajador. Desde una perspectiva empresarial, lo segundo es más ‘flexible’ que lo primero, en la medida en que le ejecutividad y producción de efectos inmediatos de la decisión empresarial no resulta impedida ni se ve condicionada de la misma forma, hasta el punto de que la extinción podrá tener lugar de todos modos aun cuando haya sido declarada ilegal por inexistencia de la causa habilitante, con el coste – eso sí- de una

---

<sup>724</sup> PÉREZ-AMORÓS, Francisco y ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Movilidad...”, op. cit., p. 244.

<sup>725</sup> MONTALVO CORREA, Jaime, “Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo”, “La reforma laboral de 1993-1994. Origen e idea general de su carácter”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995, pp. 335-336.

<sup>726</sup> MONTALVO CORREA, Jaime, “Delimitación jurídica...”, op. cit., p. 335.

<sup>727</sup> MONTALVO CORREA, Jaime, “Delimitación jurídica...”, op. cit., pp. 335-336.

indemnización mayor”<sup>728</sup>. Veamos entonces cuál es el contenido de la causa que puede justificar la decisión unilateral de modificación del empleador: se trata de “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, a las que el legislador de 2012 añadió: “Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”. La pregunta inmediata es: ¿qué decisión dentro de una empresa no tiene que ver con nociones de este tipo? ¿una exclusivamente basada en fines ilícitos? Aunque en rigor el legislador sólo añade más de estos conceptos económicos a la evaluación del juez. La pregunta siguiente tiene que ser ¿esta norma protege en algún sentido al trabajador? Por algo se observa que “[d]ebemos tener presente, a estos efectos, que nos encontramos, en el caso del precepto en cuestión, ante el reconocimiento en favor del empresario de un poder de alteración unilateral de condiciones establecidas en acuerdos individuales y colectivos que resulta absolutamente excepcional y exorbitante para cualquier otro acreedor de Derecho Privado, cuyo fundamento y justificación se encuentran en las necesidades económicas, técnicas, organizativas y productivas en las que su cumplimiento se encuadra”<sup>729</sup>. Pero si para alguien suena poco positivista<sup>730</sup>, queda siempre la vía alternativa de buscar la interpretación más conforme a los principios, único modo en que podría aplicarse casi operando una “traducción” al Derecho del Trabajo, que es el camino de resistencia que

---

<sup>728</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Procedimiento de regulación de empleo en el despido colectivo”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995, p. 378.

<sup>729</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La reforma flexibilizadora”, op. cit., p. 226.

<sup>730</sup> “De hecho, los principios del Derecho del Trabajo no nos exigen ningún tipo de iusnaturalismo: nadie – que se sepa- ha sostenido que deriven ni de la divinidad, ni de la naturaleza humana. Más bien, siempre lo hemos leído y repetido, derivan del acuerdo ético de quienes han practicado esta disciplina sobre el trabajo y su función en las sociedades a las que aspiramos construir en términos repetidos en tanto texto constitucional sobre la dignidad de la persona y la protección de los más desventajados (...) Y ese nexo supone compromiso: el Derecho del Trabajo llega hasta donde se reconocen sus principios, fuera de ellos aquel no existe. Sólo se encuentran reglas legales que, además, en algunos casos carecen de validez –cuando aquellos principios están reconocidos en el texto constitucional-. La protección del trabajador no es, entonces, puro artificio ideológico, sino todo lo contrario, es la premisa constitutiva del Derecho del Trabajo. De allí que la práctica de esta disciplina suponga reconocer como nuestro punto de partida –“el punto de vista interno” de los participantes- a los principios que expresan ese ideal”, acotando con ello que “[d]e ahí que resulte especialmente extraviado hablar de principios tales como “pro-empresa” o “pro-empleo” en el Derecho del Trabajo, en cuanto no expresan ningún acuerdo constitutivo de carácter ético de los que practicamos esta disciplina. Más bien lo contrario: han sido utilizados como excusas para debilitar la protección del trabajador asalariado, salvo que se edulcore esos principios, de modo tal, que expresen la idea de que se proteja la búsqueda y el acceso al empleo, en cuyo caso se trataría de ideas triviales que ya estarían en la noción general del protección del trabajador.”, UGARTE CATALDO, José Luis, “La rehabilitación...”, op. cit.

recorren los Tribunales Laborales<sup>731</sup> a la espera de los pronunciamientos de constitucionalidad, que es el camino formal para inaplicar una norma legal vigente. Cuestionable, además, desde el punto de vista de su “derecho a defender derechos” ante un tribunal, ya que actúa como potente desincentivo. Pero también lo es con respecto a acceder a una normativa tutelar, producto de su desvinculación total del derecho al trabajo o la concepción de este ceñida a “tener y mantener un trabajo” sin incidir en las condiciones del mismo<sup>732</sup>, del principio de protección y de la noción de ciudadanía en la empresa como normativa orientada a la vigencia efectiva de los derechos dentro de relaciones laborales vivas. Para Casas Baamonde, quien defendía la supervivencia de la nulidad radical post – reforma de 1994, esta era una opción deseable y absolutamente plausible, por la existencia a la fecha de una consolidada jurisprudencia constitucional, por lo cual explicaba que “[l]a comparación con la regulación anterior y su contexto jurisprudencial y doctrinal – con años de formación a sus espaldas, pues algunas construcciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre la nulidad del despido están muy firmemente asentadas – constituirán el método de análisis<sup>733</sup>”.

El que tal línea jurisprudencial no se siguiera, más que una constatación de su corrección, simplemente es síntoma de la opción interpretativa del derecho al trabajo como un no derecho, que se ubica en una estructura mayor que es la cultura jurídica devenida luego de la Constitución.

El retrato de esa cultura jurídica puede obtenerse por comparación. Ante situaciones de crisis económica de muy similar magnitud, de rescates económicos de la Unión Europea condicionados a reformas legislativas - que en materia laboral son competencias de los legisladores nacionales- una preliminar explicación de por qué el tribunal Constitucional Luso declara inconstitucionales las políticas de austeridad y no así su homólogo español,

---

<sup>731</sup> “Jueces para la Democracia anunció su intención de aplicar la constitución tras la entrada en vigor del RDL 3/2012, lo que debe hacernos suponer que harán un uso intensivo del texto constitucional para rectificar el contenido de aquél”, RUIZ CASTILLO, María del Mar, “El despido por absentismo...”, op. cit., p. 347, nota 29. Al punto de cuestionarse la autora si eso significaba la vuelta a los tiempos del Uso Alternativo del Derecho.

<sup>732</sup> Como se explica y declara en la STS de 17 de mayo de 2005, (REC. 2363/2004; S. 4.ª): “La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (“flexibilidad externa” o “adaptación de la plantilla”) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (“flexibilidad interna” o “adaptación de condiciones de trabajo”). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la “libertad de empresa” y de la “defensa de la productividad” reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de “reestructuración de la plantilla”, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la “libertad de empresa” y el “derecho al trabajo” de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional.

<sup>733</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La nulidad del despido y sus efectos”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995, p. 431.

señala: “[d]e entrada, la Constitución portuguesa de 1976 tiene una carga social y democrática de la que la española carece. Es hija de una ruptura con la dictadura militar. La española, en cambio, de un proceso constituyente fuertemente tutelado por sectores vinculados al franquismo. La Constitución portuguesa incorporó un compromiso fuerte con los derechos sociales. En el caso español, ese compromiso nació debilitado (...). Las culturas constitucionales, ciertamente, no lo explican todo. Pero tienen su peso. En Portugal, la Constitución fue un símbolo de progreso, de ruptura democrática con un régimen dictatorial. Y hoy es un elemento de resistencia frente a las políticas de austeridad y el protectorado de la troika. La Constitución española no puede cumplir ese papel. Porque ya nació, a pesar de algunos aspectos positivos, con límites evidentes. Y porque las interpretaciones y cambios a los que ha estado sometida la han ido despojando, de forma acaso irreversible, de todo potencial transformador”<sup>734</sup>.

Esto lo que muestra, a la postre, es que había otra vía interpretativa razonable y que, simplemente, no se quiso seguir por razones que no pasan fundamentalmente por cuestiones técnico- jurídicas. A su favor tenía el que la nueva ley no era ni coherente ni

---

<sup>734</sup> Más allá de que la sentencia constitucional portuguesa sea sobre la retirada de la paga extra a funcionarios y pensionistas y las rebajas en el subsidio de desempleo y de enfermedad consignadas en el presupuesto general de 2013 del país, la que fue resuelta según Pisarello “invocado, para ello, argumentos jurídicos que son también de sentido común: la desigual imposición de los sacrificios, la desproporcionalidad de las restricciones.”, es un análisis macro el que realiza, que parte de la actitud de los Tribunales españoles en materia hipotecaria: “Hace dos años, un juez de Sabadell le preguntó si la normativa sobre ejecución hipotecaria no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva y a la vivienda. El Tribunal Constitucional ni siquiera admitió a trámite la cuestión. Más bien reprendió al juez que lo consultó. Sostuvo que sus dudas eran “notoriamente infundadas”. Y que aquello no tenía nada que ver con el derecho a una vivienda digna. Que la ley hipotecaria aprobada décadas atrás era la que era y que su cambio dependía en exclusiva del gobierno. Consciente de la escasa sensibilidad garantista de la respuesta, un magistrado moderado, Eugeni Gay, emitió un voto particular. Señaló que la resolución dejaba de lado elementos de gran “trascendencia social y constitucional”, como el cambio en las circunstancias económicas y financieras. Dos años después, otro juez de Barcelona decidió consultar al Tribunal de la Unión Europea. Y este, tan poco social en otras cuestiones, enmendó la timorata actitud del alto tribunal español. Señaló que la legislación española desamparaba a las personas como usuarias y consumidoras, dejándolas a merced de los abusos de las entidades financieras”, PISARELLO, Gerardo, “¿Por qué Portugal sí y aquí no?”.

Disponible en: <http://www.caffereggio.net/2013/04/13/por-que-en-portugal-si-y-aqui-no-de-gerardo-pisarello-en-zona-critica-de-eldiario-es/>

clara<sup>735</sup>. Y su objetivo no era sistematizar las causales de nulidad, sino restarle espacio a los efectos que aparejaba: la ejecución en los propios términos de la sentencia<sup>736</sup>.

Cerrando el punto, distinto es el caso de que la sentencia sea de nulidad en los casos de movilidad o modificaciones sustanciales, pese a que contenga la misma orden, y cuya justificación no económica pero sí teórica estibaría en que la ilicitud que desencadena la declaración de nulidad, es mayor y requiere una respuesta más poderosa. En este caso, la opción pertenece al trabajador, entre hacerla por equivalente, caso en el cual se remite a la regulación de la ejecución de la sentencia que declara injustificada la medida, artículo 138.9 LRJS; o, activarla en sus propios términos, reenviándose a la regulación de los artículos 281 y 282 LRJS.

Junto con esto, los tribunales podrían declarar la nulidad de decisiones que, más allá de no haber sido ejecutadas de acuerdo al procedimiento previsto, manifiesten arbitrariedad o abuso, que es un estadio anterior, a derivar en la vulneración de derechos constitucionales. Esta declaración puede fundarse, antes que en las normas civiles, en interpretaciones constitucionales sobre el derecho al trabajo en conexión a la cláusula social que funda a la democracia española, y a la tutela judicial efectiva. Debe recordarse que la esencia de la llamada “nulidad radical” era tener una causa “inconstitucional”<sup>737</sup>. El que algunos supuestos produzcan una “nulidad automática”<sup>738</sup>, no significa un recorte de facultades al

---

<sup>735</sup> En palabras de Casas Baamonde es algo que ni sus “más entusiastas defensores” podrían atribuirle, debido a inarmonías entre la nulidad del despido objetivo que procedía en supuestos que en el disciplinario derivaban en improcedencia (formalidades); asimismo respecto del despido colectivo en que el mismo supuesto desencadenaba su declaratoria de improcedencia en circunstancias que envuelve un interés social del que el despido objetivo carece. Sobre el punto en extenso ver su “La nulidad del despido...”, op. cit., p. 432; en el mismo sentido PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La calificación del despido como improcedente o nulo”, Martínez Emperador, Rafael, “Despido objetivo por causas económicas”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995, p. 407; MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “Despido objetivo por causas económicas”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995, p. 369-370.

<sup>736</sup> La redacción de la ley anterior permitió una jurisprudencia que excluyó de la ejecución en sus propios términos a la nulidad formal del despido colectivo, CASAS BAAMONDE, “La nulidad del despido...”, op. cit., pp. 460-461.

<sup>737</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La calificación del despido...”, op. cit., p. 405.

<sup>738</sup> Como sucedía con los artículos 51.1 en relación al 52 c) del ET, según José María GOERLICH PESET, que constituye una regla que anexa nulidad automática para los despidos que excedan los umbrales del despido objetivo para encubrir lo que debía tramitarse como despido colectivo, pero que no excluye “la aplicación de la regla del fraude de ley (art. 64 CC), sólo que en estos casos, y también en acuerdo con las reglas generales, será el interesado quien deba probar la existencia de fraude”, *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1994, p. 98; y que para VALDÉS DAL-RÉ constituía un mecanismo específico de contención del fraude, “Los despidos por causas económicas”, en la obra colectiva *La reforma del mercado laboral*, (Fernando Valdés Dal-Ré, coordinador), Lex Nova, Madrid, España, 1994,

Tribunal Constitucional para construir lecturas que revitalicen el Derecho del Trabajo y su función protectora.

Una última opción, teóricamente sustentable pero que en la realidad sería un caso de experimentación, es la propuesta de Tascón López, que evaluado el procedimiento de ejecución para decisiones calificadas judicialmente como nulas, y reconocido que los apremios que contempla la ley española incluido el que para él es un apremio - el delito de desobediencia a la autoridad del artículo 709.3 LEC’2000-, sostiene que “cabe defender un particular *ius resistentiae* del trabajador en este supuesto: su negativa a desempeñar las funciones ordenadas por el empresario en contra de la sentencia de nulidad no puede merecer reproche disciplinario alguno, pues el deber de obediencia laboral – recuérdese de nuevo- lo es en tanto en cuanto la orden emanada sea regular, y difícilmente podrá ser calificada como tal mandato desconociendo el contenido de una sentencia firme”, cabría entonces la posibilidad una vez “reconocida en vía de ejecución la falta de cumplimiento de la obligación, negarse a desempeñar su prestación característica hasta tanto no fuera efectivamente reintegrado en sus anteriores condiciones, sin perder por ello el devengo de los salarios correspondientes”<sup>739</sup>.

Las últimas palabras son para reconocer la duda sobre una solución que descansa sobre la capacidad de resistencia del trabajador “habida cuenta de que adoptar tan valiente actitud frente a quien dirige y organiza la unidad productiva terminará de manera normal con el despido del empleado, el cual, bien es cierto, merecerá ser calificado como improcedente – o incluso nulo, a la luz del derecho a la ejecución de sentencias y garantía de indemnidad, ambos ínsitos al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE-; si no se adoptan las medidas precisas en este último sentido, la evidencia fuerza a corroborar un dato tan incontestable a la luz de los hechos como inaceptable en el plano de los principios: el empresario rara vez se ve forzado verdaderamente a hacer algo, pues siempre le queda la vía de escape de pagar las consecuencias de su obrar antijurídico”<sup>740</sup>. Pasa también, que cuando las cosas van extremadamente mal, como acusadamente en el último tiempo le ha sucedido a los trabajadores españoles, junto a una actitud aplastada de sometimiento, puede presentarse una de extremo riesgo, ambos vértices son posibles, cuando no queda mucho que perder.

## **b) Una propuesta de derecho al trabajo.**

El derecho al trabajo-“uno de los grandes desconocidos por la jurisprudencia constitucional”<sup>741</sup>-admite justificar la nulidad de ciertos despidos, en la medida que se den algunos pasos.

El primero, superar la categorización de los derechos según su ubicación en la constitución – el criterio que Tarello denomina topográfico<sup>742</sup>- y se aplique alguna técnica de resolución

---

p. 427; en el mismo sentido CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La nulidad del despido...”, op. cit., p. 446-458.

<sup>739</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 325.

<sup>740</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 325.

<sup>741</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Evolución constitucional y derecho al trabajo”, en la obra colectiva *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, (Abdón Pedrajas, coordinador), Lex Nova, Valladolid, España, 2000, p. 103.

de conflictos entre bienes constitucionales, entre las cuales hasta ahora es la aplicación del juicio de proporcionalidad la que ha entregado mejores resultados.

Segundo, lo antes afirmado no implica una igualación que pierda de vista el desarrollo dogmático de cada derecho. Es por ello que respecto de algunos derechos como el de asociación o de expresión, al momento de tratarlos se fue apuntando el que parte de la doctrina los considera como dotados de una especie de “plus”. No tanto porque posean una

---

<sup>742</sup> Una muestra de lo endeble de calificar a un derecho fundamental en relación a su ubicación, lo da esa especie de absurdo del derecho al trabajo de los penados, que se ubica en la sección primera y, por lo tanto, es exigible y justiciable. Conociendo del amparo deducido por un recluso, quien exigía el cumplimiento efectivo de su derecho constitucional al trabajo por parte de la Administración Penitenciaria, el TC emana la sentencia 172/1989 de 19 de octubre, concluye que este derecho posee las siguientes facetas: desde el punto de vista del obligado “se trata de un *específico deber* de crear y proporcionar los puestos que permitan sus disponibilidades presupuestarias, y un mandato incluso, al legislador, conforme al artículo 53.3 CE (en relación con el art.40 CE y el mandato a los poderes públicos en él contenido de realización de “una política orientada al pleno empleo”, hay que entender), de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las posibilidades socioeconómicas y sin perder de vista, precisamente, la indicada finalidad reeducadora y de reinserción social, que por disposición constitucional tiene la pena”. Y, desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo la pena de prisión, es en realidad un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia en forma inmediata”, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “El derecho al trabajo de los penados y la efectividad de los derechos fundamentales”, en *Derecho del trabajo y razón crítica...*, op. cit., p. 117. Tal como si el derecho en litigio se hubiese ubicado en la sección IIª, como si el Tribunal entendiese que al ser un derecho económico, social o cultural significa norma programática de cumplimiento progresivo para el Estado. Se compone, de este modo, una solución lo suficientemente laxa para sortear las imposibilidades materiales del Estado, en su vertiente empleador, encarnado en la Administración Penitenciaria. Ante lo cual, el profesor PALOMEQUE LÓPEZ primero descubre los problemas de dicha interpretación, para luego entregar la sistematización de una interpretación diversa: “Decir que el derecho al trabajo de los penados está condicionado en su efectividad a la existencia de puestos de trabajo suficientes en el establecimiento penitenciario de que se trate, sin la consiguiente exigencia de creación de los mismos, no es otra cosa que dejar en manos de la Administración Penitenciaria, que es en realidad el sujeto obligado a garantizar el derecho, la propia virtualidad del derecho al trabajo. Basta con no crear los puestos de trabajo necesarios, por quien puede y debe hacerlo, al amparo de conceptos tan resbaladizos como las ‘posibilidades de la organización penitenciaria’ o similares, para dejar en dique seco la efectividad del derecho fundamental al trabajo de los penados.”, en “El derecho al trabajo de los penados y la efectividad de los derechos fundamentales”, en *Derecho del trabajo y razón crítica...*, op. cit., p. 120. Publicado por primera vez en Alonso Olea, Manuel, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. Elenco y estudio de sentencias del Tribunal Constitucional (1989)*, tomo VII, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pp. 485, 495; y en *Revista Española de Derecho del trabajo*, 42, 1990, pp. 305-311.

ventaja respecto de los otros, pero sí que presentan particularidades y funciones dentro de las sociedades democráticas<sup>743</sup> que el intérprete jurídico debe conocer para desarrollar el juicio de ponderación, incluido el razonamiento para dictar las reparaciones. De esta forma se ha explicado que “en algunas concepciones acerca de la teoría de la democracia se ha planteado con frecuencia el vínculo entre el acceso a la justicia y la posibilidad de acción de ciertos grupos o colectivos en la esfera política, al punto que algunos autores han incluido el derecho a la jurisdicción en el limitado catálogo de las libertades políticas concomitantes con la existencia de un régimen democrático. Así, se ha afirmado que algunas libertades políticas o libertades civiles que contienen una incuestionable dimensión política – tales como el derecho de acceso a información, la libertad de expresión y el derecho de asociación – requieren adicionalmente – como herramienta de efectividad que está implícita en ellas el acceso expedito y ecuánime a los tribunales de justicia”<sup>744</sup>.

Ese es un argumento potente, que se ha desarrollado al analizar otros derechos como el derecho de huelga y sus límites. “Como se sabe, la consideración jurídica sobre la huelga de los trabajadores ha experimentado una evolución que ha concluido con la declaración constitucional como derecho. Inicialmente, la huelga fue considerada no sólo como un incumplimiento contractual, sino como una infracción de reglas básicas de orden público: es el período de la denominada huelga–delito, en que es reprimida por el Estado por afectar al orden económico que no permite la presión tendente a alterar el libre funcionamiento del mercado”<sup>745</sup>. Desde esta noción a pasar a ser un elemento conformador de la democracia constitucional, hay una evolución extrema, que repercute en el modo en que debe realizarse la interpretación cada vez que el derecho esté en juego.

En cierta forma, sólo equivale a decir que los derechos fundamentales no están al margen de su contexto histórico y hay garantías que tienen un significado distinto al que podían mostrar en el pasado, y que ello, precisamente, es motor de cambios en el Derecho: “la jurisprudencia constitucional incide en esos cambios: es obvio que sin su doctrina sobre la eficacia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo no se habrían llegado a plantear nuevas cuestiones o aspectos diferentes de tan trascendental problemática. Estas obligan a efectuar interpretaciones nuevas o a cambiar las técnicas de interpretación constitucional manejadas hasta el momento”<sup>746</sup>.

Se pueden señalar otros ejemplos de estas evoluciones interpretativas, como el significado de la protección a la mujer en el trabajo hasta llegar al concepto de

<sup>743</sup> Sobre este tema ver en profundidad el ensayo de O’DONNELL, Guillermo, “Teoría democrática y política comparada”, en *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 39, N° 156, 2000.

<sup>744</sup> “Nos interesa aquí explorar otro tipo de vínculo entre la esfera judicial y política, que surge del reconocimiento legal de nuevos mecanismos procesales de representación de intereses colectivos y de la práctica de ciertos grupos o actores, consistentes en plantear en el ámbito judicial conflictos públicos o que trasciendan lo individual”, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate...*, op. cit., pp. 79-80. Al modo, como se señaló en el capítulo III, se ha constituido el litigio complejo o de reforma estructural, una de cuyas vertientes ha sido la implementación de las políticas para combatir la discriminación estructural de género, así como la desagregación racial en el sistema educativo, reforma a instituciones psiquiátricas y penitenciarias, etc., op. cit., pp. 88-89.

<sup>745</sup> MATÍA PRIM, Javier, *El abuso...*, op. cit., pp. 173- 174

<sup>746</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Evolución constitucional...”, op. cit., p. 102.



“corresponsabilidad”<sup>747</sup>. La misma Casas Baamonde en la recién citada obra indicaba como debate abierto el que pudiera darse una lectura distinta a los derechos “inespecíficos” de los “específicos”, planteando que el principio de “plena efectividad” pudiese tener una intensidad distinta en uno y otro. Y la discusión está tan abierta al punto de poderse sostener que hay derechos como los de la libertad de expresión, en una sociedad como la de hoy, que exige control y transparencia en el ejercicio del poder, ha ganado contenido, mientras que otros como el de la honra, la cual en otros tiempos era superlativamente importante<sup>748</sup>, han sido redimensionados para actuar dentro de una sociedad de personas iguales en dignidad, limitando su campo de acción.

---

<sup>747</sup> Pasaje que fue, en la descripción de Romagnoli, desde alejarse de una lógica perezosa e hipócrita de protección” hasta llegar a las acciones positivas, las que “al garantizar a las mujeres una igualdad de trato respecto a los hombres, ha acabado por enriquecer el patrimonio jurídico de estos últimos” pero que además significó hacer salir estas demandas “del radio de acción del principio de igualdad y resituirla en la perspectiva más amplia de solicitar al sistema productivo que tenga en cuenta los intereses de la familia”, ROMAGNOLI, Umberto, “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D’Antona”, *Revista de Derecho Social*, N°9, 2001, p. 10.

<sup>748</sup> El honor, calificado, en todo caso, como “el bien más individual de todos los bienes”, en cita a Maurach en *Deutsches Strafrecht, Bes. Teil*, MUSCO, Enzo, *Bene giuridico es tutela dell’onore*, Giuffrè, Milán, Italia, 1994, p. 173 nota 20, describe en su evolución el paso de unas épocas que consideraban el honor como un bien diferenciado según la clase social (honor en sentido sociológico), propio de sociedades estamentales, a otra que entiende que el crédito de las personas podrá variar, sí, pero nunca su núcleo irreductible de honra, op. cit., pp. 55 y siguientes. En este trabajo, se hace un fino trazado hasta delimitar ese núcleo irreductible por la vía del bien jurídico, para ubicar y proporcionar en qué sentido la sociedad incide en el concepto del honor -la sociedad es el lugar donde se actuará la pretensión, igual para todas las personas, de respeto del honor-, pero en ningún caso depende de ella lo que el honor sea, cuyo ejemplo extremo remite al fascismo y nazismo, en que las concepciones de vida y del mundo están pre ordenadas por la definición que de ellas haga una determinada comunidad. “El honor del hombre, y en el fondo su valor, se determinarían en manera proporcional a la capacidad del hombre de servir a la sociedad: tanto más elevada la capacidad, tanto más grande sería el honor” por lo tanto más valor en rico y saludable que el enfermo y “[c]ontinuando con esta pendiente se podría afirmar que la belleza, la fuerza física son más importantes para el honor, porque sirven más a la sociedad que la fealdad o la debilidad en los brazos”, op. cit, pp. 38-39. Siendo la persona una parte de ese todo, lo que no sólo es inútil, sino que comprobadamente peligroso, op, cit., pp. 40-101-152 y 153. Así hasta llegar a concluir que la relación individuo-sociedad es que “[p]ara realizarse en los social la persona requiere gozar de un ámbito de autonomía como necesario presupuesto para poder desarrollar, en modo personal, la propia originalidad. El momento de la autonomía del individuo aparece, de hecho, de fundamental importancia para el mantenimiento y cumplimiento ulterior de su naturaleza ‘relacional’ del hombre: cuando más marcada es la autonomía, más es protegida en su expresión, tanto más libre es el ‘devenir’ en forma social. Pero ello presupone necesariamente el respeto de la ‘relacionalidad’ por parte de los otros consocios, en cuanto el individuo sólo a través de los otros puede alcanzar la más plena autonomía”, op. cit., pp145-146.

En esto, más que la negativa a la ponderación entre los derechos que señalamos como especialmente vinculados al buen funcionamiento de las democracias- reunión, asociación, libertad de expresión, todos los cuales tienen una vertiente dentro de la libertad sindical-, con otros como el honor, la intimidad, etc., lo que sucede es que se trata de una colisión poco frecuente<sup>749</sup>. Y en que los derechos en pugna poseen determinadas dimensiones y significados, de carácter histórico, pero puede darse y su método de resolución, salvo previsión legal específica, será la ponderación<sup>750</sup>.

Dos observaciones finales. Primero, el derecho al trabajo tiene potenciales contenidos que no se exploraron. La evolución en la interpretación dogmática a la que se adscribe, significa admitir la posibilidad de tratarlo como derecho – fundamental-, y darle un

---

<sup>749</sup> “Es probable que alguno de los supuestos que tratan de resolverse mediante el concepto de abuso del derecho de huelga puedan solucionarse a través de la definición del equilibrio entre el mismo y otros derechos, bienes o valores constitucionales que expresan intereses privados, pues su consideración fue la finalidad que, en su momento, atribuimos al concepto de abuso. Haciéndolo así, habremos de excluir, en todo caso, por improbables – si se me permite utilizar una valoración neutra y no valorativa- derechos tales como el honor, la propia imagen, etc.”, MATÍA PRIM, Javier, *El abuso...*, op. cit., p. 181.

<sup>750</sup> Un ejemplo especialmente complejo es el de la huelga como derecho fundamental, que no puede ser sujeta a categorías contractuales, por el argumento ya indicado de que teóricamente una posición constitucional no puede limitarse por figuras infraconstitucionales. Pero además, porque respecto de ella el Derecho del Trabajo goza de autonomía conceptual, sin la cual no puede ser entendida como lo que es: “un acto colectivo dirigido por propia naturaleza a causar daño a la contraparte”, MATÍA PRIM, Javier, *El abuso...*, op. cit. Su colisión usual será con el derecho de propiedad (artículo 33 de la CE) o con la libertad de empresa (artículo 38 CE), sobre lo cual Matía Prim sostiene que tampoco cabe una ponderación. “La incidencia del derecho de propiedad, en cuanto eventualmente limitativo de otro derecho fundamental, parece *a priori* indiscutible. Resulta difícil pensar, en cambio, que tal derecho pueda considerarse afectado por el ejercicio de huelga. Si con ocasión de un determinado supuesto de huelga se producen daños a la propiedad del sujeto que la soporta – o de otro sujeto distinto- es claro que dicha actuación habrá de considerarse jurídicamente irregular; pero ya no en virtud de la huelga misma, sino, con plena seguridad, de otros actos añadidos a ella. Subsiste pues, únicamente, la eventual confrontación con el derecho de libertad de empresa, entendiendo por tal la “libertad que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modelo patrimonial o laboral que adopte”, *El abuso...*, op. cit., p. 182. Para MATÍA PRIM, el problema es que el contenido esencial de la libertad de empresa hasta ese entonces no se encontraba bien desarrollado en la literatura jurídica española, op. cit., p. 183. Sobre la libertad de empresa como derecho fundamental, tratado como mandato de optimización en el sentido de Alexy, su relación con otros derechos constitucionales y su contenido esencial como derecho libertad para desarrollar una actividad (que lleva consigo un derecho de organización), se puede consultar PAZ – ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en la obra colectiva *Estudios jurídicos en homenaje a Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Thompson Civitas, Madrid, España, 2003, pp. 5971-6040.

contenido<sup>751</sup>, que puede ir más allá de lo elaborado en relación a los límites de la facultad de despedir<sup>752</sup>, y que deberá llegar hasta ser provisto para sus consecuencias jurídicas declaradas, de la forma de ejecución propia de los derechos fundamentales dentro del sistema, es decir, en sus propios términos.

Segundo, lo que resulta importante, y menos complejo que la técnica de resolución de conflictos ante choques entre derechos fundamentales, pero que hace visibles las particularidades que tienen, es que una vez declarado que hubo una lesión al derecho, la reparación no monetaria debe modelarse en función de los significados que se le han atribuido a cada uno de los derechos, por ejemplo: en principio, los derechos de asociación, libertad de expresión, huelga, tienen una mayor contenido de interés general, lo que hace imprescindible que su reafirmación vía reparación considere medidas difusoras, promotoras y pedagógicas, que se expanda a terceros, cuestión que puede no estar presente en el mismo nivel respecto de otros derechos, en que la víctima concreta culturalmente se considera que requiere un cuidado especial relacionado al resguardo de las informaciones vertidas en el juicio sobre los hechos ilícitos, lo que hace que ingentes medidas de publicidad del caso fallado pueden conducir a una re-victimización. En definitiva, esto forma parte del “cómo” de cada medida decretada por el juez, que por lo mismo no debiera ser determinado en términos muy generales.

A raíz de la Reforma Laboral 2012, varios autores han insistido en el retorno de la nulidad radical, que fuera en su momento creación jurisprudencial, para contrarrestar la liberalización de la extinción del contrato y el consiguiente aumento del poder empresarial. Molina Navarrete considera que existen en la legislación actual orientaciones para el juez, de que “no se deje llevar por ninguna posición de garantía adicional que, por lo tanto, perjudicaría el mensaje de flexibilidad que subyace a toda reforma del mercado de trabajo, pidiéndoles que cumplan ellos también con esta misión social”<sup>753</sup>. Dada su posición crítica global a la reforma sustantiva del Derecho del Trabajo, precisamente por su devaluación del elemento protector<sup>754</sup>, que no ha tenido equivalente en la norma procesal, es que concluye: “[a]hora bien, que el juez se deje seducir o no por esta clase de mandatos, formalmente inocuos pero que guardan un mensaje subyacente, está por ver, aunque es mi impresión que no servirá para nada. Al tiempo que no creo que sirva para desactivar cualquier tentación judicial de reeditar la nulidad de los despidos por fraude de ley, que ya fue finiquitada, cierto con argumentos de poco fuste, por el TS tras la reforma de 1994, también unilateral”<sup>755</sup>.

---

<sup>751</sup> Por ejemplo, para Molina Navarrete hace la vinculación la función protectora del Derecho del Trabajo, y derecho al trabajo del artículo 35 de la CE para fundamentar el deber de preavisar el despido. Si bien sería otro supuesto ubicado en el despido, no se trata de la estabilidad del trabajador sino de conectar protección y derecho al trabajo, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la nueva ley de la jurisdicción social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, La Ley, Madrid, España, 2012, pp. 261 y 262.

<sup>752</sup> Que, por ejemplo, para Romagnoli es una de las causas “de una acepción deformada del derecho al trabajo” por haber sido aplicado el enunciado constitucional, casi exclusivamente, con referencia a la extinción del contrato”, ROMAGNOLI, Umberto, “Del derecho ‘del’ trabajo al derecho ‘para’ el trabajo”, *Revista de Derecho Social*, N°2, 1998, p. 13.

<sup>753</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de...*, op. cit., p. 365.

<sup>754</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de...*, op. cit., pp. 40 y 90.

<sup>755</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de...*, op. cit., p. 365.

Esa es una opción interpretativa, que sin duda contrarrestaría la paradoja que mientras más “retórica de los derechos” existe, más pobre es su regulación legal. Lo que propone la doctrina es valerse de una construcción teórica solvente para contrarrestar una legislación que tiene no sólo diversos problemas de contenido, sino también de origen democrático. Vincularlo a la función protectora y aplicar la pretensión de corrección de Alexy<sup>756</sup>, o poder contestar constitucionalmente normas que hayan perdido por completo la función tutelar del trabajador pero pretendan seguir adscribiéndole al Derecho del Trabajo; o también, interpretarlo como garantía vinculada a la democracia en tanto prerrequisito para la participación (o ciudadanía) son lecturas que depende de la decisión del intérprete en base a la construcción teórica que le convenza, que es el mismo proceso que se hace cuando se decide justificar su degradación hasta el punto de reducirlo una “norma programática”.

## **V. La Reforma laboral del 2012 y sus efectos negativos sobre la protección, individual y colectiva, del trabajador.**

En esta parte final del Capítulo se intentará mostrar el calado de una Reforma Laboral que debilita en forma intensa todas las líneas de protección que constituyen el modo a través del cual un sistema garantiza los derechos del trabajador o trabajadora.

Este embiste del legislador de semejante alcance y fuerza, aparece guiado por un fin declarado que niega el conflicto de base de la legislación laboral: su objetivo es la creación de empleo, en el que coincidirían todos los actores del sistema de relaciones laborales (y sin entrar a calificar todavía la fórmula que elige para cumplir con su fin<sup>757</sup>). Pero además,

---

<sup>756</sup> Y así, resolver una serie de posibles de conflicto interpretativo. “Esos casos difíciles pueden presentarse porque existe una norma, pero no hay acuerdo sobre su significado (problemas de interpretación), o porque no existe ninguna norma aplicable al caso (problema de laguna) o porque existen varias normas incompatibles aplicables al caso (problemas de antinomia). Y en cualquiera de estos casos los principios del Derecho del Trabajo juegan un rol fundamental: tanto para interpretar una regla legal, como para solucionar eventuales conflictos o colmar lagunas, ellos deben guiar la operación de aplicación del derecho hacia una respuesta correcta o justificada. De este modo, cuando un juez se enfrente a un caso difícil de interpretación, donde la regla legal admite dos lecturas con iguales niveles de justificación, corresponde que adopte aquella que más se ajuste con el principio de protección en su versión interpretativa: *in dubio pro-operario*”, UGARTE CATALDO, José Luis, “La rehabilitación”, op. cit., p. 31.

<sup>757</sup> Sobre este punto, con el respaldo de las cifras, se cuestiona la posibilidad de que la ley laboral pueda crear empleo en períodos de recesión económica. “¿Cuántos empleos más se habrían perdido de no haber estado vigente la reforma laboral y su apuesta por medidas de flexibilidad interna disuasorias de las extinciones contractuales? Línea argumental que esgrime la propaganda reformista oficial, de imposible cuantificación por cierto, pero que debe ceder en último término ante la realidad apabullante del empleo destruido durante la vigencia de la propia reforma laboral y a lo que esta no es precisamente ajena. Porque la decisión legislativa de facilitación y abaratamiento de los despidos que lleva a cabo, en el marco de una operación general de flexibilización a ultranza del marco regulador de las relaciones de trabajo, no puede conducir lógica y razonablemente, por hipótesis —ello es así, por cierto, un año después—, y menos aún en tiempos de recesión económica grave, a la creación de empleo prometida, como no lo consiguieron en verdad cuantas

hay un fin no explicitado pero que es ejecutado por todas las instituciones afectadas por la nueva ley<sup>758</sup>: fracturar brutalmente el diseño que constituye como figuras de relevancia constitucional a los sindicatos y como derecho constitucional a la negociación colectiva (artículos 7 y 37 de la CE), y a su pilar añadido, promulgado con el Real Decreto-Ley 8/1980, el “Estatuto de los Trabajadores” (ET)<sup>759</sup>, como elementos constitutivos de la

---

iniciativas de este tipo fueron ensayadas en el inmediato pasado. La creación de empleo depende de modo directo, parece claro a estas alturas de la crisis, de la salud de la actividad económica general, de la inversión y del consumo, de las políticas públicas que se propongan de modo decidido el crecimiento, al fin y al cabo, y no de la promulgación de normas restrictivas de derechos”, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La Reforma Laboral de 2012, un año después”, en la obra colectiva *La aplicación práctica de la Reforma Laboral. Un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, (Ignacio García-Perrote y Jesús Mercader Uguina, directores), Lex Nova, 2013, pp. 33 y siguientes.

<sup>758</sup> Aparte de las que se mencionarán en este epígrafe por ser las más determinantes, existen otras materias que también se han visto afectadas por la reforma 2012, en contra de la opinión de los autores de la doctrina más recogida por la legislación reformista, que promovían que las modificaciones fueran “pocas pero incisivas”, me refiero a PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier, “La reforma a la negociación colectiva”, Relaciones Laborales N° 14, Editorial La ley, Madrid, España, 2010, pp.1-2-7. Dentro de este elenco de materias adicionales se pueden indicar el reforzamiento de la causal económica dentro del sector público, en que cobra sentido la modificación constitucional del artículo 135, fijando un límite máximo a la deuda pública, al inicio de este capítulo aludida; el derecho a la formación profesional, al respecto ver VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “El espacio de la movilidad funcional en los nuevos sistemas de clasificación profesional”, p. 217, el derecho a la salud en relación a la nueva redacción de la causal extintiva vinculada al absentismo, ver RUIZ CASTILLO, María del Mar, “El despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en reformas 2012”, p. 364, entre otras, pero que no afectan los pilares del modelo. Distinto es el caso del derecho a la conciliación, que ha sido tratado a lo largo de este trabajo, pero a propósito de ser una especie de hito dentro de la legislación laboral, representando el tema más desarrollado dentro de esta evolución del Derecho del Trabajo, de abarcar nuevos objetivos que no sean sólo la mera regulación de mínimos y máximo protectores. Por ello, admitiría un análisis mucho mayor, enfocando las diversas piezas y su posible repercusión en materia de igualdad, como hace Rosario GALLARDO respecto al trabajo a distancia, en “El trabajo a distancia: ¿un trabajo con garantías?”, p. 167. Todos trabajos incluidos en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.

<sup>759</sup> Aunque en sí mismo el papel del Estatuto ha sido y es objeto de una discusión, pues, por ejemplo, según la autorizada opinión de VALDÉS DAL-RE, en comparación con su equivalente italiano, aquél no introdujo “la Constitución a la fábrica”, dando normas promocionales a la acción sindical y garantizando los derechos fundamentales dentro de la empresa. Dice Valdés que “esta doble dirección, de promoción de la actividad sindical en la empresa y, sobre todo y en lo que ahora importa destacar, de garantía de los derechos de la persona del trabajador, con la correlativa imposición de los poderes del empresario de concretos límites de carácter externo, se encuentra prácticamente ausente del Estatuto de los Trabajadores. Con ello, y como tuve

democracia española. Y mostrar, como efecto de lo anterior, que entrega un material tan distinto y opuesto a lo que el Derecho del Trabajo ha sido hasta ahora, que las primeras sentencias interesantes después de la entrada en vigor de la reforma muestran la resistencia de parte de la judicatura a abandonar la aplicación del Derecho -que se les encomienda con el nombre “del Trabajo”-, como norma de protección a la parte trabajadora.

El Estatuto de los Trabajadores español no sólo es un nombre tomado de su homólogo italiano, sino que lo quiere es significar un cambio respecto de la legislación anterior. No se trata de una mera “ley de contrato de trabajo” al estilo de sus antecesoras, sino que expresa una idea de mucha mayor fuerza: constituye una norma dirigida a un grupo social definido al cual dotará de un sistema de reglas que le proveerán estabilidad<sup>760</sup>.

Planteadas así las cosas, se observa primero que la idea de “reforma permanente”<sup>761</sup> es la contradicción de la idea de “Estatuto”: “[l]a inestabilidad crónica de las normas sobre políticas de empleo y modalidades de contratación laboral o los continuos ensayos sobre la

---

ocasión de escribir pocos meses después de promulgada la norma, se ‘perdió una ocasión histórica de incorporar a nuestro sistema de relaciones laborales las experiencias prácticas más modernas y progresistas’. La causa, es conformarse como la “síntesis de dos corrientes, ideológicamente dispares”. Se refiere a la ideología pluralista, que “parte de la idea de que el orden social está basado en un equilibrio de poder entre los distintos grupos y fuerzas económico-políticas que se estructura una sociedad integrada”, y que se realiza por el acuerdo y recíprocas limitaciones que se impongan tales grupos; y, la corriente pancontractualista, de origen sindical que “gira en derredor de una configuración acusadamente privatista del sindicato y de los intereses que tutela (...), cuya defensa y promoción corresponde con carácter exclusivo, a las organizaciones que asocian a empresarios y trabajadores. En consecuencia, la norma estatal, instrumento por naturaleza orientado a preservar intereses de orden general, no es apta para disciplinar las relaciones de trabajo”, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Poderes del empresario...”, op. cit., pp. 36, 37 y 38. Sin embargo, debe apuntarse que el pancontractualismo, definido así, también caracterizó al Derecho Sindical italiano y su ordenamiento intersindical, actitud de hostilidad tuvo dos capítulos preponderantes: cuando fue dirigida al rechazo del Statuto dei Lavoratori de 1970, cuya normativa promocional del sindicato se criticaba por constituir un “acuerdo entre sindicato y el sistema”<sup>759</sup> y, la infravaloración de la Ley N° 604 de 1966, que regula la exigencia de justa causa en el despido, como una mera consolidación y juridificación de algo que ya había sido adquirido por la vía contractual y conservado por el sindicato cuya crítica y exposición en sus determinantes consecuencias se puede encontrar en la obra de Giovanni TARELLO, *Teorie e ideologie nel Diritto Sindacale. L’esperienza italiana dopo la Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milán, Italia, 1972, pp.87-88-153 y siguientes,

<sup>760</sup> Aun cuando el Estatuto español incluso se considerara en su hora como una rebaja de protección respecto a la normativa precedente. Un análisis sobre esta perspectiva se encuentra en GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste del despido*, op. cit., pp. 75 y siguientes.

<sup>761</sup> En los expresivos términos acuñados por el profesor PALOMEQUE LÓPEZ, cuya última formulación se encuentra en “La versión política de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en la obra colectiva *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, (Ignacio García Perrote y Jesús Mercader Uguina directores), Lex Nova, Madrid, España, 2012.

formación profesional e intermediación laboral prueban la radical e innegable incapacidad de esas urgentes y fragmentarias normas reformadoras sucesivas para conseguir los fines que quieren alcanzar. En su reforma continua está el reconocimiento mismo de su fracaso”<sup>762</sup>.

Las obras desreguladoras son potentes acciones de intervención estatal. “Aunque la globalización del Derecho estatal no está restringida al campo económico, es ahí donde logra su mayor relevancia. Las políticas de ‘ajuste estructural’, afectan especialmente a una enorme gama de intervenciones del Estado en los ámbitos económicos, comercial y social, provocando turbulencias en numerosos campos jurídicos y en escenarios institucionales. Son rasgos intencionales y no intencionales del consenso de Washington, que requieren a menudo cambios jurídicos masivos: la liberalización del comercio; la privatización de las industrias y de los servicios; la liberalización agrícola, el desmantelamiento de agencias reguladoras y mecanismos de licencias; la desregulación del mercado laboral y la ‘flexibilización’ de la relación salarial; la reducción y comercialización de los servicios sociales (...) la menor preocupación por los asuntos ambientales; las reformas educativas dirigidas a la formación profesional y laboral más que a la construcción de ciudadanía; las políticas familiares que agravan aún más la condición de las mujeres y los niños. Debido a que todos estos cambios tienen lugar al final de largos períodos de intervención estatal en la vida social y económica (a pesar de las diferencias considerables existentes a lo largo del sistema mundo). La reducción del estado no puede conseguirse sino a través de una profunda intervención estatal. El Estado debe intervenir para no intervenir. Por eso, la desregulación implica re-regulación.”<sup>763</sup>. Cosa distinta es de qué signo sean.

Es en ese signo en que además la Reforma 2012 adquiere especial interés para esta tesis, en cuanto describe el último punto y más extremo de una línea de pensamiento que se construye de las premisas opuestas a la garantía de los derechos, no ve en el trabajo dentro de una sociedad capitalista un elemento imprescindible de la construcción de una ciudadanía como categoría de inclusión; no considera que esa ciudadanía exige regular los instrumentos que permitan el ejercicio de los derechos antes que su compensación económica por su no ejercicio o vulneración.

### **A) La nueva negación del conflicto: el empleo como justificación.**

---

<sup>762</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia, en la nota editorial de la *Revista Relaciones Laborales*, Nº 4, año 28, febrero de 2012, p. 5. En seguida, permite entender el impacto que, junto a todas las cuestiones de constitucionalidad que rápidamente se están planteando en el debate público y el foro laboral, tiene la última de las legislaciones cuyo objeto es el trabajo. Una buena síntesis se encuentra en la columna de opinión publicada en el diario español “El País”, por Diego LÓPEZ GARRIDO y Ricardo PERALTA el 8 de marzo de 2012. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2012/03/05/opinion/1330976850\\_032757.html](http://elpais.com/elpais/2012/03/05/opinion/1330976850_032757.html). Además, con fecha 15 de marzo de 2012, se presentó la primera cuestión de constitucionalidad por el Juzgado de lo social Nº 30, en que el juez plantea su duda respecto a la constitucionalidad de haber modificado la legislación laboral por medio de un decreto de urgencia, para luego cuestionar otra serie de aspectos puntuales. Noticia disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2012/03/15/actualidad/1331817324\\_770013.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/03/15/actualidad/1331817324_770013.html)

Dicho requerimiento fue declarado inadmisibile mediante auto TC 191/2012, de 16 de octubre, por no reunir los juicios de aplicabilidad y relevancia en el planteamiento de la cuestión.

<sup>763</sup> SOUSA, Boaventura de, *Sociología Jurídica crítica*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 331.

En el Derecho individual la figura central es el despido. La reforma da una nueva redacción a la causa económica. Cabe señalar que no es con esta reforma que se pobló de conceptos más económicos que jurídicos la redacción de la ley. Sobre ello se ha dicho que “[l]os elementos utilizados por el legislador para habilitar el despido colectivo se disponen como conceptos instrumentales procedentes de las relaciones industriales, no de otra manera se pueden reconocer términos como económico, técnico, organizativo o de producción, no reproduciendo, por ejemplo, el texto de la Directiva 98/59/CE que entiende por despidos colectivos los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, y entre los cuales pueden justificarse decisiones estratégicas o comerciales. No obstante y volviendo al texto actual del artículo 51, su significado puede considerarse menos polivalente que en la redacción anterior”<sup>764</sup>.

Asimismo, esta primacía de los fines de productividad y competitividad significa que “tanto por el legislador de urgencia como el parlamentario dan cobertura normativa al ‘*dumping social*’, en tanto no cabe calificar de otro modo al incremento de la competitividad de las empresas a partir de la degradación de las condiciones de trabajo. En otros términos, la reforma contradice el espíritu del art. 151 TFUE [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea] que establece como objetivo de la Unión Europea y de los Estados miembros ‘la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso’, hallándose subordinada a tal fin ‘la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión’<sup>765</sup>.

La conclusión se reitera respecto de la reforma en materia de despido, en cuanto a que su diferencia con su predecesora no está ni en el diagnóstico ni en el tipo de medidas, sino en su intensidad “las reformas realizan un diagnóstico muy similar de los problemas del régimen del despido económico y operan dentro del mismo tipo de medidas. La diferencia está en que las medidas adoptadas en 2012 son más radicales. Quizá porque, como se ha dicho, esta reforma ha traspasado las “líneas rojas” que el anterior Gobierno se había trazado”. La calificación del problema que ambas reformas buscan contrarrestar, explicado desde la doctrina, es que “[l]a identidad en el diagnóstico es patente y refleja una reflexión crítica que ya empezaba a generalizarse sobre los problemas de la regulación de los despidos económicos. Esa crítica puede resumirse de forma muy simple: el régimen del despido económico no ha funcionado en la práctica como una vía de ajuste de la plantilla de las empresas, lo que ha provocado el recurso a los ceses sin renovación de los contratos temporales y al denominado despido exprés, vías a través de las que se ha canalizado en más de un 80% la reducción del empleo provocada por la crisis. Esto supone además que los efectos del ajuste se han centrado de forma desproporcionada sobre los colectivos más vulnerables: los trabajadores temporales y los trabajadores con menor antigüedad, que son fundamentalmente los cesados a través del despido exprés”<sup>766</sup>.

<sup>764</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “El despido colectivo”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012, p. 159.

<sup>765</sup> MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012, p. 111.

<sup>766</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Los despidos económicos tras la Reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, Ponencia de la Jornada de Estudio 20 de



Esta disfuncionalidad surgía a causa de “dos defectos especialmente graves que presentaba nuestra regulación histórica de los despidos económicos: 1º) por una parte, la complejidad y la ambigüedad en la definición de las causas que justificaban estos despidos y que acababan haciendo muy inseguras las previsiones empresariales sobre la calificación final de los ceses acordados y 2º) por otra parte, los altos costes en términos de tiempo de los procedimientos aplicables (en especial, en el caso de los despidos colectivos, como consecuencia del ERE y de su impugnación ante el orden contencioso-administrativo)”<sup>767</sup>. El artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, que regula el despido colectivo, decía que se entendería por éste “la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas u organizativas o de producción”<sup>768</sup>. Se señalaba que concurría causa económica “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos”. Lo que trae de nuevo la reforma es un añadido: también procede si disminuye su nivel de ventas. Los economistas dirán qué significa en el contexto de una empresa el sólo índice de la disminución de ventas, pero por si al juez le quedaba alguna duda sobre qué sea una disminución persistente, el legislador se lo explica: “En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”<sup>769</sup>. Como señala el magistrado Desdentado Bonete, la Reforma elimina el elemento que permitía a los jueces los llamados “juicios finalistas”<sup>770</sup>, optando por la seguridad jurídica

---

diciembre de 2012, “El Despido Colectivo en la práctica: criterios judiciales y nuevos reglamentos de ERES”, Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO, p. 1.

<sup>767</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Los despidos económicos...”, op. cit., p. 2. Desde la perspectiva del representante de la patronal, Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), hasta el año 2010, Gerardo Díaz Ferrán, el problema del despido en España era descrito en que “los despidos objetivos de 20 días nunca lo han sido porque no se han puesto las causas y procedimientos adecuados para que los jueces fijaran esos 20 días”, por lo que concluía en aquél entonces que, si bien “el despido libre ya existe, el problema es que es muy caro”.

Disponible en: <http://www.servimedia.es/Noticias/DetalleNoticia.aspx?seccion=22&id=73600>

[Fecha de la visita 10 de septiembre de 2011]

<sup>768</sup> En un período definido y afectando a determinado número de trabajadores.

<sup>769</sup> En la lectura del profesor APARICIO TOVAR esto obliga y no proscribire la interpretación a favor de una mera constatación de hechos, ya que “esos hechos, la disminución de ventas, no dicen mucho en sí mismos, sino que tienen que ser integrados en el elemento valorativo ‘situación económica negativa’ (...)¿Es una situación económica negativa en una empresa solvente la disminución de ingresos de 60 euros al mes durante tres trimestres”, “Las causas del despido basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa”, Número Monográfico Reforma Laboral, de la *Revista de Derecho Social*, Nº 57, 2012, p. 158.

<sup>770</sup> A mí me queda más claro el término “futurista”, en la medida que efectivamente los jueces para calificar el despido se basaran en una evaluación cuya certeza no está en manos de nadie: la sobrevivencia de la empresa, y en algún sentido, pero en términos menos dramáticos, “asegurar su posición de competitividad”. El uso del término finalista me parece más confuso pues pareciera cuestionar que a nivel de interpretación, los jueces realicen su calificación orientados a determinados fines. Es distinto, a mi entender, que ni el juez ni

del empleador con la referencia a “la necesidad de que las pérdidas o la disminución de ingresos afecten a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo” y, en vez de una definición, entregar un ejemplo: el de la disminución de ventas persistente por tres trimestres<sup>771</sup>. Ésta es la letra de la ley que permite los supuestos absurdos de “disminución en un euro” y que a su vez debilita en exceso la seguridad de los trabajadores. “Si bien resulta innegable que la referida definición finalista de las causas generaba grandes dosis de incertidumbre jurídica en los destinatarios de la norma, al centrar el debate en un hecho futuro en que además podían influir muy diversos factores, no parece que la mejor solución consista en eliminar, como ha hecho el RDL 3/2012 y ratificado el legislador parlamentario, la vinculación ‘causa-efecto’”<sup>772</sup>.

Respecto de este problema se está dando todavía una batalla por vía interpretativa. El profesor Cruz Villalón, por ejemplo, plantea una distinción interesante entre la eliminación de la prueba “futurista” y la eliminación de la prueba de la causa eficiente: “se elimina de manera directa la prueba finalista de las consecuencias derivables de la medida empresarial de reducción de empleo. Eso sí, la cuestión a suscitar es si, además, la supresión de la acreditación de los resultados esperables de la medida, conduce también a la inexigibilidad de la prueba de la causa eficiente de la situación económica y de su intensidad en conexión con la decisión extintiva. Dicho de otro modo, una cosa es suprimir la prueba de futuro (efectos de la decisión extintiva) y otra cosa es suprimir además la prueba causal, en otras palabras, probar hasta qué punto el deterioro económico de la empresa se debe a un excedente de plantilla o si por el contrario las causas de la dificultad económica no traen su fundamento en las dimensiones de la plantilla de la empresa; y, complementariamente a ello, cuál es la intensidad del excedente de plantilla y, por tanto, la proporcionalidad entre

---

el empresario puedan saber con certeza por medio de actividad probatoria, qué sucederá con la empresa. Los esfuerzos doctrinales ante la nueva redacción de la ley, tienden a buscar un punto de equilibrio entre no llevar la definición judicial hasta un punto tan incierto, sino hacerlo deambular entre la decisión concreta y el problema económico concreto que le sea acreditado, y la conexión que existiría o no entre ésta y aquél, como es la propuesta del profesor DESDENTADO BONETE en relación a que exista una “crisis del contrato”, “Los despidos económicos...”, op. cit., p. 10. En esa conexión el juez, por medio de sus razonamientos, sí podría discrepar con la decisión empresarial al no considerar que haya vinculación de ésta con una pérdida de interés económico de ese contrato en particular, entendiendo entonces que “el despido económico no es más que un caso particular de la resolución del contrato de trabajo como consecuencia de una alteración sobrevenida de las circunstancias que frustra su finalidad”, *ibid.*

<sup>771</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Los despidos económicos tras la Reforma de la Ley 3/2012...”, op. cit., p. 5. Un estudio detenido sobre la flexibilidad de la causa y un planteamiento sobre los límites del control judicial se puede encontrar en MERCADER UGUINA, Jesús y PUEBLA PINILLA, Ana de la, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 31 a 47.

<sup>772</sup> MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna...”, op. cit., p. 104, a propósito de su uso en el artículo 41 ET, pero que redundaría en el mismo problema de control judicial, pese a que la redacción es más escueta aunque amplia, dado que cualquier medida es vinculable a la productividad o competitividad, a excepción de la pura arbitrariedad, op. cit., p. 103, o la posibilidad de control de que la medida no importe resultados ilícitos como los vulneratorios de derechos fundamentales.

la intensidad de la causa económica provocada por la intensidad del sobredimensionamiento del empleo en la empresa”<sup>773</sup>.

En similar sentido se plantea el profesor Desdentado, elaborando una diferenciación entre lo que, por una parte, es la claridad y objetividad de una causa, de lo que, por otra, es una eventual “automaticidad”<sup>774</sup>.

Rechaza que las cláusulas automáticas puedan aplicarse sin más, y que las carencias de la ley pueden salvarse con la doctrina del Tribunal Supremo sobre instrumentalidad o funcionalidad de la causa: “[l]a empresa Z ha tenido durante nueve meses consecutivos una caída de ingresos o ventas de un 1 € cada mes, caída que se corresponde simétricamente con los nueve meses correspondientes del anterior. Al cabo de nueve meses, la caída es de 9 €. ¿Justifica esto el despido de los 100 trabajadores de su plantilla? Sería absurdo. Para superar esta dificultad vamos a ver lo que falta en la norma (...) la conexión de funcionalidad o instrumentalidad. La razón para que no podamos aceptar esa conclusión es evidente: una situación económica negativa cualquiera no basta por sí misma

---

<sup>773</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral 2012”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012, pp. 127 y 128. En un sentido similar, para Joaquín Aparicio lo que cambia con respecto a la ley 35/2010 no es tanto la definición de las causas, que siguen redactadas como conceptos jurídicos indeterminados cuyo método de interpretación no es libre sino vinculado constitucional (artículo 1, 35.1 y 28 de la CE) e internacionalmente (Convenio 158 OIT, artículo 30 Carta de Derechos Fundamentales Unión Europea), como el mecanismo de control. “Uno de los objetivos de la reciente intervención legislativa ha sido inmunizar al máximo posible los poderes directivos en el despido frente a controles externos sindicales, administrativos o judiciales (...). El control judicial no puede evitarse, lo impone el Convenio 158 OIT y la Constitución (art. 24 en relación con el 35). El problema está en la intensidad de ese control”, “Las causas del despido...”, op. cit., pp. 264, 268 y siguientes. El profesor Aparicio repasa las tesis de los que sostienen que el juez carece en términos absolutos de competencias valorativas ligadas a la gestión empresarial; la más moderada como la de la “crisis del contrato”, sólo se debe valorar la gestión empresarial circunscrita a la demostración que el contrato que se quiere extinguir ya no tiene utilidad para el empleador, y la del mismo Aparicio que sostiene que debe contrastarse la medida con el estándar “del empresario prudente”, op. cit., pp. 268 y siguientes.

<sup>774</sup> Las “cláusulas automáticas son: en el despido colectivo, artículo 51.1 ET. “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”; en la suspensión de contrato o reducción de jornada artículo 47.1 ET. “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

para justificar los despidos; es necesario algo más: que esa situación actúe sobre la plantilla de la empresa creando la necesidad de reducir los puestos de trabajo o provocando un cese total de la actividad y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad. La propia noción de causa nos lleva a esa conclusión. Podemos admitir, como dice el preámbulo, que las causas son hechos, pero lo que nos interesa aquí no es la causa aislada del efecto, sino la relación de causalidad, que es siempre una relación entre dos términos, a través de la cual es posible imputar un hecho (el efecto, el resultado) a otro hecho antecedente (la causa) (...). Nos falta en el texto legal esa relación y habrá que buscarla, porque sin ella no funciona la relación de causalidad”<sup>775</sup>.

Pareciera que el esfuerzo doctrinal y judicial<sup>776</sup> ante la reforma 2012 es limitar lo que la letra de la ley, calificada por todos de ir hasta donde las otras no se atrevieron a llegar, dice. Lo mismo sucede con la eliminación de la referencia al “juicio de razonabilidad”, al desaparecer la alusión a la razonabilidad mínima del Real Decreto 10/2010, criticada por su aplicación por el juez como un “juicio de óptimos”, y que algunos sostienen puede aplicarse en el sentido de Alexy, que es una técnica de resolución de conflictos de igual jerarquía constitucional, pero que opera a falta de una regla legal que se resuelva la controversia, que en este caso existe y que consagra su propia ponderación de intereses.

Con ello la doctrina y los Tribunales despliegan un intento valioso por atemperar el impacto de una reforma mientras se obtiene un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, para que dirima si puede seguirse considerando como normativa laboral, pese a contener expresamente posibilidades de aplicación absurdas y que carecen de intenciones protectoras de la parte trabajadora, debido a que provienen de una Reforma que ha asumido vivamente la protección de los intereses empresariales y que, en el contexto de una crisis económica, ha realizado una nueva forma de “negación del conflicto”, al asimilarlos a los intereses de los trabajadores y finalmente reducirlos a uno sólo: la futura creación de empleos.

Un siguiente aspecto de Derecho individual, es el período de prueba de un año, calificado también como posibilidad de despido sin causa durante un año. El periodo de prueba, regulado en el artículo 14.1 ET<sup>777</sup>, remite de un acuerdo expreso que permite a las partes<sup>778</sup> resolver el contrato, mientras dure la prueba, sin expresión de causa, sin preaviso y sin derecho a indemnización<sup>779</sup>.

El periodo de prueba puede ser aplicado a cualquier modalidad contractual. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley 3/2012, establece como principal característica, del llamado

<sup>775</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Los despidos económicos tras la Reforma de la Ley 3/2012...”, op. cit., p. 7.

<sup>776</sup> Por ejemplo, la ya citada sentencia de la Audiencia Nacional 61/2012, de 28 de mayo.

<sup>777</sup> “Artículo 14.1: Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. En defecto de pacto en Convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores”.

<sup>778</sup> Puede ser la parte trabajadora o empleadora pero como bien apuntan Álvarez y Palomeque, el que gana un poder añadido es el empleador pues el trabajador siempre goza de una amplia facultad de dimitir, *Derecho del...*, op. cit., p 616.

<sup>779</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo*, (vigésima edición), Editorial Ramón Areces, Madrid, España, 2012, p. 616.

“contrato indefinido de apoyo a los emprendedores”, que su prueba será de “un año en todo caso”, a propósito de lo cual se ha dicho que “ciertamente, el legislador ha utilizado la institución jurídica del período de prueba para lograr una temporalidad, sin causa ni indemnización, que nada tiene que ver con aquella”<sup>780</sup>. Esta regulación creada para el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, en los términos en que fue establecida, se plantea entre las primeras candidatas a la inconstitucionalidad<sup>781</sup>, al haberse extendido el período de prueba a un plazo máximo de un año, en combinación con la facultad que adjudica al empleador el período de prueba para despedir, en que basta con comunicar que no se superó la prueba, lo cual podría entrar en conflicto con la jurisprudencia constitucional (STC 22/1981 de 2 de julio). El límite a la facultad del empleador de extinguir con esta libertad el contrato es uno sólo y que “puede generar su ineffectividad: que se funde o esté motivada en razones discriminatorias o que vulnere derechos fundamentales”<sup>782</sup>.

Si bien los períodos de prueba existían antes de la reforma, habían salvado la cuestión de constitucionalidad que implicaba el despido sin causa por ese período, esencialmente en la temporalidad y provisionalidad de tal lapso, argumento que cae con la nueva legislación<sup>783</sup>. Asimismo, desvirtúan uno de los objetivos declarados por la Reforma 2012 de corregir la “dualidad del mercado laboral español”, ya que entregan por un año una forma de contratación incluso más libre que la de los contratos temporales<sup>784</sup>.

---

<sup>780</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del...*, op. cit., p. 617.

<sup>781</sup> Bien aspectada considerando que el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) se pronunció en la Decisión de fondo de 23 de mayo de 2012, Reclamación N°65, declarando la incompatibilidad de esta medida dentro de la Reforma Laboral Griega, con la Carta Social Europea en su artículo 4.4. El fundamento es que no resulta razonable un año porque no se corresponde con la naturaleza del período de prueba y porque es un permiso al empresario a celebrar de forma encubierta un contrato temporal sin causa. La reclamación sobre la Reforma Laboral española de 2012 debe resolverse por el CEDS en 2014.

<sup>782</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, y PALOMEQUE, Manuel Carlos, *Derecho del...*, op. cit., p. 617. Citan un caso para ilustrar cómo opera ese límite: la STC 166/1988 de 26 de septiembre y 17/2007 de 12 de febrero, en que se anuló el despido durante la prueba por acreditarse que se debió al embarazo de la trabajadora.

<sup>783</sup> Así se explicaba esta “facultad resolutoria excepcional” por los comentaristas de la reforma de 1994, como TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco, “Extinción del contrato de trabajo en período de prueba”, en la obra colectiva *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar*, *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, España, 1996, p. 329, o en la segunda edición de *Derecho del Trabajo*, profesores Manuel Carlos PALOMEQUE y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, Editorial Ramón Areces, Madrid, España, 1994, p. 671. En aquella época, lo preocupante no era el límite máximo, sino más bien el que se respetase un límite mínimo que hiciera plausible el que hubiera habido una verdadera posibilidad de control de la idoneidad de quien estuviese en período de prueba.

<sup>784</sup> Preámbulo de la reforma, apartado dos, párrafos dos. Para una crítica a esta figura ver Cruz Villalón, Jesús, “Los cambios en materia de extinciones individuales...”, op. cit., pp. 12 y siguientes, en donde explica además que la causa de que hasta ahora no se haya registrado una alza importante en su uso se debe a sus

La intervención de la Autoridad Laboral también pierde espacio. Se elimina la solicitud de autorización laboral para proceder al despido de acuerdo al procedimiento de regulación de empleo (artículo 51.2 ET). Esto significó un cambio en la terminología, dejando de denominarse “expediente” al procedimiento, porque ya no implica una autorización administrativa, salvo en el caso de fuerza mayor<sup>785</sup>. Pero el cambio de nombre simboliza un quiebre con su origen histórico. En un principio, se razonaba dentro del marco de la teoría de las obligaciones, para darle cabida a la posibilidad una decisión extintiva empresarial provocada por estas “crisis”. La fundamentación dogmática clásica de la extinción del contrato basada en causas económicas o tecnológicas de la empresa encontró básicamente dos soportes doctrinales: la fuerza mayor y la onerosidad sobrevenida. Pero no lograban ajustarse a la realidad que venían a cubrir, porque exigían un alto grado de excepcionalidad. De ahí, que surgiera el requisito de la autorización administrativa, para habilitar una causa que no requiriera tal grado de excepcionalidad pero que compensara la relevancia del efecto que habilitaría: la extinción del contrato por una causa no imputable al trabajador<sup>786</sup>.

La razón de la alteración se señala en el preámbulo de las normas a través de las que se ha llevado a cabo la reforma. “La caracterización del despido colectivo, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales. De ahí la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como un modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral. Sin embargo, ello se ha hecho muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de lo legalmente previsto para el despido”<sup>787</sup>.

La autorización para el despido colectivo se obtenía acreditando la causa económica con los documentos necesarios y la regulación legal razonaba en torno a que el despido colectivo debe proceder allí donde exista dicha causal, por lo que si en la práctica se daba que los acuerdos previos a la solicitud eran más altos que aquellos a los que obliga la ley

---

visos de inconstitucionalidad y a la acentuada cultura de la temporalidad de la empresa española. En similar sentido, por su incompatibilidad con el Convenio 158 OIT que exige justa causa en el despido y el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que impone a los estados el deber de dar protección suficiente contra el despido injustificado, en concordancia con el derecho al trabajo del artículo 35 de la CE, ver BAYLOS GRAU, Antonio, “La ruptura de los equilibrios...”, op. cit., p.25.

<sup>785</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “El despido colectivo”, op. cit., p. 153.

<sup>786</sup> MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “La suspensión del contrato y reducción temporal de jornada tras las reformas laborales de 2012”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012, p.179.

<sup>787</sup> Párrafo quinto, apartado quinto. Para revisar una perspectiva favorable a la eliminación ver DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Los despidos económicos...”, op. cit., pp. 12 y siguientes, quien expresa: “[e]s una medida acertada que he venido proponiendo desde hace tiempo. Pero la nueva regla tiene excepciones y el procedimiento administrativo sigue existiendo como soporte de apoyo al periodo de consultas, que, sin embargo, no termina con un acto administrativo de decisión. Es un curioso procedimiento administrativo que no termina con un acto administrativo de resolución. La Administración ha perdido por fin una competencia que nunca debió de tener”.

en un despido colectivo, una posible motivación es que dudara de poder acreditar su causal. Ahora la ley exige, en aras del deber legal de negociar de buena fe dirigido a la consecución de un acuerdo en el período de consultas<sup>788</sup>, que el empleador en vez de “documentos necesarios” entregue una “memoria explicativa” a los representantes de los trabajadores. Lo que en un primer momento generó suspicacias respecto del menor peso de una “narración” de parte del propio interesado sobre por qué se justifica la medida, en comparación con lo que antes debía acreditarse con documentación de respaldo. Sin embargo, y en contra de lo que se pretendía, crece la importancia de la fase de consultas<sup>789</sup>. La jurisprudencia ha dictado ya sus primeros fallos decretando la nulidad de despidos colectivos por insuficiencia en la memoria explicativa<sup>790</sup>, como un aspecto esencial del deber de negociar. Para algunos, constatándose así una paradoja: “por un lado se rebaja la importancia del acuerdo en fase de consultas, pero por otra se revaloriza la del deber de negociar de buena fe”, afirmación constatable en la STSJ de Galicia de 19 de julio de 2012. “Por tanto, una cosa es que no sea imprescindible alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores durante el período de consultas para llevar a cabo las extinciones colectivas pretendidas por la empresa, y otra es que no haga falta ni intentarlo. La ley no obliga a alcanzar un acuerdo en el período de consultas, pero sí a negociar. La redacción del precepto es clara en este sentido, al señalar que las consultas deberán versar,

---

<sup>788</sup> Artículo 51.4 ET.

<sup>789</sup> CABEZA PEREIRO, Jaime, “La supresión de la autorización administrativa en despidos colectivos”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012, p. 287.

<sup>790</sup> Al respecto se ha comentado: “la declaración de nulidad del despido colectivo con posterioridad a la reforma laboral ha encontrado en la jurisprudencia una lectura significativa, Vid. TSJ Madrid (sala de los social, sección segunda), sentencia núm. 415/2012, de 30 de mayo, estableciendo la nulidad del despido colectivo por causa económicas, insuficiencia de la memoria explicativa, falta de aportación de la documentación obligatoria exigida e incumplimiento del período de consultas por la empresa, que se limita a exponer su posición inamovible, sin efectuar concesiones u ofrecer otras opciones. TSJ de Cataluña (sala de los social, sección primera), sentencia núm. 13/2012 de 23 de mayo, considerando despido colectivo nulo en aplicación de la nueva ley reguladora de la jurisdicción social por fraude de ley en la identificación empresarial que, formando parte de un grupo de empresas, ha ocultado su verdadera dimensión empresarial, para falta de concreción de la clasificación profesional de los trabajadores afectados y por aportación de unos criterios genéricos de afectación. TSJ Madrid (sala de lo social, sección segunda) sentencia núm. 542/2012, de 11 de julio, por incumplimiento empresarial de su obligación de aportar cuentas anuales de los últimos dos ejercicios, al haber presentado unos simples estados intermedios del balance de situación sin firma de auditores, estando en su poder las cuentas formuladas y auditadas; falta de pruebas de las causas económicas, organizativas y de producción alegadas, destacando junto con la amortización de puestos de trabajo una masiva contratación de trabajadores temporales, de donde se deduce una mera conveniencia empresarial en aras de la obtención de un mayor beneficio económico. TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección primera), sentencia núm. 601/2012, de 25 de junio, por falta de aportación de documentación económica completa y del informe técnico exigido”, citado por GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “El despido colectivo”, op. cit., p. 166, nota 18.

como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, y atenuar sus consecuencias a través de otras medidas, y ello dentro de la buena fe<sup>791</sup>.

El período de consulta es una obligación que no podría haberse eliminado, ni siquiera en aras de la celeridad –que se prevé será contrarrestada por la judicialización de los despidos colectivos<sup>792</sup>– porque constituye una exigencia de la normativa de la Unión Europea<sup>793</sup>, y su jurisprudencia es la que está siendo tomada como referente principal para definir en qué consiste esta obligación, que tiende a verlo como una instancia de negociación colectiva. Así, en referencia a la STJCE 27 de enero 2005, asunto Junk, se ha sostenido que “la autoridad judicial debe velar porque efectivamente dicho período de consultas no se erija como un mero trámite que el empresario articule sin voluntad negociadora con el único objetivo de adoptar la decisión del despido colectivo, al saber con certeza a partir de la reforma 2012 que tras su tramitación puede imponer dicha decisión de forma unilateral. La supresión de la autorización administrativa implica en cierto modo la *revalorización del período de consultas* y de su adecuada articulación como genuino proceso negociador, erigiéndose en un trámite esencial para la propia regularidad de la decisión empresarial final del despido colectivo. Como se ha dicho por el TJCE, el deber de consultas a que hace referencia la Directiva sobre despido colectivo, ‘más que un deber de consultas, pareciera que lo que reclama es una auténtica negociación’<sup>794</sup>.

A la expulsión de la Autoridad Laboral como tutela dentro del procedimiento de despido colectivo, se agrega el que no existe deber de llegar a acuerdo con los representantes de los trabajadores<sup>795</sup>, por lo que, más allá de la interpretación judicial emergente, no podría afirmarse que el interés de los trabajadores es tutelado por la autonomía sindical. En rigor, lo que pareciera estar sucediendo es que se revitaliza la instancia de negociación, pero subsidiada por la interpretación judicial que se está haciendo del período de consultas. Es

<sup>791</sup> Citada por CABEZA PEREIRO, Jaime, “La supresión...”, op. cit., p. 291.

<sup>792</sup> “No obstante, el legislador con el nuevo diseño jurídico no ha medido el alargamiento que se puede producir por la facilitación empresarial del despido colectivo que puede provocar un aumento sustancial de la conflictividad judicial en este ámbito, poniendo, incluso en entredicho el loable principio de celeridad procesal que ha distinguido tradicionalmente la jurisdicción social, si se impugnan judicialmente de forma sistemática las decisiones empresariales extintivas”, MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “La nueva modalidad procesal de impugnación judicial del despido colectivo”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012, p. 304. Cfr. DESENTADO BONETE, Aurelio “Los recursos de casación en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y en el Real Decreto-Ley 3/2012. En especial la casación de unificación de doctrina”, *Aranzadi Social* N°7, 2012.

<sup>793</sup> La Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, exige la realización de un período de consultas con los representantes de los trabajadores pero no impone la necesidad de llegar a un acuerdo para proceder al despido.

<sup>794</sup> MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “La nueva modalidad...”, op. cit., p. 337.

<sup>795</sup> Lo que implica una pérdida de espacio para el ejercicio de la negociación colectiva, de acuerdo a la interpretación de Kahn-Freund, recordado por GONZÁLEZ-POSADA: la consulta es una forma de negociación colectiva y que la ley la exija constituye una norma promocional de la misma, “El despido colectivo”, op. cit., p. 165, nota 17.



la jurisprudencia la que está supliendo el control del poder empresarial, sacando el máximo provecho al período de consultas que exige la ley, el cual no podía ser eliminado ya que contravendría la normativa Europea, y que de mantenerse constante tendrá que ser tomada como un dato a la hora de negociar pues, si el objetivo es la expedición de la medida extintiva, un proceso judicial resulta claramente contraproducente.

En suma, compártanse o no las razones de la modificación, lo que se registra con la eliminación del control administrativo es el nacimiento de una figura nueva, un “cambio sustancial en el control público del despido ejercido sobre dicha medida empresarial (...) que inaugura una nueva concepción jurídica del despido colectivo”<sup>796</sup>, y en que el control judicial se “erige en la auténtica piedra de toque de la intervención pública sobre el ejercicio de este poder empresarial que adopta una de las decisiones de mayor envergadura en la organización productiva de la plantilla de trabajadores”<sup>797</sup>.

Finalmente, sólo reseñaré dos aspectos dirigidos directamente a la libertad sindical, vinculados a la negociación colectiva y a los convenios colectivos. Nuevamente, el diagnóstico en esta materia es que “[e]l RD-Ley 3/2012 y la Ley 3/2102 han optado, al reformar la negociación colectiva, por circular en las roderas precedentes, las que forman parte de la reforma laboral 2010. Pero mostrando mayor ambición, han ensanchado la profundidad de las mismas, incrementando los poderes empresariales de adaptación a la organización del trabajo de los diversos instrumentos derivados de la actividad contractual colectiva a la organización de trabajo”<sup>798</sup>.

Valdés Dal-Ré plantea su estudio conectando la reformulación de las medidas de flexibilidad interna con la negociación colectiva, el observar que su modificación actúa también como un instrumento de la flexibilidad, en detrimento de sus funciones económicas y políticas<sup>799</sup>, al hacerse revisión de “el régimen de inaplicación de las

---

<sup>796</sup> MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “La nueva modalidad...”, op. cit., p. 301.

<sup>797</sup> MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “La nueva modalidad procesal...”, op. cit., p. 303.

<sup>798</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La reforma de la negociación colectiva”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012, p. 221 y 223.

<sup>799</sup> “En su dimensión económica, la negociación colectiva ha sido y sigue siendo un instrumento para la determinación convenida, en lugar de impuesta, de las condiciones que ordenan en las hoy denominadas economías de mercado, antes capitalistas, el trabajo por cuenta ajena y dependiente; un medio de ordenación del mercado de trabajo, dotado, en razón de los sujetos intervinientes y del procedimiento a través del cual estos adoptan sus decisiones, de una flexibilidad muy superior a la que cuentan los restantes cauces de regulación de las condiciones de trabajo: el legal, el contractual individual o, en fin, el unilateral del empresario, por citar los más significativos. Del lado de los trabajadores, esta función ha erigido a la negociación colectiva en el instrumento principal de ordenación del mercado de trabajo, logrando la mejora de sus condiciones de trabajo y, con ello, el progreso y cohesión sociales. Y del lado de los empresarios, ha contribuido de una manera eficaz y transparente a asegurar una concurrencia leal entre las empresas, desplazando la mejora de la competitividad hacia campos distintos de los laborales, como pueden ser, a título de ejemplo, la formación, la inversión, la innovación o la eficiencia en el servicio. En su dimensión política, la negociación colectiva es un mecanismo de regulación de poder; constituye ‘un uso diplomático del poder’, expresión ésta en la que el término diplomático, no alude al modo como se desenvuelve el proceso

condiciones contenidas en los convenios colectivos. En otras palabras, las dos disposiciones legales dictadas en 2012 han procedido a agrandar el campo de aplicación de las medidas de flexibilidad interna sobre negociación colectiva, extendiéndolo más allá de la institución que, desde la reforma de 1994, ya venía configurándose como un supuesto típico al servicio de las fórmulas de adaptación del convenio aplicable a la empresa. En tal sentido y dando vueltas de tuerca a la función de gestión del convenio colectivo, el legislador reformista de 2012 ha alterado otras reglas que sólo de manera abiertamente forzada pueden ser tildadas como medidas de flexibilidad interna y que afectan a la solución de los conflictos de concurrencia entre convenios (art. 84.1 ET) así como a la vigencia aplicativa de los convenios colectivos denunciados y vencidos<sup>800</sup>.

El primer gran cambio es la posibilidad de ineficacia del convenio colectivo de carácter superior. El Título III del ET fue intocado desde 1980. Esto fue así hasta que en los veinte meses anteriores a la Reforma 2012, se sucedieron tres redacciones diversas para el artículo 82.3 del ET<sup>801</sup>.

Y con la última reforma nuevamente se modifica. El primer inciso se mantiene en los mismos términos que en 1980. Sin embargo, sus ulteriores incisos sí que modifican en forma importante lo existente. Ante todo, se constituye como “la” forma de descuelgue de os convenios colectivos estatutarios, que son aquellos que tienen eficacia general al ser los suscritos por las organizaciones patronales y los sindicatos mayoritarios del sector en que van a regir, “en tanto que los restantes productos de la negociación colectiva quedan reconducidos a los procedimientos de modificaciones sustanciales del art. 41 del estatuto de los Trabajadores<sup>802</sup>, que, como ya se dijera, es una forma de modificación unilateral por parte del empleador.

¿Qué se puede modificar?: jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial; sistema de trabajo y rendimiento; funciones (cuando excedan de los límites legales para la movilidad funcional); mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Es una lista similar a la del artículo 41 pero que éste artículo establece como enumeración abierta y el 82.3 como lista cerrada. Lo que ha añadido la Reforma 2012 en cuanto a materias

---

negociador (habilidad, flexibilidad o dureza, entre otros atributos) sino al empleo calculado de la estrategia de poder”, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La reforma de la negociación colectiva”, op. cit., p. 223.

<sup>800</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La reforma de la negociación colectiva”, op. cit., p. 223.

<sup>801</sup> Dicha norma regula el concepto y eficacia de los convenios colectivos. Su punto tercero originalmente decía: “[I]os convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”. Luego del Decreto Ley 10/2010, manteniendo el contenido ya transcrito, pasó a abrir la puerta a los acuerdos de “descuelgue salarial”, o sea, inaplicar lo pactado en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa. La diferencia relevante que incorporaba es que ya no dependería de los convenios sectoriales la regulación de los requisitos y procedimiento de descuelgue, sino que ello pasó a ser definido por la norma estatal<sup>801</sup>. El 7 de junio se dicta el Real Decreto Ley 7/2011, que le da una nueva forma al numeral 3 del artículo 82, ahondado “algo más en el modelo precedente de refuerzo de mecanismos de descuelgue, aunque con algunas correcciones de segundo orden.”, Valdés Dal-Ré, Fernando, “La reforma de la negociación colectiva”, op. cit., p. 223.

<sup>802</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El descuelgue de condiciones...”, op. cit., p. 233.

susceptibles de descuelgue son la jornada de trabajo y la acción protectora de la seguridad social<sup>803</sup>.

El que de tener un inciso, en menos de dos años, haya mutado a extensas formulaciones, ya querrá decir algo. Principalmente significa que el empleador puede modificar las materias esenciales de un contrato, facultad para la que, como vimos, tiene dos vías a disposición: la del artículo 41 del ET y ésta<sup>804</sup>.

Sin embargo, para algunos la equiparación no es total, pues existen matices en la descripción de las causas en cada caso: “bajo la legislación anterior, cada uno de los dos cauces de modificación enunciaba causa diferentes: mientras el procedimiento regulado en

---

<sup>803</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El descuelgue de condiciones...”, op. cit., p. 234. Que calza con la propuesta de Francisco PÉREZ DE LOS COBOS y Javier THIBAUT ARANDA, “La reforma a la negociación colectiva”, Relaciones Laborales N° 14, Editorial La Ley, Madrid, España, 2010, a la que dedican el apartado N° 2 del epígrafe titulado “Previsión de un mecanismo general de descuelgue a nivel de empresa de los convenios colectivos pactados a nivel superior”. Dicen los autores: “El convenio colectivo de hoy no puede limitarse a ser una norma que regula condiciones de trabajo, debe ser a la par una norma para convenir, una norma procedimental para establecerlas, definir las o modificarlas. En el Estatuto de los Trabajadores vigente hay ya espacios para esta novedosa visión del convenio, piénsese en el art. 41 del Estatuto, pero no han sido suficientemente explorados y activados, cuando no directamente amortizados, como en el caso del descuelgue salarial ex art. 82 ET. Una reforma legal que amplíe esta dimensión organizacional del convenio parece necesaria”, planteando expresamente una ampliación de materias para las modificaciones de las condiciones de trabajo vía artículo 41 ET: “Creemos que el catálogo de materias susceptibles de modificación que hoy recoge el 41 ET debe mantenerse, pero, eso sí, ampliándolo y clarificándolo. ¿En qué sentido? A nuestro juicio, incorporando en el elenco de materias la jornada, hoy excluida, las vacaciones, los complementos por pensiones y sustituyendo la mención al «sistema de remuneración» por otra más amplia que aluda al «régimen salarial o retributivo», en todos sus elementos”, “La reforma a...”, op. cit., pp. 5 y 7. El artículo 41 ET recoge la jornada y régimen retributivo y salarial, y el artículo 82 ET señala las mismas, entre otras, más la “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”.

<sup>804</sup> En este sentido se pronuncia María Amparo BALLESTER PASTOR, al observar que con la última reforma se produce una equiparación de los instrumentos de flexibilidad interna y externa. “Esta postura no deja de ser consecuente (siguiendo el espíritu de la reforma) con su escaso interés por establecer graduaciones proporcionales de las medidas de ajuste: parece que todas se abren como posibles e iguales, incluido el despido y, por supuesto, la degradación funcional. La escasa sensibilidad frente a la proporcionalidad se advierte inmediatamente. Por lo demás, no consta ninguna descripción de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el caso de suspensión/reducción del art. 47 ET, aunque dado que las descripciones configuradas en 2012 no aportan nada nuevo, limitándose a referir tan solo el ámbito en el que se producen, esta carencia de descripción carece asimismo de trascendencia, más allá de reflejar la falta de interés por configurar una regulación coherente de la flexibilidad interna”, en “La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales”, Ponencia al XXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián 17 y 18 de mayo de 2012, pp. 34 y 35.

el art. 41.1 ET quedaba sujeto a la concurrencia de alguna de las cuatro causas comunes, definidas conforme a un criterio teleológico, el presupuesto causal del descuelgue salarial hizo suya, tras la reforma 2010, una dicción muy próxima a los despidos colectivos. El RDL 3/2012 unificó el régimen de las causas habilitantes para la inaplicación de un convenio colectivo, actuando en un doble frente: de un lado, extendiendo al descuelgue salarial la invocación por el empresario no solo razones económicas sino, adicionalmente, de las otras tres razones que cierran el círculo de las posibles causas de justificación de las medidas de flexibilidad interna y despido económico; de otro, definiendo la causa económica en unos términos que reproducen la nueva y más flexible formulación prevista para validar la decisión empresarial de despido colectivo<sup>805</sup>.

---

<sup>805</sup> En todo caso, las exigencias causales del art. 41 ET y del art. 82.3 ET del mismo texto legal no son idénticas. Como se anticipó, las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que permiten realizar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo son las que estén relacionadas con la ‘competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa’ (art. 41.1 ET), mientras que las causas que, de conformidad con el art. 82.3 ET permiten inaplicar determinadas condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo del Título III ET son las mismas que las que permiten proceder al despido colectivo conforme al art. 51.1 ET, con la única diferencia de que en el art. 82.3 ET la situación económica negativa se delimita a partir de la existencia de pérdidas actuales o previstas o por la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas de ‘dos trimestres consecutivos’ y en el art. 51.1 ET se considera persistente, a partir de la Ley 3/2012, si durante ‘tres’ trimestres consecutivos, el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado el mismo trimestre del año anterior”, MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N<sup>os</sup> 23-24, 2012, p. 118. Otro matiz cabe hacer respecto de las consecuencias del uso de una figura u otra, pues el artículo 41 del ET da derecho a resolución indemnizada, a diferencia del artículo 82.3 en que sólo lo habilita a dimitir sin indemnización. Pero puede ser una diferencia que en la práctica no sea tal, habida consideración que hubo un cambio en la redacción del artículo 41: “Hasta ahora, cualquier tipo de modificación sustancial de condiciones de trabajo que comportase un perjuicio a la dignidad del trabajador facultaba a que éste pudiera proceder a solicitar la resolución contractual con derecho a indemnización correspondiente al despido disciplinario. A partir de ahora, no basta con que el trabajador sufra un trato vejatorio, sino que además es imprescindible que éste se haya efectuado ‘sin respetar lo previsto en el artículo 41 de la Ley’ (art. 50.1.a. ET)”<sup>805</sup>. A lo que se añade la eliminación de la frase “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1.a, que hacía suficiente para la resolución indemnizada el perjuicio del trabajador sin depender del juicio de licitud de la medida modificatoria. Esta pérdida del derecho a la indemnización del despido correspondiente al despido disciplinario, implica que ante una situación vejatoria, le queda sólo accionar judicialmente por tutela de derechos fundamentales reclamando la ‘*restitutio in integro*’, es decir, la reincorporación del trabajador a las condiciones previas al tratamiento vejatorio; mecanismo que nuevamente abriría paso a la resolución contractual con derecho a la indemnización correspondiente (art. 50.1. c. ET)”, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en materia de extinciones individuales...”, op. cit., p. 136. Pero distinciones hechas, todas entregan un poder exorbitante en

La tendencia a incrementar los poderes empresariales se refuerza en una novedad más: la preeminencia del contrato colectivo de empresa por sobre cualquier otro nivel de negociación que pudieran determinar las partes negociadoras, de acuerdo al artículo 84.2 del ET. En el planteamiento de la queja interpuesta ante la OIT por las Confederaciones sindicales españolas, se remiten a los Convenios 98 y 154 y a la Recomendación 163 de 1983, que establecen el derecho a negociar libre y voluntariamente de las partes, lo que implica que ellas articulen los distintos niveles de negociación; que puedan darse las reglas para resolver conflictos, en el ejercicio de su autonomía, al tiempo que se prohíbe la injerencia estatal en estas materias, (artículo 4 Convenio 98 y artículos 5.4 y 8 Convenio 154). También deja constancia dicha queja “que el favorecimiento legal como paradigma del convenio colectivo de empresa por mandato del Estado fue propio de la dictadura Franquista y de la dictadura de Pinochet y otros países dictatoriales, siendo incompatible con un sistema de libertad sindical y negociación colectiva contemplados en los Tratados internacionales de la OIT”<sup>806</sup>.

En esto, hay que aludir y reconocer la autoría del actual presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Pérez de los Cobos, quien, junto a su colega en el departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense, Javier Thibault Aranda, hicieron la propuesta que, en gran y principal medida, es hoy la reforma a la negociación colectiva, vertida en su artículo recién citado: “La reforma de la negociación colectiva”.

Vale la pena ir confrontando su texto con el resultado legislativo, pues tiene la virtud de la sinceridad en el lenguaje, exhibición de sus premisas y reconocimiento de su carácter político: “no son los problemas técnicos del sistema los que justifican este trabajo y los que van a centrarlo. Son los problemas políticos del mismo, aquellos que inciden en su funcionalidad económica y política los que van a ocuparnos, aunque obviamente su abordaje requiera de la reflexión técnica”<sup>807</sup>.

Para ello, es muy importante consignar tal premisa, que es compartida por esta tesis, en orden a que la negociación colectiva es el elemento clave de las relaciones laborales y, así como en Chile ocurriera en el Plan Laboral implantado en Dictadura, es lo más inteligente focalizarse en ella, ya que es allí donde se produce la “distribución de poder”<sup>808</sup>.

La diferencia se encuentra en cuestiones ideológicas y, nuevamente vinculadas con la democracia. Pérez de los Cobos y Thibault claro está que no cuentan con las expediciones que para estos trámites sí dispone una Dictadura. Sobre esa diferencia se pronuncian sentando su idea matriz, en cuanto a que ellos no piensan que “sólo con los agentes sociales puede reformarse el sistema de negociación colectiva español, nosotros partimos de la base que es la ley, aprobada por el parlamento”<sup>809</sup>. Lo que en España ha devenido en el binomio Real Decreto de Urgencia/Ley, y que evidentemente dista de la tramitación

---

manos de una sola de las partes contratantes lo que sería inaceptable para una disciplina sin expectativas protectoras, como el Derecho Civil.

<sup>806</sup> Interpuesta el 10 de mayo de 2012 por las Confederaciones Sindicales Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CCOO).

<sup>807</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier, “La reforma a...”, op. cit., p. 2.

<sup>808</sup> “Quien negocia, ejerce poder y, por tanto, quiere seguir negociando. Sin duda alguna, las resistencias en el seno de las organizaciones son la primera dificultad para el cambio”, PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier, “La reforma a...”, op. cit., p. 1 y 4.

<sup>809</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier, “La reforma a...”, op. cit., p. 1.

cercana a un ideal deliberativo democrático de tipo “Habermasiano”. Con esta declaración nuevamente el artículo desborda sinceridad política<sup>810</sup>. Porque incluso, aun habiéndose producido un acuerdo social, es en sí criticable recurrir a la figura del Decreto Ley, salvo que supere los requisitos que configuran esa urgencia<sup>811</sup>, pues manifiesta esencialmente desprecio por el procedimiento democrático<sup>812</sup>.

Así, tenemos que la razón de la persistencia en llevar al nivel de empresa el establecimiento de las condiciones de trabajo puede deberse a que la negociación por sector era la que pactaba al alza, y no tanto a un problema complejo de articulación de niveles de negociación, dejando para el ámbito de cada empresa los aspectos “más domésticos” o que requieran de “modalidades flexibles” por las características especiales

---

<sup>810</sup> BAYLOS GRAU califica a este modo de legislar como de “desprecio a los procedimientos democráticos”, “Sentido general de la reforma...”, op. cit., p. 10

<sup>811</sup> Para una profundización y análisis sistemático de la doctrina emanada de la jurisprudencia constitucional, del que derivan exigencias para la utilización del Decreto-Ley, ver PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La abusiva utilización del Decreto-Ley por la política de empleo”, *Revista de Derecho Social*, N° 19, 2002, p. 85 y siguientes; reafirmado recientemente en La Reforma Laboral de 2012, un año después”, en la obra colectiva *La aplicación práctica...*, op. cit., pp. 33 y siguientes.

<sup>812</sup> Cuestión que se aprecia en el Dictamen 10/1998, de 25 de noviembre del Consejo Económico y Social, citado por el profesor PALOMEQUE LÓPEZ “la urgencia que justifica el recurso al Real Decreto-Ley puede encontrarse [para estos casos] en la necesidad de evitar las distorsiones que podría provocar en el mercado de trabajo, en la utilización de las distintas formas de empleo y en la misma negociación colectiva, el retraso que supone la tramitación parlamentaria de una ley ordinaria que recogiera la regulación de esta(s) figura(s)”, en “La abusiva utilización...”, op. cit., p. 79.

que presenten<sup>813</sup>. Sin embargo, tales estas afirmaciones no se pueden contrastar pues no hay un estudio, que se haya citado en el debate<sup>814</sup>, en el que se constate que la negociación ha sido poco flexible respecto a su sector, criterio a tener en cuenta, ya que, por ejemplo, el sector construcción en principio no parece haber adquirido con el tiempo rasgos que le exijan grandes cambios en la gestión del trabajo, por lo que no encontrar variaciones en sus convenios sería lo esperable. Y sucede lo mismo si analizado cualitativamente, respecto al nivel de flexibilidad entregado por la parte empleadora, como contrapartida, en la gestión de los horarios, permisos parentales, etc.<sup>815</sup>.

Se ha cuestionado la constitucionalidad de “arbitraje público obligatorio”, porque según la exposición de motivos se ampara en el artículo 38 de la Constitución, que entrega la “garantía, defensa y protección” de la productividad a los poderes públicos, lo cual no soslaya el que “siga siendo sorprendente y, por ello, digno de ser resaltado, que dicha exposición de motivos tan solo mencione este precepto conectado directamente con nuestro sistema de relaciones laborales o en general con el modelo laboral instaurado por nuestro texto constitucional (...). Por llevar el argumento a una de sus lógicas consecuencias, ello permitiría sostener que en aras de la defensa de la productividad, el legislador podría hacer resurgir la facultad administrativa de homologación de los convenios franquistas, que no casualmente se fundaba en la tutela del interés general de control por parte del poder público del desarrollo económico (...), esa tutela de la

---

<sup>813</sup> Ambos argumentos están presentes en el artículo de Pérez y Thibault, al referir como principal problema del sistema su insensibilidad económica”, que resulta ineficaz en el control de los salarios y demás circunstancias de cada empresa”, “La reforma a...”, op. cit., pp. 3 y 4, y se deduce también de sus razones para proponer, lo que fue acogido por la reforma, la limitación de un año a la ultraactividad, que es la que introduce “un elemento de distorsión en el normal procedimiento negociador, en la medida en que la aboca a una negociación colectiva al alza”, “La reforma a...”, op. cit., p. 9. Y asimismo, destacan sus deficiencias de ordenación y articulación a causa del protagonismo del convenio sectorial provincial –de origen franquista nos indican los autores- que explican así: “[e]l problema de la estructura negocial tiene un estrecho ligamen con el control de los salarios aludido y con el de la flexibilidad laboral, al que nos referiremos, porque, como acreditan algunos análisis econométricos y de contenidos de la negociación colectiva, los distintos niveles de negociación han venido jugando un distinto papel en la modernización de nuestras relaciones laborales. En efecto, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo los convenios protagonistas de la flexibilidad son el convenio sectorial nacional y, sobre todo, el convenio de empresa”, “La reforma a...”, op. cit., p. 4. En un sentido similar, destacando las ventajas de la negociación colectiva a nivel de empresa, MERCADER UGUINA, Jesús, "El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultraactividad", en la obra colectiva *La aplicación práctica de la Reforma Laboral. Un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, (Ignacio García-Perrote y Jesús Mercader Ugina, directores), Lex Nova, 2013, pp. 275-328.

<sup>814</sup> Al menos que yo haya encontrado. Lamentablemente Pérez y Thibault en su capital aportación no citan sino enuncian la existencia de estudios econométricos y de contenido de la negociación.

<sup>815</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivos tras la Reforma 2012”, op. cit., p. 239.

productividad encomendada a los poderes públicos debe canalizarse por otras vías y, en todo caso, debe efectuarse con pleno respeto a la garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Como se ha señalado con todo fundamento, tan forzada invocación del art. 38 CE supone desconocer los límites que ha de tener la actuación de los poderes públicos en materia de solución de conflictos colectivos en los que está en juego un concepto de tanta relevancia constitucional como es la autonomía colectiva.”<sup>816</sup>.

Puede que esta Comisión siga pasando igual de inadvertida<sup>817</sup> como hasta ahora, porque con la nueva arquitectura de las relaciones de trabajo, no se alcance a llegar a esta fase.

Como también cabe dudarlo respecto a llegar a la sede judicial. Pese a que existe una importante sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la lesión a la Libertad Sindical cuando se excluye la participación del Sindicato en la fijación de las remuneraciones, eso supone haber judicializado el conflicto. En la STC 107/2000 de 5 de mayo, se consideró que en una materia como remuneraciones, siendo ésta “indubitadamente típica de la negociación colectiva”, no bastaba que se echase a andar un procedimiento meramente formal de tratativas, para luego fijarlas “por medio de una autonomía individual en masa”, pues ello significa vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva, sin siquiera ser relevante, a estos efectos, que las modificaciones unilaterales sean mejores o peores, en términos concretos. Se trata, como se dijo, de un problema de arquitectura de relaciones y distribución del poder. Y en el entendimiento del Tribunal Constitucional: “[u]na utilización masiva de la autonomía individual, para jugar sistemáticamente en detrimento y marginación de la autonomía colectiva, sería dudosamente compatible con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales que trata de hacer compatibles, la libertad sindical, con el consiguiente predominio de lo colectivo sobre lo individual, y la libertad de empresa que es un espacio abierto a la autonomía individual”. Ese es el rasero central para el análisis de esta reforma.

Por último, la no ultractividad del convenio colectivo cierra el cuadro<sup>818</sup>. Por todo lo que hemos venido señalando y por la intención expresa de privilegiar la negociación dentro de la empresa, la pérdida de poder de la representación sindical y precariedad laboral de cada trabajador individual, es posible que en poco tiempo no hayan convenios colectivos de ámbito superior que aplicar y sólo quede lo que regule como mínimo necesario la ley. Curiosamente, y pese a las críticas que ha recibido la reforma, de las cuales sólo hemos aludido a algunas, uno de los escasos retoques que se le hizo en su paso de la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso y antes de llegar al Senado, fue el de reducir el

---

<sup>816</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivos tras la Reforma 2012”, op. cit., p. 244.

<sup>817</sup> Se dio el plazo de un mes para promulgar el Real Decreto regulador de la composición, funciones y medidas de apoyo de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos, (disposiciones adicionales quinta y sexta Real Decreto 3/2012).

<sup>818</sup> El artículo 85 ET, que regula la vigencia de los convenios, cambió la regla de que, en caso de no llegarse a acuerdo en una negociación colectiva, se mantenía la vigencia del convenio anterior (lo que derivaba que éste se constituyera como piso de negociación). La nueva regla prescribía inicialmente: “[t]ranscurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.”.



plazo de dos a un año la vigencia del convenio, desde que éste haya sido denunciado<sup>819</sup>, quedando así en la versión de la Ley 3/2012.

Se trata de un suceso definidor, pues cruza una serie de figuras claves de la disciplina. Sólo por mencionar un ejemplo: los poderes del empleador recibían gran parte de su legitimidad del grado de intervención que en ellas había adquirido la organización sindical y su poder negociador<sup>820</sup>, ya que la obtenía como un reflejo de su capacidad de democratizar las relaciones al interior de los lugares de trabajo, lo cual era el sello del modelo de relaciones laborales español. Dicho actuar autónomo se explicaba como inseparable de una democracia, al punto que se dijera que “[p]osiblemente hablar de la primera cuestión que relaciona la democracia con el sindicato resulte casi superfluo, puesto que es sabido que en el código genético del sindicato está inscrito un doble movimiento, antiautoritario y democrático, que actúa simultáneamente y que da sentido a esta forma social. Históricamente, en efecto, es unánimemente aceptado que se incorporó a los objetivos de la acción sindical un elemento directamente político, la construcción y defensa de las libertades públicas y la extensión de los derechos ciudadanos que configuran el eje central de los sistemas políticos democráticos.”<sup>821</sup>. Ese es el valor que ninguna solución legal relacionada a derechos individuales puede proveer, por mejor diseño que tenga.

Si conectamos las premisas de Pérez y Thibault a las modificaciones legales realizadas, se comprende que es una valoración respecto de un mismo hecho: la negociación colectiva como redistribución de poder y la acción sindical como agente relevante dentro de la democracia. Es precisamente esto lo que se quería modificar. En otras palabras, no hay discrepancia en el hecho: negociación colectiva como redistribución de poder, sino en la valoración<sup>822</sup>.

---

<sup>819</sup> Otras modificaciones se pueden consultar en: <http://www.abc.es/20120524/economia/abci-enmiendas-reforma-201205241749.html>

<sup>820</sup> Por ejemplo, el artículo 58.1 del ET, señala que “Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.”. También existen deberes de comunicación de sanciones a órganos de representación de los trabajadores: el empresario debe informar de las sanciones por faltas muy graves al Comité de empresa (art. 64.1.7º ET) y a los Delegados sindicales (art. 10.3.1º. LOLS). Además, estas figuras de representación deben ser oídas con carácter previo a la adopción de las sanciones a trabajadores afiliados al sindicato correspondiente (art. 10.3.3º LOLS).

<sup>821</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Democracia política y Sistema Sindical: reflexiones sobre la autonomía del Sindicato”, en la obra colectiva *Sindicatos y cambios económicos y sociales*, (Wilfredo Sanguinetti, coordinador), Salamanca, España, 2002, p. 2.

Disponible en: [www.uclm.es/organos/vic.../SALAMANCA](http://www.uclm.es/organos/vic.../SALAMANCA).

<sup>822</sup> VALDÉS DAL-RE considera que las expresiones ideológicas del preámbulo han “actuado como cimiento de la propia reforma”, cuando declara en su apartado V, párrafo quinto, que las modificaciones en la materia “responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa (...) ideología que responde con una notable fidelidad al pensamiento neoliberal”, agregando el profesor Valdés, que “lo que me interesa destacar ahora es la completa correspondencia entre el objetivo principal expresamente asignado a la reforma

La ley 3/2012, en su preámbulo lo reitera al justificar las necesidades de reforma: “en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”<sup>823</sup>.

Lamentablemente, la reforma no siguió una de las pautas más vivamente sugeridas por Pérez y Thibault, en orden a que las modificaciones fueran “pocas pero incisivas”<sup>824</sup>. Como se ha expuesto, la Reforma toca una serie de instituciones más. En lo que hay acuerdo es que en cada una de esas intervenciones la Reforma entra con una fuerza inédita. “En 2012 lo novedoso no son ni los objetivos ni los temas tratados que, en buena parte, son los mismos, sino la ‘intensidad’ de los cambios y la audacia del legislador que, si bien reconoce que las reformas precedentes habían sido ‘bien intencionadas’, estima que fueron fallidas, ‘insuficientes e ineficaces’”<sup>825</sup>. O como sintetiza Fernández López “la atención general se ha ido centrando en las reformas colectivas porque hace ya tiempo que la modificación unilateral individual era posible con la sola tutela extintiva frente a la misma”<sup>826</sup>.

De Pérez de los Cobos y Thibault<sup>827</sup> se acogió también la propuesta de un nuevo sistema de revisión del contrato colectivo, que operará mientras estuviese éste en vigor, artículo 86.1 ET. En rigor, no parece una materia de mayor complejidad, pues no se constituye como una excepción a la posibilidad de negarse a negociar, en base a una causa legal o convencional (art. 89.1 párrafo 2º), sigue siendo una posibilidad y además de requisitos de representación, requiere acuerdo de ambas partes, cuestión que antes de la reforma la jurisprudencia había calificado como válida<sup>828</sup>.

---

de la negociación colectiva y las técnicas utilizadas para su logro. Como sin disimulo alguno se manifiesta, la finalidad de las mudanzas concretadas en el sistema negocial socialmente típico en España, el de eficacia general, no es otra que la de convertir los productos de la actividad contractual colectiva en simples utensilios al servicio de los intereses de las empresa”, “La reforma de...”, op. cit., p. 225.

<sup>823</sup> Apartado IV, párrafo quinto del preámbulo.

<sup>824</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier, “La reforma a...”, op. cit., p. 1, 2 y 7.

<sup>825</sup> Observaciones vertidas en la presentación de Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, al especial monográfico de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012, p. 2, dedicado a la Reforma Laboral 2012, a casi un año de su entrada en vigencia y habiéndose promulgado la Ley 3/2012, de 6 de julio.

<sup>826</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “La reforma del despido...”, op. cit., p. 330.

<sup>827</sup> Aunque se precisa que la idea no es nueva, ya que fue propuesta en 1992 por Luis Enrique de la Villa Gil e Ignacio García-Perrote, en “La modificación del convenio colectivo durante su vigencia, como apunta MERINO SEGOVIA, Amparo, “Sentido y alcance de las reformas 2012: nuevos (des) equilibrios entre los distintos instrumentos de autonomía negocial”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012, p. 402.

<sup>828</sup> STSS 30 de junio de 1998, MERINO SEGOVIA, Amparo, “Sentido y alcance...”, op. cit., pp. 402 y 403.

Su ventaja respecto de la existente, la denuncia, es que se añade a la innovación de ultraactividad limitada a un año, según la explicación de Pérez de los Cobos y Thibault, es que se aplicaría mientras rige “el deber de paz”, situación en la que no se puede recurrir a la huelga. Aquí la nueva figura ya no se muestra tan inocua, si se recuerda que el deber de paz es una figura trasplantada acriticamente del Sistema alemán, a partir de su distinción de la parte normativa y parte económica de los contratos, que entró primero en Italia, sin ninguna base normativa, “la construcción de la llamada ‘parte obligatoria de los contratos del contrato colectivo de derecho común, que viene en configurar el contrato colectivo como un contrato obligatorio, bilateral, de prestaciones recíprocas, jugará un rol importante en la construcción del deber de ‘paz sindical’ y en las limitaciones del derecho de huelga a través de procedimientos definitorios”<sup>829</sup>.

Tarello elabora una crítica mordaz a la inadvertencia de los laboristas respecto a los efectos de dicha figura, que además, precisa de una perspectiva civilista de sustento (que es el objeto principal de su libro: mostrar la debilidad del “ordenamiento intersindical” italiano a partir de su construcción en base a categorías civiles): “la admisión de la huelga, también durante la vigencia de un contrato colectivo, e independientemente de las condiciones previstas para la revisión del contrato mismo, vendría a negar el principio de la obligatoriedad jurídica de los contratos colectivos y, por tanto, a frustrar la función de pacificación social de éstos” decía Luigi Mengoni, remitiéndose a la doctrina alemana de la *Friedenspflicht* de autores como Kaskel y Jacobi, que “[s]emejantes afirmaciones de la doctrina laboral italiana, pronunciadas, por lo demás, en un período económico caracterizado por la inflación más veloz que cualquier intervención de la magistratura dirigido a declarar mutado el estado de hecho, y caracterizado bajo el perfil jurídico de una fuerte tensión social (en la que el sindicato no tenía en el contrato colectivo, pero sí en la huelga una eficaz arma de presión), se prestan para interpretaciones en clave ideológico-política. De hecho, considerar el contrato colectivo como funcional no a la representación de un equilibrio económico provisional, sino a una ‘pacificación social’ significaba, precisamente, privilegiar, dándole el carácter de *finalidad jurídica*, una finalidad que habría limitado el alcance del derecho de huelga”<sup>830</sup>.

Actualmente, los aspectos hasta aquí reseñados, más algunos otros, son objeto del requerimiento de inconstitucionalidad en contra de la Ley 3/2012, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 30 de octubre de 2012.

## **B) Jueces laborales en la encrucijada.**

Todo este material jurídico nuevo coloca a los jueces laborales en la encrucijada. Nominalmente, la reforma del Real Decreto Ley 3/2012, luego consagrada con la Ley 3/2012, entrega a la jurisdicción social el cierre de los conflictos laborales, como garantía de los derechos, pero dándole instrumentos jurídicos contradictorios a este fin. No es

<sup>829</sup> TARELLO, Giovanni, *Teorie e ideologie...*, op. cit., pp. 52 y 54.

<sup>830</sup> TARELLO, Giovanni, *Teorie e ideologie...*, op. cit., p. 54, nota 73. La explicación de que dicha doctrina de Mengoni no haya tenido en aquéllos años eco en la jurisprudencia se debía a las circunstancias de hecho de la época. Lo que cambió doce años después, a la par que las condiciones de hecho, y, por lo mismo, implicó una revisión de la doctrina, que, en el caso de Giorgio Ghezzi viró a la restricción, entendiendo que la paz sindical sólo existía en la medida que la contemplara una cláusula contractual, *Teorie e ideologie...*, op. cit., p. 55, continuación de la nota 73.

casual que los jueces pasaran en menos de cuatro meses, de ser llamados los “garantes de la tutela judicial efectiva”, a ser los acusados como autores de interpretaciones finalistas en materia de despido. La ley reguladora de la jurisdicción social, LRJS 36/2011, promulgada cuatro meses antes, expresaba que “[l]a configuración de los mecanismos de solución de los conflictos y reclamaciones en el ámbito laboral, en particular la determinación de reglas específicas de procedimiento, integran la especialidad del Derecho del Trabajo, reconocida en nuestro país desde antiguo, a través de las normas de procedimiento laboral, caracterizadas por su agilidad, flexibilidad y capacidad de adaptación, y también por posibilitar una más rápida y eficaz resolución de conflictos, así como por las amplias potestades del juez o tribunal de dirección del proceso y la proximidad de la intermediación de aquéllos respecto de las partes y del objeto litigioso, normas que han inspirado en uno u otro grado la mayoría de las reformas procesales adoptadas en otros órdenes jurisdiccionales a partir de la Constitución. La nueva ley reguladora de la jurisdicción social desarrolla los mandatos constitucionales de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica para reforzarlos y adaptarlos a las particularidades de esta esfera del Derecho.”<sup>831</sup>. A la inversa de este retrato, el preámbulo del Real Decreto Ley 3/2012, señala que “[s]e introducen innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos [colectivos]. La Ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo (...) tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valorización finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.”<sup>832</sup>.

En la actualidad, parece estarse en un momento de tránsito, en que los jueces producto más de una cultura jurídica<sup>833</sup> que de los márgenes que permite la letra de la ley, no cejan en

<sup>831</sup> Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/10/11/pdfs/BOE-A-2011-15936.pdf>

<sup>832</sup> Párrafo octavo del apartado quinto, que es reproducido en el preámbulo de la Ley 3/ 2012, de 7 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, párrafo octavo, apartado quinto.

<sup>833</sup> Esa “cultura jurídica” puede que sea tan visible hoy producto de una especie de provocación constituida por un rediseño tan absoluto y de origen tan cuestionable, ya que una mirada distinta se consignaba hace pocos años “[c]ontrolar la legitimidad del despido en un sistema que tipifica sus razones justificativas es una operación hermenéuticamente y culturalmente compleja. Llama al juez a confrontarse con un sistema de valores, externo a la norma, del que debe hacerse intérprete sensible. Se desprende de ello un proceso de construcción de una decisión en el que el juez debe descodificar reglas no escritas, pero por lo mismo muy relevantes en el ambiente social de referencia. En este contexto, en el ámbito cultural de la judicatura y en especial en los estratos superiores de la misma, se ha ido instalando de manera muy firme una narrativa que incorpora lo esencial del discurso economicista neoliberal: que el despido es un acto de libertad –de libertad de empresa, pero de libertad de organización de la vida social y económica, derivada de la capacidad de crear riqueza- que no puede ser limitado sino excepcionalmente”, Baylos, Antonio, “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo”, *Revista de Derecho Social*, N°46, 2009, p. 21.

aplicar un juicio de razonabilidad a las medidas empresariales cuando son objeto de impugnación y control judicial<sup>834</sup>. Pero dada la literalidad de la ley, clara como instrumento y dirigida a la consecución de ciertas metas, hace que la aplicación del Derecho del Trabajo, orientada a sus fines protectores, como hasta ahora se había entendido, haga vulnerables a los jueces a la crítica de que si la Reforma Laboral no funciona, será por su actuación no sujeta a la ley. “La situación es tan negativa –aunque aparece constantemente negada o invisibilizada para el poder político y el poder mediático concentrados de todos los medios audiovisuales– que todos los comentarios se centran en la normativa laboral y en la aplicación de la misma por los tribunales de justicia. Si la ley no funciona, es por consiguiente por culpa de los jueces, de manera que su rol como servidores del Estado es de estar subordinados a la discrecionalidad –y arbitrariedad– empresarial que la legislación reformada ha querido entronizar”<sup>835</sup>.

Una contradicción tal entre norma procesal y norma sustantiva hacía presagiar dificultades obvias de armonización, si es que se tiene por cierto lo que señala la más tradicional doctrina laboral española: “[l]a instrumentación procesal sigue así, como su sombra, al Derecho sustantivo o material, de cuyo cumplimiento es, si no la única, sí una relevante y eficaz garantía, como lo atestigua su reconocimiento constitucional”<sup>836</sup>.

---

<sup>834</sup> “Como bien afirma la doctrina, antes y después de la reforma 2012 es preciso llevar a cabo siempre ‘un juicio de razonabilidad sobre la adecuación de las medidas propuestas a las causas que las provocan, [en cita a Sanguinetti Raymond, Pérez de los Cobos y Roqueta Buj], capaz de acreditar la existencia de una conexión de funcionalidad o instrumentalidad que permita validar la razonabilidad de la medida adoptada para superar la causa desfavorable. Es más, la experiencia forense posterior a la reforma ya permite apreciar una cierta ‘resistencia judicial’ a aceptar la reducción de controles propuesta que sin duda acentuará más la inseguridad jurídica en la materia”, MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna...”, op. cit., pp. 11 y 112, a propósito de la Sentencia en procedimiento de conflicto colectivo, de la Audiencia Nacional 61/2012, de 28 de mayo, que es calificada como una apuesta firme por mantener el control basado en el “juicio de proporcionalidad”, según la cita al profesor Molina Navarrete, al sostenerse en ella “la exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por el Real Decreto–Ley 3/2012 en la nueva versión del artículo 41 del ET, revela que no existe discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas (...) que justifiquen razonablemente las razones propuestas”, MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna...”, op. cit., p. 112, nota 81.

<sup>835</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “La ruptura de los equilibrios...”, op. cit., p. 19.

<sup>836</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Curso de...*, op. cit., p. 77. Para el profesor Alfonso Mellado “los cambios en la norma procesal están determinados por los introducidos en la legislación sustantiva; la valoración acerca de los mismos depende de la que se haga en torno a aquella”, ALFONSO MELLADO, Carlos, “Reforma Laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Número Monográfico Reforma Laboral, *Revista de Derecho Social*, Nº 57, 2012, p. 278. En el mismo sentido, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Ley de bases de Procedimiento Laboral. Aspecto más sobresalientes de una reforma procesal anunciada”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Lecturas sobre la reforma del

Incluso más, se ha afirmado que “casi nunca las reformas de la legislación adjetiva de trabajo van encaminadas de manera específica a mejorar su regulación, antes al contrario, ‘vienen de fuera de su propio sistema y contenido, sea que se deriven de alteraciones del Derecho Social sustantivo sea que obedezcan a empeños de dar tratamiento unitario para todas las ramas procesales’”<sup>837</sup>.

Si esto es así, no va a estar demás -ante este “nuevo Derecho”- repasar materias cuyas bases son figuras eje como el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, las cuales se encuentran dentro del diseño constitucional español de 1978, aún vigente.

Sobre la posibilidad o no de armonizar las diversas reformas legislativas españolas con la Constitución de 1978, es ilustrativo el artículo Pisarello, “El régimen constitucional español, 34 años después: ¿reforma o ruptura democrática?”, para un análisis más estructural. Además, porque en él que escribe duras líneas para Derecho del Trabajo. “En el ámbito socio-económico, los avances producidos tras la transición permanecieron condicionados por el peso de una oligarquía financiera-inmobiliaria-constructora, fuertemente emparentada con el régimen anterior, que supo recomponerse para mantener su influencia. Todo ello determinó que, en ámbitos clave, como el de la vivienda o el trabajo, se abrieran paso, de manera regular, propuestas flexibilizadoras y precarizadoras llevadas adelante en nombre de la ‘modernización’ y ‘flexibilización del mercado inmobiliario y laboral. Muchas de estas medidas, como las contrarreformas laborales aprobadas entre 1984 y 2012, serían impugnadas por fuerzas sindicales y de oposición por su incompatibilidad a partir de una lectura garantista de la Constitución. Sin embargo, estos reclamos rara vez encontraron eco en una justicia ordinaria a menudo dispuesta a legitimar la ‘violencia del poder empresarial’ y en un tribunal constitucional poco dispuesto a marcar al legislador mínimas líneas rojas en materia de derechos sociales.”<sup>838</sup>.

---

proceso laboral, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1991, p. 13, ALONSO OLEA, Manuel, en el prólogo a Barreiro González y otro, Diccionario Procesal Social.

<sup>837</sup> Citado por TASCÓN LÓPEZ, para quien cada reforma de cierto calado del Derecho sustantivo del Trabajo ha traído aparejada una correlativa modificación de los preceptos de la LPL que se veían afectados, en el intento por mantener esa indisoluble unidad existente entre ambos, “cosa que si bien se ha conseguido con relativa precisión, ha originado un proceso de ‘aluvión’ que no siempre resulta todo lo claro y coherente que cabría esperar”, en *La renovación de la Justicia Social. El éxito del Proceso Social, su envejecimiento prematuro y la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Fundación Justicia Social, Aranzadi, Navarra, España, 2012, p. 120, exactamente la misma observación vierte en relación a la modalidad procesal incorporada a propósito de los derechos de conciliación, *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación...*, op. cit., p. 21.

<sup>838</sup> A partir de lo cual no le augura un buen futuro al requerimiento de inconstitucionalidad de octubre de 2012 de los diputados del grupo socialista y del grupo de la Izquierda Plural (IU, ICV-EUiA, CHA) quienes presentaron “de hecho un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2012 de reforma laboral. En opinión de los recurrentes, la reforma vulneraría el papel institucional reconocido constitucionalmente a las organizaciones sindicales y empresariales (artículo 7 CE), el derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE), el derecho a la negociación colectiva (artículo 37 CE), el derecho al trabajo (artículo 35), a la tutela constitucional frente a los tratamientos discriminatorios y arbitrarios (artículos 14, 23 y 103 CE), y a la tutela

En este punto, Pisarello aclara que la situación no es igual en toda Europa: precisamente en Alemania, el Tribunal Constitucional declaró por sentencia de febrero de 2012, “que la remuneración percibida por los profesores universitarios pagados de acuerdo con la escala de salario W en Hesse infringía el principio de manutención (*Alimentationsprinzip*), esto es, la obligación estatal de cuidar el bienestar de los funcionarios, recogida en el artículo 33.5 de la Ley Fundamental de Bonn”, añadiendo otros ejemplos de los tribunales constitucionales de Portugal y Letonia<sup>839</sup>.

La conclusión del autor es que estos cambios legislativos implican la ruptura del marco jurídico: “la mayoría de las medidas necesarias para una gestión democrática de la crisis no puede plantearse ya, de manera realista, dentro del marco jurídico constitucional de 1978”<sup>840</sup>, pese a que recoge en lo concerniente a trabajo la opinión de Baylos, en orden a que sería un “error reducir el sistema de derechos y garantías contenido en la Constitución a simple ‘papel mojado’”, que es decir, “considerar obsoleto todo lo viejo”<sup>841</sup>.

En este repaso por la Reforma 2012, intenté plasmar la percepción de un observador externo, como lo es un extranjero, del impacto que produce una modificación legislativa que va desde olvidar los principios formadores de la disciplina, pasando por tocar todas sus cuerdas, aunque con un objetivo final definido, considerado que todas las medidas repercuten en el desmantelamiento de lo colectivo.

No es un problema de mantención de “rótulo” y poder seguir usando el nombre de Derecho del Trabajo, sino de conseguir llamar a las cosas de modo que las identifique y haya claridad en el lenguaje. Por lo que la cuestión parece estar jugando en el esfuerzo de los jueces por seguir cumpliendo su mandato de aplicar Derecho del Trabajo a las causas que se someten a su conocimiento, mientras el Tribunal Constitucional dirime si ello es plausible todavía o hay que reconocer que el problema es la ley (y sus modos de producción) debiendo optarse por su modificación.

La coincidencia entre la doctrina es que por donde sea que se entre a diseccionar la reforma, la conclusión es aumento del poder empresarial. Por algo vuelven a los textos los términos propios de la disputa comunitaria/contractualista. “No resulta exagerado afirmar que la Reforma 2012 intenta reinstalar en nuestro sistema jurídico la antañona concepción de la empresa como un territorio de exclusiva gestión por el empresario, rescatando del baúl de la memoria, a donde le había desterrado la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho, la figura del empresario como el ‘Señor de su casa’, (*Herr im Haus*) figura ésta ligada a concepciones autoritarias de los sistemas de relaciones

---

judicial efectiva (artículo 24 CE), PISARELLO, Gerardo, “El régimen constitucional español, 34 años después: ¿reforma o ruptura democrática?”

Disponible en: <http://noticias.pcc.cat/2013/01/gerardo-pisarello-el-regimen.html>

[fecha de la visita 28 de enero de 2012].

<sup>839</sup> PISARELLO, Gerardo, ““El régimen constitucional español, 34 años después...””, op. cit.

<sup>840</sup> PISARELLO, Gerardo, ““El régimen constitucional español, 34 años después...””, op. cit.

<sup>841</sup> PISARELLO, Gerardo, ““El régimen constitucional español, 34 años después...””, op. cit., remitiéndose al artículo de Antonio BAYLOS GRAU, “Constitución, poder constituyente, democracia (a propósito del 25-N)”, disponible en: <http://baylos.blogspot.com.es/2012/09/constitucion-poder-constituyente.html>

[fecha de la visita 28 de enero de 2012].

laborales”<sup>842</sup>. Al menos una seña de identidad con lo más criticable del comunitarismo, aquello por lo que resultaba funcional a las dictaduras, tiene: la suposición de un interés único y común entre las partes de la relación laboral, la creación de empleo como objetivo principal de la política legislativa, al partir del cual se desprenden sus dudosas soluciones. No es poca cosa, para un observador externo, ser testigo de cómo se introduce la noción de *dumping* social en la argumentación. “Con anterioridad a nuestra pertenencia a la zona euro de la UE, la mejora de la competitividad se lograba mediante simples ajustes monetarios, ahora los legisladores, de urgencia y el ordinario, en la medida que no pueden devaluar la moneda nacional, pues ésta no existe bajo esa condición, han decidido que ese razonable objetivo va a poder alcanzarse a través de otra fórmula; aquélla que los países de la UE, al menos mientras la construcción de la Europa social estuvo entre sus prioridades, habían denostado y combatido con fuerza una y otra vez: la rebaja y el deterioro de las condiciones de trabajo de los trabajadores”<sup>843</sup>. O en otras palabras, “la ley con su intervención dota a la empresa de instrumentos suficientes para la descentralización en su seno de la negociación colectiva, desposeyendo de ellos a la autonomía sindical, cuya actividad contractual queda seriamente tocada en un proyecto donde el apoyo legal a la negociación –formal e informal- de empresa es concluyente. Los riesgos del recrudescimiento de una dispersión negocial que acentúe la pérdida de uniformidad de las condiciones de trabajo –mal endémico, se decía, de un sistema atomizado y falta de coordinación, ya denunciado en 1997 por los agentes sociales- pasan a segundo plano, ceden ante mecanismos de refuerzo del poder privado empresarial, que pronostican situaciones generalizadas de *dumping* social, en un escenario económico donde las empresas buscan hacerse con herramientas que refuercen su ventaja competitiva en el mercado”<sup>844</sup>. En Chile, José Piñera -el ya citado autor del Plan Laboral de la Dictadura- lo tenía como un objetivo muy claro dentro de su diseño: “reemplazar la ‘lucha de clases’ (trabajadores *versus* empresarios) por la ‘lucha de empresas’ (trabajadores y empresarios de una misma empresa *versus* los de otra que compite con ellos), lo que es funcional a una economía de libre de mercado”<sup>845</sup>. En ese sentido, Valdés no se equivoca cuando dice que es una fórmula añeja.

Tampoco yerra cuando concluye que la Reforma “no sólo contraviene el elemental principio del *pacta sunt servanda* sino, como bien razonara Cruz Villalón, pone entre paréntesis, ignorándola, la fuerza vinculante constitucionalmente conferida a todas las expresiones de autonomía colectiva. Este despropósito jurídico, la negación a ‘los acuerdos y pactos colectivos de su garantía constitucional más fuerte e inherente, ha permitido al empresario, y sigue permitiéndole, el ejercicio de un poder unilateral que, por decirlo con el recio lenguaje en su día puesto en circulación por Montesquieu y ahora renovado por el gran filósofo italiano Luigi Ferrajoli, puede calificarse como ‘poder salvaje’”, al decir que “es una experiencia eterna que los poderes, libres de límites y controles, tienden a

<sup>842</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La reforma laboral”, *Relaciones Laborales* N° 5, 2012, p. 1; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La reforma de...”, op. cit., p. 223, BAYLOS GRAU, Antonio, “La ruptura...”, op. cit., p. 21.

<sup>843</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La reforma de...”, op. cit., p. 254.

<sup>844</sup> MERINO SEGOVIA, Amparo, “Sentido y aplicación...”, op. cit., p. 380.

<sup>845</sup> PIÑERA ECHEÑIQUE, José, *La revolución laboral...*, op. cit., p. 50



concentrarse y acumularse en forma absoluta, a convertirse, a falta de reglas, en poderes salvajes”<sup>846</sup>.

Si bien no es la forma ideal para un modelo de relaciones laborales que la garantía de los derechos quede en gran medida entregada a la mejor lectura constitucional que puedan realizar los jueces laborales -la de protección del trabajador- esa lectura se transformará en “papel mojado”, si es que no está acompañada de un cauce procesal adecuado al derecho que se está reclamando. Pese a que esta función preeminente, como señala Atienza, suele concitar poca atención de la ciencia jurídica<sup>847</sup>, para intentar no caer dentro de esa tendencia, en el siguiente capítulo se revisarán los sistemas de ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer, el significado que tiene la ejecución a partir de una de las garantías más desarrolladas de la Constitución española de 1978- la tutela judicial efectiva- y la existencia de una instrucción clara: la ejecución debe ser realizada en sus propios términos.

---

<sup>846</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La reforma de...”, op. cit., p. 235.

<sup>847</sup> ATIENZA, Manuel, “Virtudes judiciales...”, op. cit., pp. 4 y 5.



### **CAPÍTULO III**

#### **“EL PROCESO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS LABORALES. EN BUSCA DE UN MODELO PARA LA REPARACIÓN DE LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES”.**

##### **I. Introducción.**

La parte final de la tesis pretende -y requiere-, venir sustentada por los argumentos revisados hasta ahora en la lógica de que las partes sustantivas y procesales del Derecho son un todo inescindible, en que si una de ellas falla o es inadecuada, se frustran los fines de la política legislativa, por lo que ambas deben estar siempre en el análisis de si se cumple con la garantía de los derechos fundamentales.

Se analizará el proceso como instrumento de garantía y, en particular la ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer en tanto que éstas son las medidas que mejor logran la reparación de un derecho fundamental en cuanto que permiten o favorecen la creación de condiciones que garanticen su cumplimiento futuro, hasta llegar a ciertas particularidades de la ejecución en sus propios términos de obligaciones de hacer y no hacer en la legislación española.

Finalmente, se volverá sobre el tema de la reparación de derechos fundamentales en dos casos concretos que fueron seleccionados por razones distintas: la readmisión, por ser el modelo tradicional y más desarrollado de condena de hacer como consecuencia de la lesión de un derecho fundamental, al menos a nivel de debate; y la condena a la elaboración de planes de igualdad en el caso de vulneraciones a la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, por manifestar un contenido de reconocimiento o identitario preeminente pero no excluyente de la redistribución, que es la relación inversa que se da en la obligación de readmisión.

##### **II. El proceso: de expediente formal a instrumento de garantía de los derechos fundamentales.**

Acercándonos ahora al problema procesal, la definición de Derecho Procesal que servirá a este capítulo de la tesis, es la típica de la primera aproximación a la disciplina, que enfatiza el eje de la búsqueda de la erradicación de la violencia privada, al expresarse como “rama del saber jurídico que engloba el conjunto de contrapartidas que el Estado ofrece a sus súbditos a cambio de prohibir la autotutela o la realización arbitraria de sus derechos subjetivos, lo que se otorga a cambio de erradicar el uso de la fuerza como método de resolución de los conflictos jurídicos”<sup>848</sup>.

Es por ese objetivo que el Estado provee una organización de funcionarios públicos encargados de resolver tales conflictos jurídicos y de imperar su decisión si llegase a ser necesario (jurisdicción). Asimismo, la posibilidad de acceder a dicha organización de justicia, por parte de los sujetos enfrentados en un litigio (por medio de la acción, que actualmente ha adquirido la categoría de derecho fundamental, consagrada en España

---

<sup>848</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Madrid, España, 2009, p. 30. En igual sentido Blasco, Ángel, “Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial”, *Revista de Derecho Social*, Nº12, Bomarzo, Albacete, España, 2000, pp. 35 y siguientes.

como el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución)<sup>849</sup>. Finalmente, ofreciendo un instrumento a través del cual se ejercita la potestad jurisdiccional (artículo 117.3 CE), que es el proceso “formado por un conjunto de actos de desarrollo gradual mediante los que los litigantes exponen sus respectivas afirmaciones, dejando así al juzgador en condiciones lógicas adecuadas para poder manifestar cuál de dichas pretensiones tiene acomodo en el ordenamiento; proceso que, modernamente, ha de atesorar en su seno *todas las garantías* (artículo 24.2)”<sup>850</sup>.

Desde este punto de vista, el término “proceso” también registra una evolución. De ser “un puro expediente formal ayuno de garantías en los sistemas políticos totalitarios se ha tornado, en las modernas democracias constitucionales, en un conjunto de actuaciones procedimentales sofisticado, complejo y plagado de garantías”<sup>851</sup>.

Desde el Derecho Procesal han surgido nuevas lecturas, pulsadas por las emergentes necesidades del Derecho, respecto de varias figuras esenciales de esa disciplina jurídica. Tales figuras provienen de la misma fuente: el Derecho liberal y el principio de la igualdad formal. Desde allí, se postulaba la idea del procedimiento único para todas las situaciones de Derecho material, pues “como las particularidades de la sociedad debían ser ignoradas en nombre de la libertad formal, el Estado liberal pasó a legislar poniendo los ojos en un ciudadano ‘sin rostro’ o que sería igual a todos, independientemente de sus sensibles diferencias concretas. Frente a esto, el principio de la igualdad formal- que no fue hecho para el hombre de carne y hueso- condujo a serias discriminaciones e injusticias. En esta perspectiva, entiéndase que, para ser conservado el derecho de ir a juicio, bastaría dar al ciudadano el derecho formal de presentar su pretensión en juicio y prohibir al Estado obstaculizar el ejercicio de ese derecho (...). El derecho al Poder Judicial era pensado – dentro de la lógica del derecho liberal- como un derecho independiente de la particular posición social o de la necesidad concreta del ciudadano. De ahí la idea de uniformidad procedimental, o mejor, de la existencia de un único procedimiento para atender todo y a todos. No puede haber duda, en ese sentido, que el procedimiento ordinario traduce la idea contenida en el mito de la igualdad formal, conservando en sí los fundamentos de la ideología liberal”<sup>852</sup>.

Demás está decir que solo la superación de tal ideología permite el surgimiento del proceso laboral, y de sus modalidades, hasta forjar un procedimiento que atienda las especiales características de una lesión de derechos fundamentales, nuevas técnicas como la justicia cautelar y monitoria.

Sobre este tópico, a propósito de la relación del proceso civil y el proceso laboral, en España se ha afirmado que aquél es “un recipiente liberal del siglo XIX donde se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados. Esta arcaísmo técnico es el que -según Guasp- explica muchas de las imperfecciones que en la ley se observan, pero a ellas ha de unirse una ideología liberal exasperada que hace del juez un autómatas al

<sup>849</sup> Sobre el paso de ser una facultad individual a un derecho fundamental consagrado en las Constituciones democráticas y tratados internacionales ver GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho Procesal*, op. cit., pp. 30 y 33.

<sup>850</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho Procesal*, op. cit., p. 31.

<sup>851</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho Procesal*, op. cit., p. 34.

<sup>852</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, traducción de Aldo Zela Villegas, Palestra editores, Lima, 2007, pp. 48 y 50.

servicio de las partes, incluso sobre los propios actos de instrucción y de ordenación procesal.”<sup>853</sup>. Este problema se ve mitigado por las características propias del Derecho Procesal Laboral, que no duda en reconocerse como un instrumento al servicio de los fines del Derecho sustantivo “entendido el Derecho del Trabajo como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección de las desigualdades fundamentales, a esta finalidad tuitiva ‘sirven no sólo las normas sustantivas sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el Derecho Procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del derecho sustantivo, resulta patente que ambos son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste”<sup>854</sup>.

De esta forma se explica que “la Historia del proceso laboral es, en síntesis ‘la Historia de la invención y descubrimiento de garantías jurisdiccionales efectivas para los derechos de los trabajadores’. En la búsqueda de éste su verdadero Santo Grial, el proceso de trabajo ha alcanzado un éxito notable y de todos reconocido – al punto de marcar la impronta de las reformas procesales acometidas recientemente en el seno de otros órdenes jurisdiccionales - aun cuando no falten sombras junto a las luces y, como es lógico, sea siempre posible detectar la presencia de un buen número de defectos e imperfecciones, por lo demás inherentes a cualquier quehacer humano”<sup>855</sup>.

Así, el Derecho Procesal del Trabajo adquiere su autonomía como disciplina desde la perspectiva laboral. Ante todo, porque la norma procesal está inescindiblemente unida a la función protectora del Derecho material<sup>856</sup>, pero por lo mismo, después de promulgada la CE será la normativa naturalmente llamada a reflejar la cláusula del Estado Social que consagra la CE, tanto en su vertiente sustantiva como procesal.

Se trata de darle reconocimiento constitucional a la función de protección y promoción de determinados sectores: “Declarado por el artículo 1º de la Constitución que España se configura como un Estado Social y Democrático de Derecho, una primera vía de desarrollo para conocer las claves de la reforma procesal laboral, recientemente concluida, la

---

<sup>853</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, “Las *astreintes...*”, op. cit., p. 6. Sobre la relación de la función compensadora del Derecho del Trabajo material y el Procesal Laboral, también en cita a Guasp se ha dicho: “La existencia de una Ley de Procedimiento Laboral- más exactamente, de una sucesión o saga de leyes procesales laborales – habla con elocuencia de la singularidad del proceso del trabajo. El maestro Guasp lo explicó en un clásico estudio de 1949: ‘Parece que mientras se mantenga la peculiaridad del derecho material del trabajo, y su desaparición no es pronosticable desde luego, un cierto tratamiento independiente del Derecho Procesal del Trabajo debe ser también recomendado. La autonomía del proceso constituye en realidad un reflejo de la autonomía del propio Derecho Laboral material’, Montoya Melgar, Alfredo, *Curso de procedimiento laboral*, (octava edición), Tecnos, Madrid, España, 2010, p. 77.

<sup>854</sup> BLASCO PELLICER, Ángel, “Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial”, *Revista de Derecho Social*, Nº12, 2000, p. 35. En cita a la STC 3/83 de 25 de febrero.

<sup>855</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., p. 4.

<sup>856</sup> Como lo estableciera el Tribunal Constitucional español en la siempre citada STC 3/1981 de 2 de febrero. Así también lo desarrolla CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Constitución y proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lectura sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal – Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991, p. 61.

ofrecería la confrontación de la nueva Ley de Procedimiento Laboral (LPL)<sup>857</sup> con el modelo de Estado constitucional. Se trataría de verificar en qué medida dicha ley refleja las exigencias derivadas de este modelo (...). La Ley rituarial laboral no es desde luego una ley neutra ni neutra es la técnica procesal que instituye. Antes al contrario obedece a un mundo de fines y valores con el que se pretende plasmar resueltamente la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, por encima o al margen de las contradicciones, omisiones o desaciertos apreciables en ella”<sup>858</sup>. En materia laboral, se ha sostenido que el principio es un mandato dirigido a los poderes públicos y, como veremos, en un modo preponderante, al juez. Ello por razones de carácter principal, enlazadas a la formación misma del Derecho del Trabajo como rama autónoma, lo que no sólo “tiene lugar cuando se está en presencia de un todo de normas que regulan la prestación de trabajo sistemáticamente ordenadas de acuerdo a principios más o menos específicos, sino que exige, paralelamente, la creación de órganos y reglas propios de la resolución de los conflictos”<sup>859</sup>. Órganos, reglas sustantivas y procesales que tienen el mismo fin: la protección del trabajador, la cual “forma parte de la esencia del Derecho del Trabajo pero hoy, además, es una consecuencia del orden de valores que se expresa en la Constitución y que obliga a darles efectividad en el desarrollo de los litigios laborales.”<sup>860</sup>. Este análisis del ajuste de una ley procesal posterior a un cambio constitucional también se produjo en Italia y la conclusión fue que precisamente es la nueva Constitución de 1947 la que torna inadecuada, especialmente para el mundo del trabajo, desde su instauración en el artículo 1 como base del pacto social que consagraba, la indemnización de derechos económica, por estar colmada además la relación laboral de diversos derechos constitutivos de obligaciones de hacer y no hacer que operan durante su transcurso<sup>861</sup>.

<sup>857</sup> Refiriéndose a la Ley de Procedimiento Laboral española de 1989.

<sup>858</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Las claves de la reforma procesal laboral”, en la obra colectiva *Lecturas sobre...*, op. cit., p. 200.

<sup>859</sup> APARICIO TOVAR, Joaquín y RENTERO ROVER, Jesús, “El juez laboral, imparcial pero no neutral”, *Revista de Derecho Social*, N°4, 1998, p. 54.

<sup>860</sup> “En efecto, nuestra Constitución, como todas las de su entorno, no es neutra valorativamente hablando. Es decir, opta por unos valores frente a otros y ordena que todo el ordenamiento se oriente a esos valores, como hace tiempo dejó sentado el Tribunal Constitucional (STC 18/1981, de 15 de junio de 1981)”, APARICIO TOVAR, Joaquín y RENTERO ROVER, Jesús, “El juez laboral, imparcial pero no neutral”, op. cit., p. 55.

<sup>861</sup> A la aserción de que “todos los derechos cuyo goce está asegurado por obligaciones (originarias o derivadas) no susceptibles de ejecución forzada, pueden ser tutelados sólo por medio de la forma del equivalente monetario” aclara “esta monetización o mercantilización de los derechos de las obligaciones se le podía encontrar una cierta justificación bajo el vigor de una ley constitucional como el estatuto Albertino ‘el que reflejaba estructuras sociales basadas en la propiedad privada de los bienes de producción, proclamada y tutelada como bien sacro e inviolable’ ha perdido ciertamente cualquier posibilidad de justificación teórica bajo el vigor de la constitución republicana de 1947 la que pone como valores guía supremos del ordenamiento el trabajo y la persona; es el caso además, de recordar que el goce de las situaciones subjetivas de contenido o función no patrimonial está usualmente garantizado a través de obligaciones (usualmente de carácter continuado, de no hacer o de obligaciones de hacer infungibles: dada la característica de as situaciones subjetivas no patrimoniales se sigue la absoluta inidoneidad de ser satisfechas

El Derecho Procesal no es neutro ni técnico, y menos lo es ni lo pretende ser el Derecho Procesal Laboral. Puede que dentro de esta disciplina ello se haga evidente con mayor facilidad. Su autonomía del Derecho Procesal Civil no es sólo por la inadecuación de este último para dar respuesta a los problemas del trabajo, sino porque la norma procesal debe ser entendida desde la función protectora. “La doctrina ha señalado con reiteración que el proceso de trabajo es consecuencia directa de la inadaptación del proceso civil común para resolver adecuadamente los litigios de trabajo. Además, el fenómeno no se debe a una situación esporádica o accidental en función de las carencias actuales del proceso civil ordinario, sino al hecho de que el proceso de trabajo – respetando las reglas tradicionales de desarrollo del proceso civil dentro de un Estado de Derecho – se separa sustancialmente de éste último, en tanto gira ideológicamente en torno a un principio tuitivo de protección”<sup>862</sup>.

Sobre la jurisdicción laboral como primera manifestación de respuesta a las insuficiencias de la jurisdicción civil, es imprescindible la lectura de la reconstrucción histórica hecha por Juan Montero Aroca. “En síntesis creemos que puede afirmarse que el proceso civil español, cuyas notas más caracterizadas eran –y son- lentitud, carestía e ineficacia, no estaba preparado para hacer frente al creciente número de conflictos laborales que la incipiente era industrial iba a ocasionar. La creación de un proceso especial era inevitable”<sup>863</sup>. Es decir, para el autor son esas insuficiencias del proceso civil las que lo dejan sin armas para enfrentar el problema laboral, no una diferencia en las características del problema del trabajo. Es más, en ambos casos, civil y laboral, la parte sustantiva debe ser dejada a un lado para tratar el aspecto procesal, es así como se transforma en ciencia: “como ocurrió con el proceso civil, el laboral se desarrollará, científica y prácticamente, cuando se reconozca su autonomía frente al derecho material”<sup>864</sup>. El peligro que advierte

---

(adecuadamente) en la forma del equivalente monetario”, PROTO PISANI, Andrea, “Appunti sulla tutela di condanna”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año XXXII, N°3, Giuffrè, Milán, Italia, 1978, pp. 1119-1120-1133-1164-1165.

<sup>862</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Constitución y proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lectura sobre...*, op. cit., p. 61.

<sup>863</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Los tribunales del trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Universidad de Valencia. Secretaría de publicaciones, Valencia, España, 1976, pp. 17 y siguientes. Decidora es la cita que realiza a *Derecho procesal Civil*, año 1946, de Leonardo Prieto –Castro: “[n]uestra L.e.c [refiriéndose a la del año 1881] es más que de inspiración exageradamente liberal, individualista. El estado parece como si, en vez de afirmar en ella su autoridad, persigue contener el *dominium litis* de las partes por medio de una hipertrofia de formalismo. El legislador construyó, en gran medida, un proceso exclusivamente para beneficio de las partes (más exactamente: en ocasiones para la parte que quiera proceder de mala fe), olvidando los intereses de la Comunidad y del orden jurídico, como si fuera exclusivamente una institución privada. Hay preceptos de la L.e.c. en los que la técnica no puede ver otra cosa que medios para un tráfico procesal doloso, de alargamiento abusivo del proceso y mofa del litigante contrario”, Montero Aroca, Juan, *Los tribunales...*, op. cit., p. 17 nota 8.

<sup>864</sup> MONTERO AROCA, Juan, *El proceso Laboral*, Bosch, Barcelona, España, 1979, p. 15.

de no entender que el Derecho Procesal Laboral no es parte del Derecho sustantivo, es el “derrumbe de todo el edificio de la ciencia procesal”<sup>865</sup>.

Introduce, el citado autor, un matiz en su postura al exponer su devaluada percepción del Derecho del Trabajo. Reconoce el peligro de que los procesalistas olviden “la especial naturaleza de las relaciones materiales de trabajo”<sup>866</sup>. Este posible inconveniente puede transformarse en un problema mayúsculo, si se atiende a su visión sobre el Derecho del Trabajo como una transacción “entre individualismo y socialismo, concepción que considera al trabajador, en cierto modo, como un menor de edad intelectual, necesitado de tutela. De esta concepción, muy próxima a la ideología fascista, nacen en buena parte los principios informadores de esta rama jurídica”<sup>867</sup>.

Aclara, finalmente, que la suya no es una doctrina que conciba al Derecho Procesal “como instrumento técnico neutro, ni siquiera desde el punto de vista político”, siendo la técnica un “valor fundamental a la hora de la realización práctica de los fines, por cuanto puede facilitar, obstaculizar e incluso impedir la consecución de éstos. La importancia de los principios informadores del proceso ha conducido a su constitucionalización (...). El carácter político aparece más evidente en el proceso laboral, tanto por sus orígenes como por su situación actual. El proceso especial de trabajo históricamente no nació desde el convencimiento de la doctrina de la incorrección técnica del proceso civil, sino desde las pretensiones políticas y sociales de la clase trabajadora, insatisfecha ante los resultados del civil”<sup>868</sup>. Es decir, siendo consciente del factor político, es evidente que su lectura de las reivindicaciones del movimiento social de trabajadores, de sus productos en el ámbito del Derecho, anuncian las serias dificultades que tendrá el procesalista para interpretar y proponer una norma rituarial, que vehicule las pretensiones materiales. Por lo demás, debe recordarse, para darles un lugar adecuado, que las pretensiones científicas y que dieron la valorada, por Montero Aroca, autonomía a la ciencia procesal, responden a una intención precisa perteneciente a un momento determinado, que buscaba la “acreditación como realidad metahistórica de una categoría doctrinal, ‘el proceso’, que es en cambio un principio de organización del saber históricamente surgido de la doctrina alemana (hacia la mitad de ochocientos) y sucesivamente italiana (al inicio del novecientos)”<sup>869</sup>.

Es mirando a su origen histórico que encontramos - al describir las usuales tomas de postura con elencos de argumentos a favor y en contra y que en lo medular reproducen los debates reiteradamente señalados en este trabajo-, las parejas individual/colectivo; contractualismo/comunitarismo<sup>870</sup>.

<sup>865</sup> MONTERO AROCA, Juan, op. cit., p. 15.

<sup>866</sup> MONTERO AROCA, Juan, op. cit., p. 16.

<sup>867</sup> MONTERO AROCA, Juan, op. cit., p. 59.

<sup>868</sup> MONTERO AROCA, Juan, op. cit., p. 82.

<sup>869</sup> TARELLO, Giovanni, “Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile”, en *Dottrina del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, (Ricardo Guastini y Giorgio Rebuffa, directores), Il Mulino, Bologna, Italia, 1989, p.24.

<sup>870</sup> Ver capítulo II, sección III.A).



Así, dentro de lo que cabe afirmar algo como “planteamiento puro”, en la tradición napoleónica original<sup>871</sup> encontramos la tendencia a no contemplar procesos especiales, considerar la jurisdicción voluntaria como de carácter administrativo y no subordinar la admisión de la demanda a la aprobación del juez, lo que afirma medularmente corresponde a “la concepción según la cual la tutela judicial no es una graciosa concepción soberana, sino un servicio necesario dado por el Estado a los ciudadanos; cualquier privado encuentra tutela de sus afirmados derechos; la demanda judicial está en el absoluto dominio privado, que se la puede ‘jugar’ como quiera, para fines privados, también en modo temerario, también como instrumento de negociaciones privadas extrañas al proceso, también a costa de atascar las oficinas”<sup>872</sup>. Su más rígida distinción se encontraba entre el proceso penal y el civil, y concernía a “la estructura sociopolítica e incorporaba un particular conducirse, en aquella estructura, de la ideología de la igualdad formal: en la causa civil la igualdad formal de los ciudadanos traduciéndose en la formal igualdad de las partes, en la causa penal traduciéndose en la formal igualdad de cada imputado a cada otro hipotético imputado; en la causa civil realizándose la aplicación de un derecho con frecuencia dispositivo, en el cual el interés, propio de las partes iguales, está dirigido a la propia autonomía; en la causa penal al contrario realizándose la aplicación de un derecho obligatorio en relación al cual el interés público es preeminente al privado y donde falta la autonomía”<sup>873</sup>.

Ante esa bifrontalidad de las categorías, el Derecho del Trabajo se erige con su propio punto de referencia. “Si el reconocimiento de la autonomía privada de la voluntad y la diferenciación entre intereses públicos y privados es el punto de deslinde entre los principios informadores propios del proceso civil y aquellos otros del proceso penal, otro tanto podría decirse respecto a la cláusula del Estado Social en las pautas de diferenciación entre proceso civil y proceso laboral. Con ello no se quiere decir que la influencia de esta cláusula sobre las normas procesales se deje sentir exclusivamente sobre el proceso de trabajo, pero lo que sí sucede es que la desigualdad social surge más inmediatamente dentro de las relaciones que se desenvuelven en el mundo del trabajo, constituyendo el Derecho del Trabajo un adelanto histórico en la aplicación práctica de las consecuencias derivadas de la concepción del Estado Social”<sup>874</sup>.

Por su lado, es en la doctrina socialdemócrata de Menger donde se encuentra la que Tarello llama “una consideración muy vieja”<sup>875</sup>: “Menger, en un libro famoso, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*<sup>876</sup>, al expresar la constatación de que las instituciones judiciales son siempre, y tanto más cuanto más complejas y costosas,

<sup>871</sup> Cuya importancia es paradigmática si se vuelve a que “el proceso liberal del siglo XIX en la Europa continental está representado prácticamente por todas las codificaciones del proceso civil que existieron en el siglo pasado, a excepción de la austríaca de Klein. El más importante, desde el perfil histórico, sea porque es el primero sea por la extensión geográfica y la duración temporal de su vigencia, es sin duda el proceso napoléonico”, TARELLO, Giovanni, *Dottrina del processo civile...*, op. cit., p. 14.

<sup>872</sup> TARELLO, Giovanni, *Dottrina del processo civile...*, op. cit., pp. 15 y siguientes.

<sup>873</sup> TARELLO, Giovanni, *Dottrina del processo civile...*, op. cit., p. 16.

<sup>874</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El derecho del trabajador...*, op. cit., p. 95.

<sup>875</sup> TARELLO, Giovanni, *Dottrina del processo civile...*, op. cit., p. 18 nota 10.

<sup>876</sup> Escrita el año 1898, cuya traducción al castellano más estudio preliminar estuvo a cargo de Antonio Posada, con el título *El Derecho Civil y los pobres*, publicada por Comares, Granada, España, 1998.

instrumento de ulterior poder para quien ya es rico y poderoso (...) llamaba la atención sobre el proceso, dando voz entre otras cosas a la exigencia de que al juez (civil) se le confiaran poderes y encargado deberes de proveer, con su función directiva del proceso, a las deficiencias en la conducta procesal de la parte más pobre y en menor grado de valerse de los medios procesales”<sup>877</sup>. Postura, respecto de las instituciones procesales, que es calificada de “estatalista” y “estadólata”<sup>878</sup>.

Una última oposición total planteada entre la doctrina liberal y socialdemócrata también tiene repercusión en materia de reparaciones que se potencia, además, por ejercerse en sede laboral: el proceso civil, como proceso formal y autónomo del sustancial, irá tendiendo a dotar, sí, de poderes al juez, pero en un afán de ir dando economía al proceso, y no de interferir en las demandas de las partes, para llegar a una sentencia –cualquiera- que no tiene nada que ver con la verdad sustancial. En cambio, si bien con connotaciones autoritarias, las atribuciones de poder al juez buscan la obtención de esa verdad sustancial, a partir de la permanencia de un interés público en la resolución del conflicto y de actuación del derecho sustancial en el proceso<sup>879</sup>, que sin duda conecta más con la evolución de la rama jurídica laboral, tanto material como procesal, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin duda, en la búsqueda del complemento justo entre ambas visiones consagradas en cada ordenamiento, es que se mueven casi todas las polémicas importantes del Derecho.

Así, actualmente el debate más que dividirse entre autoritarismo y liberalismo, transita por la vinculación de los conceptos claves del Derecho Procesal con la democracia constitucional, siendo ésta especialmente estrecha e inserta dentro de un fenómeno general

---

<sup>877</sup> TARELLO, Giovanni, *Dottrina del processo civile...*, op. cit., pp. 18 y 19.

<sup>878</sup> TARELLO, Giovanni, *Dottrina del processo civile...*, op. cit., p. 19. Respecto de su seguidor, Klein, señaló: “[c]omo se ha apuntado, la influencia de las ideas de Menger fue reconocida por Franz Klein que, como ya se ha dicho, convertido en ministro de justicia, logró publicar la *Zivilprozessordnung* que entró en vigor el 1º de enero de 1898; un código de procedimiento efectivamente nuevo y original, obra personal, que mutó el panorama de las instituciones europeas continentales. A la ilustración, a la clarificación, a la defensa de la propia reforma, Klein dedicó después el resto de su vida. Conducta típica del reformador austriaco fue la de considerar las instituciones procesales como el aspecto de la organización jurídica que más respecta e incorpora las fuerzas espirituales de un pueblo: ‘se nos revela’ –él escribe- ‘que el escuálido, árido, descuidado proceso se encuentra en la más estrecha conexión con las corrientes espirituales de los pueblos, y sus diversas conformaciones deben ser puestas entre los documentos culturales más importantes’”, TARELLO, Giovanni, “L’opera di Giuseppe Chiovenda”, en *Dottrina del proceso...*, op. cit., pp. 132-133. Como se puede apreciar, acercamiento semejante al que en materia laboral sostenía Gierke quien también exhorta a un espíritu del pueblo.

<sup>879</sup> TARELLO, Giovanni, *Dottrina del processo civile...*, op. cit., pp. 42-43. Una crítica a Tarello fue efectuada en su hora por Andrea Proto Pisani, quien señalaba que dentro de su interpretación de las ideas de Chiovenda, donde Tarello veía autoritarismo, lo que existía era la voluntad de que el proceso, por medio de sus instrumentos y técnicas, diera a quien tenía un derecho, en el máximo grado posible, todo aquello y precisamente a lo que tenía derecho de conseguir, PROTO PISANI, Andrea, op. cit., p. 1126, nota 37 bis.

de constitucionalización del Derecho<sup>880</sup>. Y se logra con mayor naturalidad en el sector específico del proceso laboral, una vez más, en virtud del principio de protección que la rige. Rojas Rivero, en crítica directa a las ideas de Montero Aroca sobre el proceso laboral como una especialidad dentro del proceso civil, explica y relaciona: “[e]sta idea reduccionista del proceso del trabajo, convertido en un nuevo apéndice del proceso civil y que se justifica por razones de patología orgánica o procesal, carece de todo razonable fundamento. La existencia de un proceso de trabajo cuenta con plena cobertura constitucional, es la mejor respuesta del Estado de Social de Derecho”. Pero especifica que este “fenómeno no se debe a una situación esporádica o accidental en función de las carencias del proceso civil ordinario, sino al hecho de que el proceso del trabajo—respetando las reglas tradicionales de desarrollo del proceso civil dentro de un Estado de derecho— se separa sustancialmente de este último, en tanto que gira ideológicamente en torno a un principio tuitivo de protección”<sup>881</sup>.

En otro orden de ideas, la constitucionalización tensa en lo que toca al papel de los jueces en la democracia, dentro del esquema operado por el principio de separación de poderes, que se plasma en su sometimiento al imperio de la Ley<sup>882</sup>. El cuestionamiento surge por su carácter contra-mayoritario<sup>883</sup> y de falta de legitimidad democrática por su modo de nombramiento en que no incide la votación popular, en oposición a lo que sucede con los otros poderes (Ejecutivo y Legislativo). Y que adquiere su punto máximo en casos de interés público, pero que se suele descuidar plácidamente en las prácticas cotidianas de los tribunales. Como se ha explicado, este problema de la interferencia de poderes, se vuelve realmente incómodo en un tipo de casos. “Ahora se habla de la judicialización de los conflictos políticos. Si bien es cierto que en el origen del Estado moderno el sector judicial es un poder político -órgano de soberanía-, sin embargo sólo se asume públicamente como poder político en la medida que interfiere con otros poderes públicos. O sea, la política judicial, que es una característica matricial del Estado moderno, sólo se afirma como política del sector judicial cuando se enfrenta en su terreno con otras fuentes del poder político. De ahí que la *judicialización* de los conflictos políticos no pueda dejar de traducirse en la politización del sistema judicial (...). No es la primera vez que este

---

<sup>880</sup> Esto se constata en que, junto con el derecho a la igualdad el derecho a la tutela judicial efectiva es el que más concentra la labora del Tribunal Constitucional español, ROJAS RIVERO, Gloria, *El derecho del trabajador...*, op. cit., p. 34.

<sup>881</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El derecho del trabajador...*, op. cit., pp. 91-92.

<sup>882</sup> En España consagrado en el mandato del artículo 117.1 CE. Cruz Villalón, en materia procesal laboral, destaca que a propósito del principio dispositivo, que es uno de los menos afectado se ha visto por el cambio constitucional, lo que no explica en el carácter científico del Derecho procesal, sino que esta circunstancia “es posible que se deba al hecho de que el modelo socio – económico no se ha visto alterado sustancialmente con el cambio político (...). El Tribunal Constitucional rara vez se ha referido al principio dispositivo y justamente cuando lo ha hecho ha sido para señalar la posibilidad de que el legislador establezca límites a las facultades de las partes derivadas del presente principio, justificando la necesidad de atender a otros valores y bienes jurídicos constitucionalizados”, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Constitución y proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lectura sobre...*, op. cit., p. 53.

<sup>883</sup> Para profundizar en la “objeción contra- mayoritaria”, puede consultarse PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales...*, op. cit., p. 89.

fenómeno ocurre, pero ahora se presenta de un modo diferente y por razones diferentes. Siempre que se presenta este fenómeno se hacen tres preguntas sobre los jueces: acerca de su legitimidad, acerca de su capacidad y acerca de su independencia. La pregunta sobre su legitimidad sólo se hace en regímenes democráticos y se refiere a la formación de la voluntad de la mayoría por vía de la representación política obtenida electoralmente. Debido a que en la gran mayoría de los casos los magistrados no son elegidos, se cuestiona el contenido democrático de la intervención judicial, siempre que ésta interfiera con el poder legislativo o ejecutivo”<sup>884</sup>.

Sin embargo, la pregunta surge en y es inherente a los sistemas democráticos.

Un planteamiento novedoso, entonces, es el de que focaliza como objetivo principal del principio de separación de poderes, y como evolución desde su origen histórico, el preservar la independencia de los jueces. En este sentido la Corte Interamericana ha manifestado “que uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. Los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que: ‘La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura’”<sup>885</sup>.

Es esta característica la que, en el contexto actual, puede explicar el realce que ha tenido su función. Como destaca Ferrajoli, es esa independencia la que le ha brindado renovada legitimidad democrática, unida al hecho que se han transformado en los garantes de los derechos fundamentales. Es esa independencia la que le permite cumplir con la lectura constitucional del Derecho y en caso de contradicción, denunciarla. Y ello porque dicha

---

<sup>884</sup> SOUSA, Boaventura de, *Sociología Jurídica Crítica*, Trotta, Madrid, España, 2009, p.83.

<sup>885</sup> Sentencia Tribunal Constitucional versus Perú, párrafo 73. Se trata de un caso interesante, en que se debió considerar el modo en que los Poderes del Estado se controlan entre sí, ya que se trataba de la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional vía juicio político por parte del Congreso, luego de que éstos votaran en contra de la constitucionalidad de la Ley 26.657 del año 1996, de carácter interpretativo de la Constitución, que permitía ir por su tercera reelección al Presidente Fujimori. La CIDH sostuvo que “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.” Caso Tribunal Constitucional versus Perú. Fondo, Reparaciones y costas, párrafo 71, sentencia de 21 de enero de 2001.

Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_55\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.pdf)

[fecha de la visita 24 de julio de 2011].

tarea no tiene que ver con asuntos entregados a las mayorías. “Esta legitimación no tiene nada que ver con la democracia política, ligada a la representación. No deriva de la voluntad de la mayoría. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado ‘democracia sustancial’”<sup>886</sup>.

Una respuesta cercana a la recién expuesta es la que, constatado que la legitimidad democrática no puede provenir de la fuente que posibilita su acceso, podrá emanar de “las exigencias que la sociedad demanda de sus jueces, en la calidad de la respuesta que la ciudadanía espera de ellos cuando les somete el enjuiciamiento de un determinado conflicto (...) orientación que podría sintetizarse afirmando que los jueces se encontrarán democráticamente legitimados, aun de manera muy indirecta, cuando desempeñen la potestad jurisdiccional de manera independiente (o no interesada o contaminada), pronta o eficaz (pues, como suele decirse con todo fundamento, una justicia tardía no es justicia); y, sobre todo, con escrupuloso apego a la legalidad vigente”<sup>887</sup>. Nuevamente, estas son claves de la función del juez laboral, en cumplimiento del mandato de igualdad del artículo 24 de la Constitución y “que se produce en una coincidencia positiva de tres factores que son básicos: el humano, el temporal y el del coste” pues “medidas igualitarias se han mantenido históricamente desde la Ley de Tribunales Industriales de 1908. En el momento actual aparecen urgidas por el mandato que impone a los Poderes Públicos (sin ninguna excepción) el artículo 9.2 CE”<sup>888</sup>.

En suma, ya no se trata de “mera” legalidad: implica sujeción a la Constitución. Es aquí donde los derechos fundamentales operaron un cambio general en la relación entre juez y legalidad. “En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos en las mismas”<sup>889</sup>.

Esta idea: la garantía como principal tarea de la jurisdicción, será la rectora de las reflexiones en torno a la ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer contenidas en un

---

<sup>886</sup> FERRAJOLI, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Revista Jueces para la democracia*, N° 16-17, 1992, p. 66.

<sup>887</sup> “Tanto material como procesal (esto es, con sometimiento absoluto al imperio de la ley, que, ésta sí, es el producto esencial que generan los representantes de la soberanía popular en los distintos parlamentos), GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Constitución y Derecho Procesal”, op. cit., p. 50.

<sup>888</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El derecho del trabajador...*, op. cit., pp. 53-101.

<sup>889</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 27. Para Ferrajoli, esto significa, en suma, que el juez debe interpretar conforme a la Constitución y, en el caso de resultar incompatible por un contraste “insanable”, denunciar la inconstitucionalidad, pero nunca una sujeción de tipo acrítica e incondicionada.

fallo condenatorio, los requerimientos procesales para un ajustado cumplimiento compulsivo y, con cierto énfasis, el papel del juez dentro de este procedimiento, en que, como ya se explicara, se matiza la tradicional contradicción entre “conocimiento y ejecución”<sup>890</sup> que, explicado en términos muy simples, sueña predicar que “[e]l proceso, como instrumento que las sociedades modernas utilizan para la solución de conflictos sociales, adopta una fase cognitiva, en la que se da certeza al derecho controvertido; y una fase ejecutiva, que persigue la *efectividad* del derecho ya establecido”<sup>891</sup>.

### **III. Las fórmulas de ejecución de obligaciones de hacer y no hacer dirigidas al cumplimiento de la sentencia “en sus propios términos”.**

Partiendo de esa premisa, que se desarrolla a continuación, se repasarán en las siguientes páginas algunos tópicos, elegidos por ser los de mayor repercusión en lo que ha sido el desarrollo y comprensión de la ejecución de obligaciones distintas a dar una suma de dinero. Primero, se explicarán y cuestionarán las categorías (in)fungibilidad/ (in)coercibilidad, demostrando cómo sirvieron para confundir y frenar el desarrollo de la ejecución que no tuviera por objeto la entrega de una suma de dinero. A continuación, se despeja el hecho que la construcción doctrinal sobre la coercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer se hizo desde la teoría de las obligaciones, por lo que no es adecuada para plantear un modelo de ejecución para las reparaciones no monetarias en derechos fundamentales.

En cuanto al papel del juez, se vuelve sobre algo que se ha venido apuntando a lo largo de todo este trabajo: resulta ineludible que la atribución de la competencia para modelar las medidas de reparación signifique una ampliación de sus deberes y de sus poderes, pues debe delinear la medida pero además deberá desplegar actividad cognoscitiva para valorar que el cumplimiento sea satisfactorio o no al deber que impone la sentencia condenatoria y, en caso de inobservancia, definir las medidas ejecutivas idóneas.

Se explicará y definirá la ejecución directa, por expropiación o por subrogación de un tercero a costa del deudor; e indirecta, entendida en términos muy generales como la que comprende las medidas cuyo fin explícito sea incidir en la voluntad del ejecutado contumaz para que actúe conforme a su obligación jurídica. Finalmente, se repasarán las distintas medidas que han sido postuladas como coerciones indirectas, hasta llegar a la sanción penal como norma de cierre, planteando qué medidas se ajustan más a la coerción indirecta, cuáles responden a un uso excesivo de la noción y cuáles admiten críticas desde el punto de vista de las libertades individuales.

---

<sup>890</sup> Se plantea que éste es más bien un “aparente contrasentido” y se puede hablar de un contencioso en la ejecución, incluso sin tener en mente el problema de las obligaciones de hacer y de no hacer: “[p]iénsese en los casos donde el deudor apremiado se opone al despacho de la ejecución como un todo (p. ej: arguye prescripción de la acción ejecutiva o pago de la deuda con posterioridad a la confección del título) o se opone a un acto concreto ejecutivo (p. ej.: rechaza un embargo de salarios o pensiones por encima de los topes legales). La discusión de esta manera reviste carácter lógico, y está precisada de un tratamiento cognitivo”, RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “La incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la ejecución laboral”, *Revista de Derecho Social* N°10, Bormarzo, Albacete, España, 2000, pp. 15-16.

<sup>891</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *La ejecución de sentencias en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Bomarzo, Albacete, España, 2012, p. 7.

**A) Los binomios (in)fungibilidad/ (in)coercibilidad. Los resabios del brocardo *nemo praecise ad factum cogi potest* (nadie puede ser obligado a la ejecución personal de un hecho).**

**a) Dudosa lectura histórica.**

A partir del Código Civil napoleónico, modelo de gran parte de los códigos civiles de referencia de esta tesis<sup>892</sup>, se concluyó que la coercibilidad directa es aplicable a las obligaciones de hacer fungibles y la coercibilidad indirecta a las obligaciones de hacer infungibles<sup>893</sup>. La fungibilidad, en este caso, es sobre la obligación, y remite a la posibilidad de que sea reemplazada por el pago de una suma de dinero.

Para Lanfranco Ferroni, no hay una interpretación unívoca sobre el problema en el Derecho Romano, ya que, para algunos, como el romanista inglés Kelly, la infungibilidad/incoercibilidad tenía una connotación clasista, “la *condemnatio pecuniaria* tenía el sólo fin de favorecer, en una sociedad en la que el dinero constituía el bien máximamente deseable, la concentración del dinero en las manos de pocos tenedores, llegándose a afirmar que la fungibilidad constituye un privilegio de los *beati possidentes* también en la expropiación forzada y en la ejecución en forma específica”<sup>894</sup>. Sin embargo, para este autor no es algo que emerja claramente de los pasajes citados en que se basa Kelly<sup>895</sup>. Varias son las líneas

---

<sup>892</sup> Me refiero a los Códigos rituarios de España, Italia y Chile. Michele Taruffo señalaba y reflexionaba sobre este enorme influjo de la legislación napoleónica: “[c]omo es sabido, fuera del área de influencia del modelo germánico, un número notable de ordenamientos de *civil law*, desde Italia a Bélgica, a España y a los países de América Latina, por varios acontecimientos históricos se inspiraron en el modelo francés, en general y específicamente en lo referido a la tutela de los derechos en sede ejecutiva. Este complejo fenómeno no puede obviamente ser analizado en detalle, pero vaya subrayado un carácter fundamental. Consiste en el hecho que la recepción del modelo francés sucedió esencialmente sobre la base del modelo normativo, o sea teniendo en la mira las normas del código civil y de procedimiento civil de la época napoleónica. Ello ha producido dos consecuencias relevantes: la primera consiste en la recepción de las formas de ejecución disciplinadas por el *code de procédure civile*, o sea esencialmente la ejecución por expropiación de las obligaciones de pagar una suma de dinero. La segunda consiste en la falta de recepción de aquello que los códigos no contenían (porque se ha tratado ampliamente [...] de una creación exclusivamente jurisprudencial, o sea, la *astreinte* como técnica de ejecución indirecta de las obligaciones de hacer”, preguntándose por qué no se adoptó también ésta que fue la norma de cierre del sistema de tutela ejecutiva francés, consignando que pese a ser un problema histórico de gran interés, en este texto citado sólo podía señalarlo pero no explicarlo, TARUFFO, Michele, “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°1, 1988, pp. 170 -171.

<sup>893</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *L’attuazione degli obblighi ...*, op. cit., p. 9.

<sup>894</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 43.

<sup>895</sup>“Numerio Negido no tiene dinero en medida suficiente para pagar su deuda: y entonces será el recabo conseguido con la venta forzada de sus bienes, si los posee, que realiza la satisfacción de Aulo Agerio. En este caso la fungibilidad, entendida como sustituibilidad de unas cosas con otras, es una prerrogativa sólo

críticas de Ferroni, pero una de las principales es la que atañe a que el valor clasista del principio *nemo ad factum praecisa cogi potest* y de la *condemnatio pecunia* pueda encontrarse en las fuentes romana. Señala que la interpretación de estas fuentes queda como una de las operaciones más difíciles y oscuras del procedimiento<sup>896</sup> “tanto que diametralmente opuestas son las conclusiones a las que han llegado los estudiosos. En particular, mientras según algunos la *condemnatio pecuniaria* sería expresión de un ordenamiento capitalista que privilegiaría al demandado en cuanto que simplemente pagando se libera de cualquier obligación, otros consideran que la pena pecuniaria se volvería a favor del actor para el que, en una sociedad prevalecientemente agrícola, el bien más deseable estaría constituido, dada su rareza, por el dinero. Ambas conclusiones, como es fácil notar, dan la errada sensación de que en el derecho romano no se le diese relevancia alguna al momento teleológico de la relación, del cumplimiento *in natura*.”<sup>897</sup>

Esto sería desmentido primero, porque “parte de la doctrina romanista, de hecho, revisando sus propias posiciones, llegó a redimensionar grandemente la función del *unus iudex*, allí donde afirma que tenía una jurisdicción extremadamente limitada, fuera de las causas pecuniarias, y, donde reconoce que los *recuperatores* y los *centumviri* tenían la posibilidad de adoptar instrumentos de coerción para la actuación de los proveídos emanados. El campo de aplicación de la *condemnatio pecuniaria* resulta así extremadamente limitado”<sup>898</sup>.

Como segundo argumento, la relevancia del momento teleológico en las relaciones obligatorias en el Derecho Romano se advertiría en la presencia “de formas particulares de ejecución en forma específica en el campo de los derechos reales, hereditarios y familiares”<sup>899</sup>. Puntualizando además que “la intervención del órgano jurisdiccional se limitaba a la fase de cognición; la ejecutiva era en cambio demandada al mismo acreedor y en ella la intervención del magistrado se volvía necesaria sólo cuando el obligado hubiese opuesto resistencia o hubiese perturbado en algún modo la ejecución”<sup>900</sup>.

Todo lo anterior se debe comprender en el marco de la última razón para desmitificar la falta de importancia de la ejecución *in natura* en Roma, que tiene que ver con el elemento cultural: “en la sociedad romana existían valores éticos y morales fuertemente sentidos y

---

desde el punto de vista de quien la recibe, es decir, del acomodado, mientras el intimado, que debería haber pagado espontáneamente, no aprovecha tal alivio: entonces se demuestra dónde van a parar las ventajas de la fungibilidad’. Y todavía, las partes (el habiente en los vestidos del reconvenido, el no habiente en los del actor) ‘[] se obtiene la confirmación que el motivo ‘real’ del surgimiento de la expropiación forzada depende siempre de una infungibilidad de algún tipo, entendida como imposibilidad de sustituir según la propia comodidad las cosas debidas con otras. Estando, de hecho, a disposición del deudor que tiene dinero en medida mayor a la suma de su deuda, él puede cumplir espontáneamente a la obligación y no surge el problema de hacer intervenir la tutela ejecutiva”, FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 44, en cita a Pedrazzoli, en *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*.

<sup>896</sup> Citando a Chiarloni en *Misure coercitive e tutela dei diritti*, y Wegner, en *Istituzioni di procedura civile romana*, FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 46.

<sup>897</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 46.

<sup>898</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 47.

<sup>899</sup> Basándose en Ziebarth, *Die Reale execution und die obligation*; y, Gandolfi, *Contributi allo studio del processo interdittale romano*, FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 47.

<sup>900</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 48.



capaces de ‘introyectar’ en la conciencia la convicción de que la observancia de las obligaciones asumidas fuese uno de los fundamentos del vivir asociado”<sup>901</sup>.

Ferroni indica que lo que las fuentes quieren significar es difícilmente comprensible, y que debe tenerse en cuenta que, generalmente, la lectura “se mueve, ante todo, de la preconcebida convicción que a las figuras de acreedor y deudor, actor y demandado, deban siempre y como sea corresponder aquellas del habiente y no habiente, del pobre y del rico”<sup>902</sup>. Agregando que para este planteamiento “conflictos entre sujetos iguales, incluso desde el perfil de la fuerza o la debilidad económica, no interesan, como si no existieran. Y, en todo caso, se termina por configurar como desventaja para el actor (acreedor no habiente) el hecho de poder obtener el exacto cumplimiento del requerido (deudor habiente), y parecería al contrario considerarse ventajoso para el actor (acreedor habiente) el hecho de poder conseguir la utilidad que se le debe también con la expropiación forzada que, por otro lado, podría ser expedida infructuosamente, dado que el deudor- reconvenido incumplidor es un no habiente. Quizás podrá considerarse simplista la conclusión, pero en las ejemplificaciones reportadas por la doctrina que se examina el concepto de fungibilidad parece aventajar la posición del no habiente, al menos en las hipótesis de las obligaciones no originariamente pecuniarias”<sup>903</sup>.

Ésta es la principal línea crítica de Ferroni al laboralismo: el que al centrarse el debate italiano en la obligación de reincorporación del trabajador (del artículo 18 del Statuto dei Lavoratori)<sup>904</sup>, peca por generalización, es decir, por extraer conclusiones generales en

---

<sup>901</sup> En cita a Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 44. Este elemento de análisis es relevante en el estudio de Ferroni, para quien no son trasplantables sin más, soluciones comparadas. Lo reitera, por ejemplo, al analizar la *injunction*. Esta postura, como se explicará, es contra argumentada por TARUFFO, quien señala que no se trata de buscar recetas exprés en el Derecho comparado, ni tampoco es un debate sobre los artículos 18 del Statuto dei Lavoratori y 612 del Codice di Procedura Civile sino sobre el papel del juez en el sistema: lo que el legislador deja para sí y lo que le encomienda al juez y principalmente, sobre la búsqueda de la tutela adecuada para una serie de “nuevos derechos” que no son “monetizables” entre los cuales mencionaba desde derechos civiles, tutela del medioambiente, problemas de desagregación racial, familia, relaciones de trabajo, penitenciarios hasta la revisión de las circunscripciones electorales, “L’attuazione...”, op. cit., pp. 143 y siguientes. Sobre la *injunction* en particular destacaba que “se trata, como es sabido, de una orden de hacer (*mandatory*) o de no hacer o cesar un comportamiento (*prohibitory*), que puede tener una naturaleza cautelar o final, pero que tiene la preeminente característica de adaptarse, en su específico contenido, a cualquier situación necesitada de tutela”, “L’attuazione...”, op. cit., p. 146.

<sup>902</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 48.

<sup>903</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., pp. 44-45.

<sup>904</sup> Se refiere a la figura de la Ley 300 de 1970, que antes de la reforma de la Ley N°92 de 2012, obligaba a la reincorporación de todo trabajador despedido “sin justa causa o justificado motivo” en empresas de más de quince dependientes o cinco si se trataba de empresas agrícolas. Impugnado el despido y una vez reconocida la ilegitimidad del acto de despido, el juez debía decretar la reincorporación en el mismo puesto de trabajo que se ocupaba antes del despido y el pago de los salarios no percibidos. Salvo que el trabajador optara por aceptar el pago de una indemnización de quince mensualidades equivalentes a la última remuneración o una

base a un tipo de obligación. Lo anterior, además, es consecuencia del pecado de especialización: la obligación que se transforma en parámetro pertenece a una rama específica del Derecho, la del Trabajo<sup>905</sup>.

Reforzando lo expuesto, pero haciéndose cargo de la realidad laboral, en que éstas posiciones fijas son la base del razonamiento, señala que “análogas consideraciones sobre el valor clasista de la contraposición fungibilidad–infungibilidad son desarrolladas con respecto a la ejecución específica de las obligaciones de hacer. Para verificar el carácter discriminatorio de la contraposición, se procede nuevamente con el sistema de relevamiento que tenga cuenta de los sujetos reales a los que incumbe la contraposición. La elección de los sujetos reales recae sobre el trabajador subordinado y el empleador. Que, con respecto a la concreta relación que existe entre estos sujetos, se pueda convenir, con el autor que se critica, sobre el hecho que la contraposición fungibilidad-infungibilidad, por la diversa posición económica y de poder de los sujetos considerados, que puede operar a total ventaja de la parte económicamente más fuerte, es indudable. Pero es igualmente indudable que las obligaciones de hacer no se agotan en aquéllas previstas en la relación de trabajo subordinado. Es demasiado restringido y unilateral el punto de vista que se mueve,

---

indemnización que iba en aumento de acuerdo a su antigüedad en el servicio. Después de la reforma de 2012, se pasó a distinguir tres tipos de despido. El primer grupo es el de aquellos actos extintivos que son declarados nulos, los cuales imperativamente deben significar la readmisión del trabajador y el resarcimiento económico integral (todos los salarios perdidos y contribuciones no pagadas). La ley establece tres supuestos: el discriminatorio, aquél determinado por motivos de pensamiento político o creencia religiosa, pertenencia a un sindicato, participación en huelgas u otras actividades sindicales; por el sexo, la edad, pertenencia étnica u orientación sexual. El despido verbal y el despido coetáneo al matrimonio o a la paternidad o maternidad. El segundo tipo es el del despido disciplinar, en caso de no acreditarse la causal o que el juez estime que corresponde una sanción menos gravosa, en tal caso la ley entrega la elección al juez entre ordenar la readmisión o una indemnización que va de 12 a 24 mensualidades, sin pago de las contribuciones, graduable de acuerdo a la antigüedad del trabajador, dimensiones de la empresa y conducta de las partes. El tercer grupo es el despido económico al no se verificarse en juicio la causa, cuya sanción es una indemnización que va de 12 a 24 mensualidades, sin pago de las contribuciones, y graduable en los términos recién descritos. Siempre existiendo la posibilidad que se califique la conducta empresarial como “carente de todo motivo plausible” caso en el cual el despido es nulo y apareja las consecuencias del primer grupo (readmisión y pago todos los salarios perdidos y contribuciones no pagadas).

<sup>905</sup> Sin embargo, el artículo 18 del Statuto dei Lavoratori fue el motor del debate sobre la ejecución de las obligaciones de hacer, pues era una norma surgida en armonía con el orden constitucional que fundaba a la República italiana en el trabajo, contenedora de una serie de bienes nuevos que no se satisfacen con la compensación económica sino con la garantía del ejercicio del derecho. Además este artículo, por todas las características señaladas fue totalmente expresivo de “la vanificación” de la orden contenida en una sentencia que lo aplicara, y lo mismo respecto del artículo 28 del Statuto dei Lavoratori (represión de la conducta antisindical), al no poder cumplirse a causa de problemas procesales, ver TARUFFO, Michele, “Problemi in tema di esecuzione della condanna alla reintegrazione de lavoratore”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura Civile*, 1976, p. 789-799.

para verificar el valor y alcance discriminador de un principio jurídico (y no sólo político-económico) que es el de la (in)fungibilidad”<sup>906</sup>.

Es así como llega al Código Civil napoleónico. En este punto nuevamente, y como suele suceder en torno a la valoración del diseño de dicho cuerpo normativo, se contraponen dos lecturas y tomas de posición en torno a la libertad individual. Para Ferroni, corresponde a una opción en contra de formas de sumisión entre particulares: “el principio *nemo ad factum praecisa cogi potest*, el que, como se ha demostrado, no tiene un valor político discriminatorio ni siquiera en la experiencia jurídica romana, asume en épocas sucesivas un significado bien preciso y diametralmente opuesto a aquél que recientemente se ha intentado atribuirle. Codificado en el artículo 1142 *Códe Napoléon*, tal principio lejos de tener un significado lógico naturalístico, traduce en cambio en términos positivos una precisa opción de valor. Es decir, quiere significar, la definitiva toma de posición en contra de todos aquéllos instrumentos de coacción al cumplimiento que golpeen directamente a la persona del deudor y la elección de las medidas que golpeen en cambio su patrimonio. En la revolución francesa culmina todo un proceso de liberación del sistema feudal, que conocía, en cambio, innumerables instrumentos de coacción incidentes directamente sobre la persona del deudor, los cuales terminaban por reducir al sujeto no habiente en un estado de total sumisión respecto de un habiente. En ésta fase histórica los instrumentos de coacción indirecta sobre la persona (hoy tan deseados) eran verdaderamente la expresión de un privilegio de los *beati possidentes*”<sup>907</sup>.

Efectivamente, en el Derecho Medieval se aprecia una amplia tutela de las obligaciones de hacer mediante ejecución indirecta o coacción<sup>908</sup>. Pero no sólo respecto de éstas, la

---

<sup>906</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., 49.

<sup>907</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., 49. Para una lectura que rescata el momento histórico de la Revolución Francesa, en el sentido de contradecir su reducción a una revolución burguesa, perdiendo de vista su sentido revolucionario encarnado en su “fuerte componente popular, el que explica su papel decisivo en la expansión del concepto de democracia y de la idea de derechos humanos universalizable, proveniente del iusnaturalismo revolucionario tardomedieval”, ver PISARELLO, Gerardo, *Un largo...*, op. cit., pp. 15-16-74-82-87 y 105. Sostiene que lo que sucede actualmente con la democracia, entre otras cosas, es que tiene una proyección defectuosa en el mundo del trabajo, barrios y escuela, lo que a su vez se explica que el poder de decisión de los Estados debe ser pesado a la luz de ciertos datos. “¿Qué significado tienen, en efecto, expresiones como soberanía popular o ‘un hombre, un voto’ cuando sólo veintiún Estados tienen un PIB más alto que algunas de las seis primeras grandes empresas transnacionales? ¿Qué gobierno de mayorías puede aspirar al nombre de tal cuando decisiones básicas sobre la vida cotidiana dependen de minorías de sin legitimidad representativa alguna, como los grandes organismos financieros, ciertas instancias supuestamente ‘técnicas’, como los bancos centrales las agencias de calificación de deudas? ¿Qué valor exacto adquiere el derecho formal a votar cuando se vive en condiciones de precariedad laboral o existencial, el acceso a los medios de comunicación es limitado o inexistente, y los principales partidos políticos están fuertemente subordinados a oligarquías financieras libres de todo control?”, op. cit., pp. 14 y 15.

<sup>908</sup> BORRÉ, Giuseppe, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Eugenio Jovene, Nápoles, Italia, 1966, p. 10.

coerción procedía para la ejecución de todo tipo de obligaciones<sup>909</sup>. Tal configuración responde tanto al hecho de pertenecer a una sociedad de castas como, y esto es un punto importante porque constituye un elemento constante en el análisis de la ejecución indirecta, por tutelar el prestigio de la jurisdicción. “Otro componente característico del fenómeno de la ejecución indirecta en el derecho medieval es dada por la finalidad de garantizar el prestigio de la jurisdicción, que sería mermada por la obstinada inobservancia de la orden del juez. Principio, éste, que no fue del todo extraño al derecho romano, y que encontrará, como veremos, una larga aplicación en el derecho anglosajón, constituyendo la base de toda una corriente de ejecución compulsoria”<sup>910</sup>.

#### **b) De la protección a la voluntad libre del brocardo a la fundamentación de la medida igual de valoración para todos los bienes de la economía capitalista.**

De manera que, reconociéndose el valor de lo que fue el término de privilegios que tenían una acusada presencia en las relaciones de servicio y de la protección que buscó dar a la

---

<sup>909</sup> Sólo una evolución posterior en Alemania (S XVIII) restringe la coerción a las obligaciones de hacer y de no hacer, contemporánea al asentamiento en Francia del *nemo ad factum cogi potest*, CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive e...*, op. cit., p. 70. Para Chiarloni sólo una especie de “germanofilia” o sentimiento de inferioridad inexplicable lleva a mirar el sistema germano, pues éste le parece atrasado en relación a la evolución francesa. “Al inicio del setecientos Alemania todavía estaba postrada por las consecuencias de las guerras religiosas de los siglos XVI y XVII, en particular por la guerra de los treinta años, que retardaron el desarrollo económico y cultural de dos siglos buenos. La destrucción de las guerras, los saqueos metódicos de los ejércitos mercenarios, en gran parte extranjeros, las carestías y sobre todo las epidemias habían reducido la población a cerca de la mitad. En 1648, el tratado de Westfalia trituro el Imperio en un mosaico de 234 estaditos, pero habían cerca de 1500 unidades territoriales dotadas de amplios poderes jurisdiccionales (...). Bien se entiende cómo, en condiciones de este tipo, los vínculos de dependencia personal típicos del sistema señorial hayan podido sobrevivir espléndidamente por mucho tiempo más que en Francia, donde por sobre todo no se olvida la función antifeudal del absolutismo centralizador de la monarquía (...) en lugar de la simple fragmentación feudal entró en Alemania un feudalismo transformado en sentido moderno, a obra de pequeños príncipes que perpetuaron la división”, CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive...*, op. cit., pp. 75-76, nota 88.

<sup>910</sup> BORRÉ, Giuseppe, *Esecuzione forzata...* op. cit., p. 12. Determina como su principal manifestación y reparación en el *Contemp of Court*, op. cit., p.34.

voluntad libre de quien servía<sup>911</sup>, y no obstante su origen en la búsqueda de protección de un sujeto subordinado, cuyo fundamento se encuentra en el desequilibrio de poder entre éste y la parte que impone el contenido obligacional, fue tomado por el Derecho burgués y sellado por el valor de la igualdad formal: el resarcimiento de los daños concebido como la obligación de indemnizar por medio de dar una suma de dinero, que se consagra en todos los códigos civiles tributarios del artículo 1.142 del Código Civil francés de 1804 y la incoercibilidad de las obligaciones de hacer. Todo lo cual se ha explicado en los siguientes términos: “[n]o sería errado ver en el artículo 1.142 del Código de Napoleón – según el cual toda obligación de hacer y de no hacer se resuelve en pérdidas y daños en caso de incumplimiento del deudor– el reflejo de los principios de libertad y de defensa de la personalidad, propios del iusnaturalismo y del racionalismo iluminista. Así, no hay cómo negar que, frente al derecho liberal, hay una relación entre la incoercibilidad de las obligaciones y la preservación de la ‘libertad del hombre’. No se puede dejar de percibir que, dentro de la lógica del liberalismo, hay también un nexo entre la tutela por equivalente y los principios de la abstracción de las personas y de los bienes”<sup>912</sup>.

Defensa de la personalidad y abstracción de las personas y los bienes, la clave está en que en su desarrollo posterior también adquiere las notas propias de la economía liberal y se vuelve funcional a ésta. “La sanción pecuniaria tendría la función de ‘igualar’ los bienes y las necesidades pues, si todo es igual, inclusive los bienes- los cuales pueden ser transformados en dinero- no existiría motivo para pensar en una tutela específica (...). Las pérdidas y daños o la tutela por equivalente serían necesarios no sólo para mantener el dogma de la ‘neutralidad’ del juez, sino también para mantener en funcionamiento los mecanismos de mercado. Es que en el ‘mercado’ poco importan las cualidades del sujeto o las de los bienes, de manera que la tutela pecuniaria, al expresar sólo el costo económico del valor de la lesión. Siendo el principio de igualdad formal imprescindible para el mantenimiento de la libertad y del buen funcionamiento del mercado, no hay cabida para una forma de tutela que tome en consideración determinados intereses socialmente relevantes o para una forma de ‘tutela jurisdiccional diferenciada’, que revele la necesidad de conferir ‘tratamiento diferenciado’ a las diferentes situaciones y posiciones sociales. Sin embargo, es interesante percibir que lo que igualaba a las necesidades, en tal caso, no era la forma procesal (procedimiento), sino la tutela jurisdiccional – por equivalente o por pérdidas y daños- que era otorgado al lesionado. A partir de esta forma de tutela, perfecta dentro de la lógica del derecho liberal, el procedimiento e, inclusive, la sentencia, fueron

---

<sup>911</sup> “Esta regla de origen bajomedieval (el principio es extraído de la Magna Glosa de Accursio realizada al Digesto 42, 1, 13 parágrafo 1º), surge en un ámbito socio cultural muy determinado: como reacción frente a numerosas obligaciones que los siervos debían cumplir a favor de sus señores. Su finalidad era salvaguardar la libertad y dignidad personales, incluso aunque se desobedeciera el contenido de la sentencia. De todas formas, ya en derecho romano indirectamente se tenía en cuenta este principio pues la ejecución procesal de la época clásica es ordinariamente patrimonial y no personal, es decir, que el incumplimiento de la condena por el deudor significaba su transformación en una condena dineraria. El principio fue íntegramente recogido por el codificador napoleónico (art. 1142 del Código civil francés), quien estableció que ‘toda obligación de hacer y de no hacer se resuelve en la de indemnizar los daños y perjuicios en caso de no ejecución por parte del deudor’, PARDO IRANZO, Virginia, *Ejecución de sentencias...*, op. cit., pp. 297 y 298.

<sup>912</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional...*, op. cit., p. 51.

diseñados”<sup>913</sup>. Esta explicación es la argumentada, en una obra clave sobre la materia, por Mazzamuto, para quien todos los elementos de discusión sobre el origen, méritos y deméritos de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer, apunta a cómo esta ideología burguesa engarzó con lo que luego se constituyó como economía capitalista<sup>914</sup>.

Tal ideología buscó encontrar su raíz en el Derecho Romano, para beneficiarse de su característica de ser una “admirable expresión de la lógica aplicada agudamente a las relaciones de la vida”<sup>915</sup>. Sin embargo, esta adscripción al Derecho Romano de la conciencia “de la imposibilidad, en términos naturalísticos, de ‘obligar directamente a alguien a hacer o no hacer una determinada cosa’ (...) está bien lejos de agotar la compleja trama de significados que el dogma de la incoercibilidad está llamada a desarrollar en la prosecución del desarrollo histórico”<sup>916</sup>. Esta postulada proveniencia romana del principio de la incoercibilidad tiene una dificultad importante, ya que prescinde de contextualizar la explicación de por qué la coacción de las obligaciones de hacer tenía un carácter marginal, y esa explicación es “reconducible a otros factores estructurales. Se muestra evidente, de hecho, que un sistema económico – social caracterizado por la esclavitud y por el correlativo desarrollo del proceso de producción dentro del esquema de la propiedad de la fuerza trabajo, la coacción al *facere*, en relación a la tipología más densa de *facere* (las prestaciones de trabajo), está ya resuelta en los términos de una coerción material y no jurídica y queda, por tanto, generalmente, excluida de la esfera de los justiciables”<sup>917</sup>.

Debe tenerse en cuenta que, para el Derecho Romano, esa imposibilidad “naturalista” de coercibilidad “es la regla para cualquier prestación, sea ella de dar o de hacer”<sup>918</sup>. Es sólo con el progresivo afirmarse de la economía de mercado, que comienza a elaborarse una diferenciación entre entrega de la cosa al comprador y obligación de hacer. “El surgir de la temática de la coerción directa al *facere* en el terreno de la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida se explica entonces con la exigencia de determinar, ante la presencia de la incipiente recuperación mercantil y a causa de la no aceptación de una eficacia traslativa del consenso, un instrumento idóneo para garantizar análogamente el desarrollo de los tráficos. Es así como la obligación de *tradere* la cosa vendida es subsumida dentro del esquema conceptual del *facere* y viene postulada como excepción al principio general, la coercibilidad directa”<sup>919</sup>.

Otro concepto clave ligado a la materia es el de la infungibilidad, organizándose en binomios fungible/coercible e infungible/incoercible, doctrina inspiradora del Código Napoleónico, pero que por inercia transformó la infungibilidad, “producto típico de la abstracción conceptual (y para nada mencionada en la normativa que regula la ejecución procesal directa) [en] una suerte de obstáculo insuperable”, que luego derivó a considerar

<sup>913</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional...* op. cit., p. 53.

<sup>914</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, Italia, 1978, pp. 26 y siguientes.

<sup>915</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli...*, op. cit., p. 18 en cita a Ferrara.

<sup>916</sup> Ibidem.

<sup>917</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi ...*, op. cit., p. 19 nota 8, en cita a Pietro Barcellona.

<sup>918</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi ...*, op. cit., p. 19.

<sup>919</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi*, op. cit., p. 22

que la coercibilidad directa es aplicable a las obligaciones de hacer fungibles y la coercibilidad indirecta a las obligaciones de hacer infungibles<sup>920</sup>.

Todas las clasificaciones son susceptibles de ser revisadas, porque prescinden de analizar en los casos concretos qué obligaciones de hacer y no hacer son efectivamente personales y no ejecutables por subrogación, a la luz de una relectura del elemento personal de la relación laboral. Dicho de otro modo y llevado a las reparaciones no monetarias: definir qué medidas son a tal punto personales para el obligado que no pudieran cumplirse por terceros, lo cual permitirá proponer formas adecuadas de ejecución, inspiradas en el principio que las obligaciones deben cumplirse en sus propios términos.

Debe aclararse también que, al día de hoy y aplicados a las reparaciones no monetarias, no subsisten estos rasgos que las hacían objeto de crítica: no pretenden sancionar al infractor en el sentido de retribuirle un daño –como ya se dijera el contenido aflictivo es secundario y mucho menos tiene connotaciones infamantes<sup>921</sup>- sino que se vuelven imprescindibles porque están al servicio de la única forma de ejecución idónea para la reparación no monetaria, es decir, que las medidas logren desplegar las funciones para las que fueron creadas, dentro de una relación en que es la parte débil la que ejerce derechos contra la más fuerte.

Tampoco se centran en la sola satisfacción del acreedor, y, en esto, algo percibía Ferroni, pues, al construir su modelo, diseñaba un esquema en que los apremios pecuniarios, únicas coerciones que admitía, se reservaban para aquéllos casos en que se involucrara el interés público. Por esto, no lo consideraba aplicable para la reincorporación al puesto de trabajo del artículo 18 del Statuto dei Lavoratori y sí para el artículo 28 en que se sanciona la conducta antisindical. La regla general es que el resarcimiento económico es adecuado y armónico con el ordenamiento jurídico y con el contexto social<sup>922</sup>. La *ratio* de la excepción que admitía a la política legislativa afirmaba “reside en la particular naturaleza de las situaciones sustanciales a tutelar, a la que subyacen intereses supraindividuales y de relevancia constitucional, que reclaman el cumplimiento *in natura* y refutan la lógica misma de la tutela resarcitoria”. El centro del asunto es el interés “supraindividual”, no considerándose idóneo el cumplimiento en sus propios términos para intereses individuales, incluso si de carácter constitucional como la garantía del puesto de trabajo<sup>923</sup>. No obstante, la garantía del puesto es reducida y hecha equivalente a interés “netamente patrimonial” y ese análisis se confronta con el desarrollo expuesto sobre la “ciudadanía en la empresa”<sup>924</sup>. Visto lo cual, la encrucijada de lo individual y lo colectivo siempre ha sido

---

<sup>920</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi ...*, op. cit., p. 9.

<sup>921</sup> Argumento que utiliza FERRONI respecto de las propuestas de la época sobre la coerción indirecta atribuyéndole un carácter regresivo en relación a la evolución social, *Obblighi di fare...*, op. cit., p.15

<sup>922</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 53. Opinión exactamente contraria sobre el tema a la de PROTO PISANI, Andrea, “Appunti sulla tutela di condanna”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año XXXII, N°3, Giuffrè, Milán, Italia, 1978, pp. 1119-1120-1133-1164-1165; y TARUFFO, Michele, “L'attuazione...”, op. cit., pp. 143 y siguientes. Todos razonando varias décadas después de la entrada en vigencia de la misma Constitución.

<sup>923</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 283.

<sup>924</sup> Como es sabido, la estabilidad en el empleo se transforma en uno de los pilares de la protección laboral y contenido esencial del derecho al trabajo. Esto se aprecia claramente en el esquema que plantea Bartolomé Ríos Salmerón, quien divide por fases “la problemática ejecutiva del despido ilícito” considerando la

un criterio de análisis, y el trabajo que se hace cada vez es redefinir qué se entiende por una cosa y otra en cada época<sup>925</sup>.

Es por ello que Ferroni, como se verá más adelante, descarta la aplicación del instrumento penal, porque está concibiendo directamente la privación de libertad y en ello se hace heredero de la tradición liberal. Sin embargo, a uno de sus pilares argumentativos se le

---

irrupción de este elemento. “En el terreno teórico cabría diferenciar soluciones varias, acogidas en más de una legislación occidental. Así: - Un primer estadio, en que prima el dogma de la incoercibilidad de las condenas de hacer entre ellas readmitir al despedido, la reparación tiene lugar por equivalente: el obrero pierde ciertamente su puesto y a cambio recibe una indemnización dineraria. - Un segundo estadio, al que trasciende el principio de estabilidad en el empleo, donde se busca una reparación específica: la readmisión efectiva del trabajador”, “Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido”, RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Número monográfico Estudios sobre el despido. Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar*, N°19, Madrid, España, 1996, p.111.

<sup>925</sup> Como se extrae del prólogo de Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ a la obra de Tascón. Retrata este contexto -la tensión dialéctica entre libertad e interés ajeno, incluido el de la comunidad-, con una célebre frase de Yago en el drama de Shakespeare: “no hay mejor forma de defraudar que satisfacer compensando, pues sólo se satisface a medias”, más aún, y según resume de manera magnífica Heidegger en *Ser y Tiempo*, la dimensión otorgada por los Estado europeos- occidentales al valor liberal, ha tenido la virtud de elevar al individuo a una esfera tal de privilegio que reclama, urgentemente, contrapesar el *ego decidendi- ultimo* con las aspiraciones del *ego- recibiendo primario*”, “*La ejecución de las obligaciones...*”, op. cit., p. XIX.



nota el paso del tiempo treinta años después, al sostener que las relaciones privadas no deben ser objeto de coerciones<sup>926</sup>.

Más allá de lo que concretamente haya sucedido en el Derecho Romano -considerando que ésta es una voz demasiado extensa también para designar algo homogéneo-, sentar que el cumplimiento de las obligaciones como fueron establecidas dependa de aspectos culturales, refuerza el argumento de esta tesis, en orden a que las reparaciones no monetarias cumplen los requisitos para recibirla, en tanto son un tipo de obligaciones de hacer o no hacer, que nacen con la sentencia condenatoria, y que además se insertan dentro de una controversia sobre derechos fundamentales, los que aspiran a regir dentro del ámbito laboral.

En ese sentido, el contexto no es ni el que pueda predicarse de Roma, ni del Derecho Medieval del que surge el *brocardo*, ni el revolucionario francés. El énfasis no se encuentra en lograr la liberación de un vínculo jurídico<sup>927</sup> ni en resguardar la autoridad de

---

<sup>926</sup> “Pero el criterio propuesto para evitar los daños que una aplicación generalizada del artículo 650 código penal podría en la práctica comportar, se presenta demasiado vago y genérico, y termina por reponer la aplicación de la sanción a una valoración discrecional del juez, y ello, sobre todo si se considera que podría tratarse de una medida restrictiva de la libertad personal como es el arresto, no puede admitirse en el ámbito de decisiones relativas a controversias entre privados”, FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, p. 238. Esta postura negativa a las coerciones en las relaciones privadas, antes la había ilustrado con un ejemplo sensible para el laboralismo: el uso que se dio al artículo 700 del Codice di procedura italiano, el que “primero a tutela de los trabajadores, ha terminado por retorcerse contra los mismos, cuando luego, invocado por los empleadores, sirvió también para declarar ilegítimas particulares formas de agitación sindical convocadas en los períodos de renovación contractual”, op. cit., 52. Pero el problema del argumento de la generalización y especialización es precisamente ese, que no comparte que las figuras laborales responden a una lógica y a principios propios que extraen sus reglas generales desde ese sustrato y no del Derecho común, que en el fondo implica sostener una amplia autonomía conceptual del Derecho del Trabajo. Como ya se dijo, para Taruffo el error del razonamiento es otro: analizar la bondad o maldad de los instrumentos en sí mismos y no ver que ello es reflejo de los fines a los cuales sirvan y si éstos son compartidos o no. “Las críticas a la figura del *contempt* parecen destinadas a quedar como ‘a cry in the wind’. Es verdad, como recientemente ha subrayado Chiarloni, que el instrumento *injunction/contempt* puede ser, ha sido, usado como poderosa arma de defensa de valores regresivos en el ámbito de los conflictos colectivos, pero ésta no parece ser una buena razón para criticar o rechazar tales instrumentos en sí. Su eficacia particularmente intensa puede de hecho ser vista como un mal, si el instrumento viene empleado en la tutela de valores que no se comparten, y puede ser en cambio vista como un bien si empleados en la tutela de valores que se comparten. Pero todo ello no atinge, de nuevo, al instrumento coercitivo en sí considerado, sino al diverso-aunque conexo- discurso de la individualización de las situaciones que se consideran merecedoras de eficaz tutela ejecutiva, “L’attuazione...”, op. cit., p. 152.

<sup>927</sup> Pese a la controversia sobre cómo regulaba este problema el Derecho Romano, para CHIARLONI la liberación del deudor era el objetivo final, no así el cumplimiento del contenido económico preciso de la obligación, *Misure coercitive...* op. cit., p. 4. Por lo que debe reiterarse que este razonamiento no es ajustado a las reparaciones no monetarias porque no es la ejecución de una obligación emanada del acuerdo surgido en

un poder del Estado. Se trata de una clase de derechos que experimenta la anexión de un nuevo tipo de consecuencias jurídicas para lograr su futuro cumplimiento en el decurso de la relación laboral. Los derechos fundamentales son el foco a partir del cual se generaliza una teoría respecto a los fundamentos, fines y formas de eficacia.

## **B) Construcción de la fungibilidad e infungibilidad desde la teoría de las obligaciones.**

Las definiciones de la fungibilidad e infungibilidad y de sus categorías asociadas provienen de la teoría de las obligaciones<sup>928</sup>. Atendiendo a “la naturaleza de la prestación”, el Código Civil distingue entre obligaciones de dar, hacer y no hacer (artículo 1088), para disciplinarlas como categorías y regular sus efectos<sup>929</sup>.

En ese esquema, el desarrollo mayor lo tuvieron las obligaciones de dar<sup>930</sup>. Por lo mismo, la subcategoría: fungible-infungible, surge al alero de éstas. “Cabe distinguir, en primer lugar, entre obligaciones de hacer fungibles o no personalísimas e infungibles o personalísimas. La idea de infungibilidad, sin embargo, nace en el seno de la teoría general referida a las cosas que constituyen el objeto de la entrega prestacional en las obligaciones de dar, por lo cual fueron estrechamente relacionadas a las genéricas, es decir, aquéllas en las cuales la prestación viene definida precisamente en atención al género”<sup>931</sup>.

Traspasada la clasificación a las obligaciones de hacer, en especial, a efectos de la regulación de su ejecución, se pudo establecer “que si la obligación es fungible el acreedor podrá siempre lograr la satisfacción *in natura* de su interés a través de la ejecución sustitutoria directa a cargo de un tercero y a costa del obligado; en cambio, si la prestación es infungible y el deudor se niega a cumplir; aun cuando su voluntad pueda haber sido compelida durante cierto tiempo a través de apremios pecuniarios u otras medidas de coerción indirecta, la satisfacción vendrá dada por la mera indemnización de daños y perjuicios”<sup>932</sup>.

De lo expuesto, surge el vínculo de la fungibilidad con la sustituibilidad, pero ligada a la posibilidad o no de que el deudor pueda ser reemplazado eficazmente en el cumplimiento de la obligación, en los términos que fue contraída. Por ello es que una diferenciación imprescindible es la de lo que fungibilidad signifique para la teoría de las obligaciones y lo que se entienda por ella dentro del proceso de ejecución. “En el ámbito de la doctrina civil más reciente el método adoptado para la redefinición del concepto de fungibilidad y de infungibilidad y para la determinación del elemento al que referirlo, si por un lado ha contribuido en forma distinguida a desanclar la calificación del concepto mismo de la lógica propia de la teoría de los bienes (en la que se inspiró la doctrina tradicional y que la condujo a calificar una cosa fungible o infungible según la base de valoración económica y naturalista, prescindiendo de la función que la cosa misma está destinada a desarrollar en la concreta relación jurídica en la que se inserta), por otro lado no parece haber proporcionado ningún elemento útil para la solución del problema que aquí interesa, puesto

---

la autonomía privada sino condenas judiciales a consecuencia de la vulneración de derechos de la más alta jerarquía normativa.

<sup>928</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., pp. 28 y siguientes.

<sup>929</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p. 29.

<sup>930</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.30.

<sup>931</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.31

<sup>932</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.32.

que pasado un primer examen de los criterios propuestos para la calificación se tiene la impresión que nos hemos movido únicamente en la lógica interna de la relación obligatoria, sin valorar las repercusiones que pueda tener la calificación en términos de fungibilidad e infungibilidad de una obligación en el momento patológico del incumplimiento, por tanto, en sede procesal”<sup>933</sup>.

Es que esta no distinción entre lo sustantivo y lo procesal; el origen del desarrollo teórico a partir de las obligaciones de dar, y la subcategoría de dar algo genérico o específico, es ostensible en el tratamiento normativo. Se aprecia en que las medidas de hacer tienden a equipararse con el construir o destruir<sup>934</sup>. Todavía dentro de la teoría de las obligaciones se encuentra atender a la necesidad de verificar si a la hora de contratar, fueron relevantes o no, las características personales del deudor, condicionando a su vez el modo en que se logrará la satisfacción del acreedor, porque, de no pesar esas características personales, en tal caso podría ser cometido a un tercero<sup>935</sup>.

### **C) Distinciones dentro de la obligación de no hacer. La evolución de la orden de cese de las conductas lesivas de derechos fundamentales.**

Las obligaciones de no hacer son preliminarmente entendidas como deberes de omisión: “desde este punto de vista, ‘se caracteriza por la atribución del calificativo de jurídicamente prohibido a un acto inicialmente lícito’”<sup>936</sup>. La subclasificación de interés es la de obligación *in non faciendo*: mera abstención o simple inactividad, y, obligaciones *in patiendo*, que consisten en tolerar o consentir la conducta del acreedor, a la cual podría negarse de no existir ningún compromiso al efecto<sup>937</sup>.

La doctrina ha tendido a considerar unánimemente que las obligaciones de no hacer son infungibles o personalísimas: “nadie puede suplir la falta de inactividad exigida ni abstenerse por otros”<sup>938</sup>. Las repercusiones de ésta configuración son de “indudable trascendencia en el plano de la ejecución forzosa, pues como resulta sencillo colegir, no cabe ningún medio de ejecución procesal directa o por sustitución encaminada a la realización por tercero a costa del deudor (art. 1099 CC)”. Pese a lo cual, “de no observarse la omisión debida la solución consistirá, además de en acudir a la vía de la compensación de daños y perjuicios, en que el órgano judicial decrete, como medida

---

<sup>933</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 56, 61 y siguientes. Ferroni, señala que “en línea de máxima, y salvo ulteriores especificaciones, se puede afirmar que la prestación es infungible, precluyendo así la posibilidad de expedir la ejecución en forma específica, cuando la ejecución personal de la prestación de parte del deudor sea necesaria e indispensable para a satisfacción del interés crediticio”, op. cit., p. 168.

<sup>934</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 24.

<sup>935</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.34.

<sup>936</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.37, en cita a Borrel Soler, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*.

<sup>937</sup> Ejemplo de aquéllas, el deber de no concurrir con la actividad empresarial, artículo 5, d) ET, de éstas las del artículo 8.2, a) y c) LOLS, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.38.

<sup>938</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.38, en cita a Egusquiza Balmaseda, María A., *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*. Puede apreciarse que la obligación de readmisión, participa de ambas categorías, amén de aquéllas de hacer, para el empleador.

indirecta de ejecución forzosa, al destrucción de ‘lo mal hecho’ contraviniendo el tenor de la obligación”<sup>939</sup>.

Esta conexión indiscutida entre el “no hacer” y la infungibilidad debe ser mirada con atención respecto de la orden de cese, ya que ésta se compone además de la exigencia de conductas activas y omisivas. El que se considere “personalísimo e infungible” ha llevado, como se explicó en Chile, a propósito del caso Starbucks, y en España, como ha sido expuesto por Tascón, a que la ley ni siquiera mencione cuál es su forma de ejecución. En circunstancias, que puede considerarse la orden “eje” de la reparación en una sentencia condenatoria por vulneración de derechos fundamentales<sup>940</sup>. Lo anterior lleva a que su ejecución deba ser reconstruida a partir de las normas de la ley rituarial laboral, con la aplicación del apremio del artículo 241.2 LRJS, y de remisión procesal civil (en que la LEC contempla apremios para que se deshaga, cuando lo esencial es que se deje de hacer) y sustantiva civil, aplicándose las reglas del artículo 1099 del Código civil<sup>941</sup>. El problema que nuevamente queda a la vista es que se trata de figuras que han ido adquiriendo importancia central sin que legislativamente se haya elaborado un aparato procesal adecuado, y faltando ello, no se puede hablar de tutela judicial efectiva sólo porque se logre dar con normas que solventen el vacío de fondo<sup>942</sup>.

Esta evolución de la orden de cese hasta transformarse en el mandato primero de sentencias fuertemente expresivas del deber de protección del Estado, que no se fundan en la producción de un daño sino que previenen su verificación<sup>943</sup>, ha llevado a que alguna doctrina plantee una nueva categoría para la clasificación de las sentencias. Éstas serán “sentencias mandamentales” del Derecho brasileño, que rompen la conexión entre

<sup>939</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.39.

<sup>940</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer...*, op. cit., pp. 76, nota 219, 186-187.

<sup>941</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones de hacer...*, op. cit., pp. 38-136-137.

<sup>942</sup> “Para que seja assegurada a tutela jurisdiccional de uma determinada situação de vantagem, não é suficiente que seja previamente disposto um procedimento qualquer, mas é necessário que o titular da situação de vantagem violada, ou ameaça dade violação, tenha ao seu dispor um procedimento estruturado de modo a lhe poder fornecer uma tutela efetiva, não meramente formal ou abstrata, do seu direito”, MARINONI, Luiz Guilherme, “A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer)”, *Revista Forense*, v. 93, n. 338, Rio de Janeiro, Brasil, 1997. Disponible en: <http://estagiariodedireito.br.tripod.com/html/Artigos/tutelaantecipatoria.htm>

<sup>943</sup> “Lo más interesante, ante esta absoluta novedad – comprensible en vista de que estos tipos de tutela se mostraron necesarios recientemente-, son las sentencias relacionadas a la práctica de actos contrarios al derecho que no hayan producido daños. Como el acto contrario al derecho siempre ha estado vinculado al daño – incluso éste fue visto como algo necesario para el surgimiento del ilícito civil -, se consideró que la sentencia posterior al ilícito sería siempre una sentencia destinada al resarcimiento del daño y, por lo tanto, una sentencia condenatoria”, MARINONI, Luiz Guilherme, “La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos en el Derecho brasileño”, *Revista uruguaya de Derecho Procesal*, N°2, Montevideo, Uruguay, 2003, p. 9.

Disponible en: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18235-18236-1-PB.pdf>

sentencia condenatoria y correlativos medios de ejecución fijados por ley<sup>944</sup>. “Tales sentencias [mandamentales] se clasificaban así porque, al declarar la ilegitimidad de propiedad del demandado, alteraban la línea discriminatoria de las esferas jurídicas, dejando claro que, para la realización del derecho, sería apenas necesario transferirle al actor algo que estaba ilegítimamente en el patrimonio del reo. Como la recuperación de la cosa, o la de poner en posesión, exigían apenas esa transferencia, no dependiendo de ningún acto del reo, se entendía que sólo bastaba para la realización de la tutela, apenas la práctica de los actos ejecutivos que dependían de la expedición de mandatos, que ya estarían autorizados en la sentencia”<sup>945</sup>.

El fundamento se encuentra en el deber de protección del Estado de determinados bienes. En términos generales, se ha dicho que, de un lado, “la reparación constituye una tutela contra el daño y puede asumir dos formas para su prestación, toda vez que la tutela resarcitoria puede ser concedida en dinero o en forma específica”<sup>946</sup>, pero, de otro, se agrega una función preventiva<sup>947</sup>, debido a la constatación de que “actualmente, frente a la transformación del Estado, la tipificación de conductas contrarias al derecho también constituye una consecuencia del deber de protección del Estado en relación con determinados bienes y situaciones imprescindibles para una justa organización social”<sup>948</sup>. Lo que ocurre es que “las nuevas funciones asumidas por el Estado, como especialmente el deber de protección, le obligaron a la edición de reglas legales de prohibición de conductas, como, por ejemplo la prohibición de colocar a la venta un producto con determinado contenido. La mera exposición a la venta, aunque constituya acto prohibido por la ley, no constituye ilícito apenas al producir daño, puesto que en realidad el daño es la consecuencia meramente eventual del acto contrario al Derecho”<sup>949</sup>.

Es aquí donde se vuelve bastante innovadora e ilustrativa de un caso de redefinición de los ámbitos prohibidos a la acción coercitiva del Estado en base a la autonomía de la voluntad del deudor - y nótese, a nivel legal y no sólo de propuesta doctrinal- ya que si el mandato está en la sentencia, lo que se modifica es el modo en que opera el cumplimiento forzoso. “Para la realización de la tutela resarcitoria la sentencia depende de la *declaración del daño* (ilícito dañoso) y de la *práctica del acto por el reo* (resarcimiento en la forma específica) o de la *retirada de algo que está legítimamente en su patrimonio* (resarcimiento por el equivalente monetario), al paso que, para la aplicación de la tutela de remoción del ilícito (por ej., la relativa a la colocación a la venta de productos nocivos), es suficiente *declarar que el reo cometió acto contrario al derecho* (ilícito no-dañoso), ya que eso *autoriza* la expedición del mandato ejecutivo, exactamente porque *la ejecución no depende* de algo que precisa realizar el reo. En otras palabras: si la sentencia declaró que un

<sup>944</sup> Que surgen a propósito de las particularidades de determinados procedimientos especiales como el interdicto prohibitivo, MARINONI, Luiz Guilherme, “La ruptura del principio...”, op. cit., p. 6.

<sup>945</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, “La ruptura del principio...”, op. cit., p. 9.

<sup>946</sup> MARINONI, Luiz, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Palestra editores, Lima, Perú, 2007, p. 63.

<sup>947</sup> Que, como veremos, sólo excluiríamos en relación a la sanción penal, dado su fin retributivo y de más grave consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico para el evento de su infracción.

<sup>948</sup> MARINONI, Luiz, *Derecho fundamental...* op. cit., p. 64. El profesor cita como ejemplos las normas de protección a la salud, de protección al consumidor o de protección al medio ambiente.

<sup>949</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, “La ruptura del principio...”, op. cit., p. 9.

producto no puede venderse, *no existe razón para condenar al reo a retirarlo del mercado*. Basta la expedición de un mandato de busca y aprehensión, una vez que no hay motivo para esperar algún acto del reo. La sentencia dirigida a posibilitar la exclusión del ilícito no puede compararse a la condenatoria por el simple hecho que se destina a suministrar forma de tutela que, para hacerla efectiva, *depende apenas de la declaración del acto contrario al derecho, suficiente para autorizar la expedición del mandato ejecutivo*. Tal sentencia, que ni tan siquiera se podría admitir en la época en que la condenación fue concebida, tiene relación con los nuevos derechos y, por ello, se recubre de fuerza ejecutiva para asistirlos satisfactoriamente, inversamente a la condenatoria, que apenas daba oportunidad para que el vencedor requiriera, en el caso de incumplimiento el uso de la fuerza del Estado<sup>950</sup>.

Ese amplio poder de ejecución, que se le confiere al juez, tiene como objetivo darle *mayor flexibilidad* para la concesión de la providencia y del medio ejecutivo que sea, al mismo tiempo, realmente capaz de darle tutela al derecho e implique la menor restricción posible a la esfera jurídica del reo<sup>951</sup>. Será controlable vía principio de proporcionalidad, pero partirá de un elenco de medidas posibles que el juez adjudicará al caso concreto.

Dejando este ejemplo como punto de evolución legal que más se ha alejado de los planteamientos tradicionales, y volviendo al esquema que existe tanto en la ley chilena como española, se debe apuntar que desde el punto de vista de las obligaciones, se suele entender que una obligación de no hacer incumplida marca la imposibilidad, desde ese momento, del cumplimiento. En cambio, la solución planteada “resulta de todo punto insatisfactoria desde la perspectiva de la ejecución forzosa, pues vedaría de raíz la alternativa de adoptar medidas de ejecución indirectas para conseguir el cumplimiento *in natura* de la prestación (...). La doctrina procesal, más pragmática al efecto, presta a las obligaciones de no hacer un tratamiento semejante ‘al fijado para el de los quehaceres personalísimos’, y, en consecuencia, concluye que deberá llevarla a efecto en la mejor forma posible y usando todas las medidas necesarias al efecto, sin plantearse la cuestión – puramente teórica- de si ha sido ya desconocida de manera total y definitiva”<sup>952</sup>.

La ejecución, en rigor, nace a partir del incumplimiento de la obligación de no hacer, por lo que, para visualizar su adecuada ejecución, es útil distinguir entre obligaciones de no hacer “de tracto único o instantáneas (en las cuales el no-hacer queda referido a una situación concreta), duraderas o de tracto continuado (en las cuales el no-hacer ha de ser mantenido durante un cierto lapso de tiempo) y periódicas o de tracto sucesivo (en las cuales el no hacer ha de ser observado a intervalos periódicos de tiempo). Cuando de obligaciones negativas de tracto continuado se trate – no, evidentemente las instantáneas, respecto de las cuales lo único aconsejable sería la destrucción de lo indebidamente realizado -, dada su prolongación en el tiempo, bien podría resultar que, a pesar de haber sido desconocidas inicialmente, el acreedor conservare su interés en mantener la omisión durante el período restante”<sup>953</sup>.

Por lo tanto, el deslinde entre qué es exactamente un no hacer en una sentencia condenatoria, definir si perdura o no el interés por esa abstención, o si se debe ordenar deshacer lo mal hecho, o el caso de una orden de cese que además es un mandato hacia el futuro de no repetir la actividad lesiva y que también debe ser tratada en forma

<sup>950</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, “La ruptura del principio...”, op. cit., p. 10.

<sup>951</sup> MARINONI, Luis Guilherme, “La ruptura del principio de tipicidad...”, op. cit., pp.24-25.

<sup>952</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.40.

<sup>953</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.40.

contextualizada al caso, son actividad jurisdiccional que deberá estar provista de medidas de ejecución respectivas<sup>954</sup>.

#### **D) Actividad jurisdiccional como elemento imprescindible para la ejecución de las condenas no dinerarias.**

La cantidad de matices que se han planteado para valorar la forma adecuada de ejecución de obligaciones: directa o indirecta, por equivalente o en sus propios términos, sumado al caso en estudio - obligaciones cuya fuente es una sentencia condenatoria-, hacen evidente que requieren actividad jurisdiccional, sin que quepa el debate sobre si podría considerarse como actividad administrativa<sup>955</sup>. “En el derecho español la ejecución (no el cumplimiento) tiene siempre naturaleza jurisdiccional. En otros países podrá tratarse de actividad administrativa, pero en España el art. 117.3 CE la integra en la función jurisdiccional y se

---

<sup>954</sup> En ese sentido es interesante la opción del Código de Procedimiento Civil brasileño que pone a disposición del juez para que dé tutela específica, que es lo que corresponderá salvo que la parte pida la transformación a equivalente, respecto de hacer, no hacer y dar una cosa distinta a una suma de dinero, un catálogo amplio de medidas que podrán controlarse a través del principio de proporcionalidad “Artículo 461: §4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, MARINONI, Luiz Guilherme, “La ruptura del principio de tipicidad...”, op. cit., p.

<sup>955</sup> En este sentido, es interesante el planteamiento del informe *Bases para la reforma al sistema de elección en el proceso laboral* presentado en mayo de 2013, ASTUDILLO, Omar; CABALLERO, Rodolfo; CHAIT, Christian; CORVERA, Diego; CUADRA, Alejandra; DÍAZ, Paola; FLORES, Álvaro; PÉREZ, Álvaro; REYES, Natalie; ROSSEL, Ariel; SARIEGO, Paulina; VERGARA, Mónica, *Bases para la reforma al sistema de elección en el proceso laboral*, grupo de trabajo conformado por jueces y algunos centros de estudio, al Poder Ejecutivo, para promover una reforma en la materia. Como ya se señalara, sostienen preferir que sea el juez que dictó sentencia el encargado de ejecutarla (nótese que razonando exclusivamente sobre la ejecución dineraria), al explicar que “el tribunal haga cumplir sus propias sentencias, tiene varias ventajas. En primer lugar se recuperan algunos de los principios perdidos con la división competencial, como es la oralidad y la inmediación. Existe un mayor compromiso del juez con la decisión, quien tiene un cabal conocimiento del caso, lo que permite resolver los incidentes con mayor facilidad y evitar problemas como los denunciados a propósito de omisiones u errores en la sentencia. A su vez, se facilita y promueve el uso de cautelares, pues el juez a cargo de sustanciar el juicio deberá prever su ejecución en el mismo tribunal”, op. cit., p. 12, pero precisando que la ley debe asignar a otros funcionarios judiciales todo lo que sea “de mero trámite”, “reservando su intervención para los incidentes”, op. cit., p. 13.

procede a la misma por medio de un verdadero proceso”<sup>956</sup>. Sin embargo, doctrinalmente se pone en duda, amparándose en precedentes romanos que negaban la “naturaleza jurisdiccional a la ejecución debido a que en un principio la jurisdicción se caracterizaba sólo por la nota de *auctoritas* (verdad socialmente aceptada y reconocida) pero carecía de *potestas* (fuerza vinculante o de coerción), pero con la evolución progresiva se puso el acento en la *potestas* y así el proceso dejó de dividirse en dos fases atribuidas cada una a un órgano distinto, la primera a un Juez y la segunda a un *pretor* que gozaba de poder de obligar”<sup>957</sup>.

Esta última perspectiva se ve alimentada por otro tipo de consideraciones sobre la fase ejecutiva. “Es indudable, en primer lugar, que estamos ante una actividad con dos partes, con lo que se rechazan las posturas doctrinales que han hablado de proceso sin partes o con una única parte, porque en estos casos no existiría proceso sino una mera actividad administrativa. En nuestro proceso siempre existe un ejecutante y un ejecutado, por lo menos”<sup>958</sup>. Es que el principio de contradicción es fuertemente atenuado en la ejecución, pero no en términos totales. “Precisamente porque estos principios no tendrán una aplicación absoluta, conviene distinguir entre la relación jurídico material, ya definida y donde, por tanto, las posibilidades de alegación del ejecutado tienen que ser limitadas, pues no puede volverse a discutir lo ya resuelto en el título jurisdiccional, ni discutirse en toda su extensión lo avalado por el título no jurisdiccional. Y la relación jurídico–procesal, donde aun partiendo de lo anterior el ejecutado no puede verse privado de su condición de parte, ni de disponer de los poderes procesales inherentes a ella, sin que respecto de los actos procesales pueda estar limitado”<sup>959</sup>. La contra excepción al principio de no contradicción hallará un espacio importante precisamente en las condenas a obligaciones distintas a dar una suma de dinero. “En este sentido, [el ejecutado] no podrá así discutir sobre las excepciones materiales que fueron objeto del proceso declarativo ya concluido, pero sí podrá impugnar, cuando lo estime ilegal, la manera en que se ha hecho el embargo, por ejemplo. Aunque existían indicios, en la LEV 1881 (artículos 949, 153 y 1867.2) y existen en la LPL (artículos 188.2, 203.2, 235 y 243.1) de que el ejecutado ha de poder formular alguna oposición, era errónea la no referencia a la oposición del ejecutado a la ejecución. Precisamente el matiz sancionador que tiñe la ejecución, particularmente las obligaciones de contenido no estrictamente dinerario, obligan a la realización de comparecencias en las que el ejecutado pueda alegar y probar cuanto a su derecho interese, llegando el Tribunal Constitucional español a subrayar la extensión al proceso de ejecución

<sup>956</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al proceso laboral*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, España, 2000, p. 258. Así ha sido siempre en la historia constitucional de España. “Las potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado es tan vieja como nuestro constitucionalismo. Desde la Constitución de Cádiz que creó los Tribunales de Justicia en nuestro Derecho, se definió su potestad de ‘juzgar y hacer ejecutar lo juzgado’, hasta la Ley orgánica de 1967, pasando por las Constituciones de 1837, de 1845, de 1869 y de 1876”. ROJAS RIVERO, Gloria, *El proceso de...*, op. cit., p. 29., op. cit., p. 33. Como caso de excepción se presenta el artículo 103 de la derogada LJCA (Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa), que encargaba la ejecución de la sentencia al órgano administrativo del que provenía el acto impugnado.

<sup>957</sup> Mencionando como ejemplos actuales de sistemas que encargan la ejecución a un órgano administrativo a Francia, Alemania, Italia o Suiza, ROJAS RIVERO, Gloria, *El proceso de ejecución...*, op. cit., p. 35.

<sup>958</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El proceso de...*, op. cit., p. 45.

<sup>959</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El proceso de...*, op. cit., p. 45.



laboral del principio de audiencia del ejecutado cuando se discuten aspectos que afectan a su responsabilidad (STC 243/1991. A partir de la LEC 2000, la oposición del ejecutado es ya una realidad normativa que consolida y legitima esta actividad práctica.”<sup>960</sup>.

Así, no tanto porque tengan mayor carácter sancionador, sino por la cantidad de matices dentro de cada tipo de obligación, expresadas en hacer y no hacer, y como por la complejidad de cada una de las obligaciones implicadas a la hora de cumplir, por ejemplo, en la readmisión o como sucedería con la condena a elaborar un plan de igualdad, que se transformaría en un caso que lleva especialmente razón para que el juez tenga actividad cognoscitiva y se considera que no existe una razón intocable que obligue a que conocimiento y ejecución no se filtren, porque existen buenas razones para ello. “Superado el viejo aforismo *iurisdictio in sola notione consistit*, existe acuerdo en torno a la jurisdiccionalidad de la ejecución. La jurisdiccionalidad deriva de la existencia de actividad jurisdiccional y, en consecuencia, de enjuiciamiento, en esta fase de juicio”<sup>961</sup>.

Pese a esta afirmación de que en España la ejecución es jurisdiccional, precisamente la imposición de las medidas compulsivas de la ejecución de sentencias de los artículos 241 y 284 de la LRJS quedaron en manos del secretario judicial por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, que forma parte de las competencias cuestionables que le son entregadas por la Ley porque efectivamente involucran materias propias de la actividad jurisdiccional<sup>962</sup>.

### **E) Clasificaciones de la ejecución.**

Una clasificación difundida, pero errónea, es la que distingue entre una ejecución específica y otra genérica, entendida como monetaria. “La primera sería aquella cuyo objetivo reside en obtener en esta vía exactamente el cumplimiento de la misma obligación ignorada por el deudor y contenida en el título ejecutivo, tratando así de satisfacer el interés concreto perseguido por el acreedor. Por su parte, en la genérica la finalidad pretendida vendría a consistir en obtener una cantidad de dinero –u otra prestación equivalente- a partir de la cual sustituir satisfactoriamente la debida en origen”<sup>963</sup>. La distorsión es por el paralelismo que se realiza con el significado de dichos adjetivos: genérico y específico, en el Derecho Civil, induciendo a pensar que la ejecución será de uno u otro tipo dependiendo de que la obligación contenida en el título a ejecutar sea específica o genérica. “Frente a tal confusión, es menester precisar cómo aquéllas cuyo objeto aparece determinado en atención a un género, como aquéllas otras en las cuales

<sup>960</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El proceso de...*, op. cit., p. 45.

<sup>961</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., pp. 24 y 25

<sup>962</sup> “Con todo, no puede dejar de mencionarse la sorpresa que causan algunas atribuciones competenciales que se efectúan a favor del secretario judicial: no en vano, es este quien adopta las medidas compulsivas en fase de ejecución de sentencias (arts. 239 y 282 LPL) o quien puede acordar o suspender embargos y liquidaciones (arts. 251 y 265 y ss. LPL). Tareas, todas ellas, que, al ser manifestación evidente de la potestad jurisdiccional de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (arts. 24 y 53 CE), deberían quedar en manos del titular órgano judicial”, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “Breve balance de la Reforma procesal en España”, Ponencia presentada en el X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, España, 21 al 23 de septiembre de 2011, pp. 5-6.

Disponible en:

<sup>963</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.40.

aparece precisado de manera individual, pueden -y deben- tratar de ser llevadas a efecto en los términos definidos en el título ejecutivo”<sup>964</sup>, en base a las normas constitucionales 117.3 y 118. Es decir, la ejecución en sus propios términos es la primera regla de la ejecución. Sin embargo, se tiende a pensar que ejecución genérica es la dineraria<sup>965</sup> y específica la que no consista en dar una suma de dinero, pero si la obligación es sobre esto último y se ejecuta en tales términos, habrá tenido una ejecución *in natura*, pues el verdadero criterio diferenciador es contrastar si se ha cumplido o no en los términos originalmente previstos, no según que el objeto consista en dar o no una suma de dinero<sup>966</sup>. La doctrina ha planteado una ulterior clasificación, precisamente distinguiendo que la ejecución consista en dar una suma de dinero o dar algo distinto del dinero, hacer o no hacer, cuyo rasgo diferenciador “subyacente”, e ilustrativo para efectos de la reparación no monetaria, es la mayor dificultad de la ejecución de todo aquello que no sea dar una suma de dinero, lo que también se explica en que el diseño, a partir de la tradición napoleónica, se desarrolló mucho más la ejecución dineraria que las restantes, asumiendo el dogma de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer. Aunque también es objeto de crítica el elemento “dificultad”, porque “no parece correcto de esta bipolarización normativa extraer una clasificación doctrinal de las ejecuciones tan rígida. Las ejecuciones de las condenas de hacer, no hacer y dar cosa distinta del dinero no son tan parecidas entre sí ni siguen normas procedimentales tan similares como para considerarse de la misma especie; la ejecución de condena a dar dinero es tan distinta a las anteriores en conjunto como en su individualidad; es decir, estas cuatro condenas citadas presentan suficientes puntos de divergencia entre ellas como para considerarse por separado cada una de ellas y ninguno (...) para agruparse tres a uno”<sup>967</sup>.

La que parece como distinción más significativa, es la que distingue entre:

---

<sup>964</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.40. En el mismo sentido, subrayando la intrascendencia de esta clasificación, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., pp. 69 y 70, a quien me remito para la revisión de otras clasificaciones.

<sup>965</sup> Por ejemplo, Montero Aroca, al presentar el problema de las ejecuciones ordinarias no dinerarias dice “Aunque otra cosa se haya pretendido, lo que el artículo 239 LPL produce es sólo cambio de tratamiento, conforme al cual se refuerza el intento de lograr la ejecución específica, y manifestación de ellos es el apremio pecuniario”, y al hablar de ejecución específica la hace equivalente a “en sus propios términos” y cita los casos de nulidad y despido del representante de los trabajadores, MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al...*, op. cit., p 374.

<sup>966</sup> Que el modelo “mental” a la hora de pensar en la ejecución es una actividad orientada a “dar una suma de dinero”, se verifica también cuando la doctrina señala que el objeto de la ejecución, es el patrimonio del deudor. “El objeto de la ejecución es la pretensión ejecutiva (...). Cuando se cuestiona el objeto de la ejecución suele decirse que la actividad ejecutiva se refiere exclusivamente al patrimonio del ejecutado, no a su persona, pero esta respuesta es errónea, porque: 1) existen casos de ejecución no patrimonial (y así véase el art.283), y 2) está confundiéndose lo que es el objeto del proceso (la pretensión) con lo que es el objeto del embargo (los bienes de la propiedad del ejecutado)”, MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al...*, op. cit., pp. 359 y 409.

<sup>967</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 67.

- Ejecución por medidas directas o por subrogación del deudor: podrán ser utilizadas cuando la obligación de hacer sea fungible, pues en tales supuestos, “al no ser necesaria la realización directa por parte del sujeto pasivo para satisfacer al acreedor, parece no sólo posible, sino incluso conveniente”<sup>968</sup>, que el órgano judicial encargue el cumplimiento a un tercero, lo mismo si se trata de deshacer lo mal hecho. También dentro de esta categoría se encuentran las que implican una intervención *manu militari* en la empresa, y que son las de máxima intensidad, como sería aquella “que exija la intromisión del juez en el seno de la empresa (...), como sería el nombramiento de síndicos o administradores que, al margen de los titulares últimos de la expropiación, dispondrían del apoyo que presta la orden judicial”. Estas últimas medidas no han sido aplicadas en los sistemas estudiados<sup>969</sup> pero ilustran hasta dónde podría llegarse con la tutela, dejando el debate abierto a qué casos podrían requerir intervenciones tan intensas.

- Ejecución por medidas indirectas, coactivas o coercitivas: con las que se intenta lograr el cumplimiento directo por el deudor “mediante algún tipo de compulsión sobre su voluntad (...) su principal valor y sentido aparece cuando lo ejecutado sea una obligación de hacer personalísima, en la cual no cabe sustituir al deudor en el programa de la prestación y, por tanto, la única vía para conseguir la satisfacción *in natura* vendrá dada por tratar de lograr que la realice por sí mismo; de igual modo, y en las obligaciones de no-hacer de tracto sucesivo, para obligarlo a cesar en su actitud tendente a realizar la conducta prohibida”<sup>970</sup>. Es aquí donde se ubican los apremios pecuniarios, personales, y, un tanto impropiaemente, el elemento coercitivo funciona como cariz por el cual pueden valorarse otras figuras anexas a los incumplimientos, en la medida que puedan ser leídas como incentivos o presiones al cumplimiento como la amenaza penal, e incluso el pago de los salarios; permanecer en alza y cotizando a la Seguridad Social el trabajador no readmitido o el deber de permitir que el representante de los trabajadores o delegado sindical desarrolle su función de representación, medidas del actual artículo 284 LRJS. “La doctrina ha criticado, no sin falta de razón, la tibieza de tales medidas coactivas, habida cuenta, si bien la introducción de esta modalidad ejecutiva supuso uno de los más novedosos y saludables intentos en el afán de conseguir una verdadera protección eficaz de los derechos laborales, en un ordenamiento procesal tan necesitado de medidas concretas en orden a obtener la ejecución *in natura* de los pronunciamientos judiciales, los instrumentos judiciales permiten plantear una duda razonable en torno a su suficiencia para lograr el loable objetivo de la readmisión. En este sentido, procede hacer notar cómo ninguno de los mecanismos descritos supone colocar al empresario en peor situación de lo que estaría en caso de readmitir efectivamente al trabajador”<sup>971</sup>. Este último parámetro parece un buen filtro para deslindar cuándo se está ante una medida coercitiva y cuándo no, porque de lo

---

<sup>968</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.50.

<sup>969</sup> RÍOS SALMERÓN señala que ésta fórmula de intervención del juez tuvo cierta aplicación en Italia, añadiendo que le parece que en todo caso, debe ser ejecutada sobre empresas de gran tamaño, “Ejecución provisional...”, op. cit., p. 112.

<sup>970</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.50.

<sup>971</sup> “[L]a situación se agrava de considerar la supresión, en el tenor actual del artículo 282 LPL, de la mención a las coerciones pecuniarias adicionales (contempladas en el texto de 1990); decisión, ésta sí, capaz de representar un plus de penosidad para quien se muestra reacio a reincorporar a su empleado”, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer...*, op. cit., pp.368-369.

contrario, toda la ejecución, o el juicio en su totalidad, o el Derecho pueden ser puestos como coerciones al cumplimiento, perdiendo su configuración las medidas coercitivas. Otra cosa, es que cada institución pueda ser interpretada en base a qué conductas incita, en base a juicios hipotéticos de optimización del deudor, a partir de lo cual valorar qué tipo de conductas promueve en concreto el ordenamiento<sup>972</sup>.

Interesa ahora detenerse en el análisis de estas medidas indirectas de ejecución en un modelo adecuado de ejecución de obligaciones de hacer, porque una vez descartado por el juez que pueda encomendarse su ejecución a un tercero a costa del deudor y de esta forma conseguirse un eficiente cumplimiento de la obligación, e incluso, descartado que por la gravedad del incumplimiento no fuese proporcional la intervención *manu militari* por parte del juez, la regla general será recurrir a la coerción indirecta para conseguir que el deudor realice la conducta debida y en el caso de las obligaciones de no hacer, siempre la forma de ejecución será la coerción indirecta. Las medidas de ejecución indirecta tienen como función esencial provocar una presión psicológica sobre el ejecutado incumplidor, para doblegar su voluntad y obtener el cumplimiento en los propios términos de la obligación.

Me parece que no pertenecen a esta categoría, sin embargo, otras medidas, tales como la imposición de los salarios de trámite o la sanción penal, las que, aunque participan de la finalidad de incentivar en algún sentido la voluntad del incumplidor, tienen una función principal claramente diferenciable de la que corresponde a las medidas indirectas de ejecución y que, por ello, solo tendencialmente formarían parte de un diseño legal propiciatorio de la ejecución en sus propios términos. Es por ello que dichas medidas se analizan por separado.

## **F) Medidas indirectas de ejecución en el derecho comparado.**

### **a) El modelo francés: las *astreintes*.**

El origen de la *astreinte*<sup>973</sup> se encuentra en la jurisprudencia francesa en el referido caso del difamador condenado a retractarse públicamente, a quien el Tribunal francés le ordenó pagar tres francos por día de demora<sup>974</sup>.

Se explica como medida jurisdiccional, indirecta, patrimonial y coercitiva de ejecución, consistente en la orden del juez al ejecutado, de pagar una cantidad de dinero por unidad de tiempo de atraso<sup>975</sup>. Las características referidas han sido explicadas en los siguientes términos: 1) es jurisdiccional en tanto dictada por un órgano judicial en su condición exclusiva de hacer ejecutar lo juzgado; 2) es ejecutiva puesto que persigue la realización

<sup>972</sup> Es por este tipo de razonamientos que se incluye un apartado para evaluar el tratamiento de los salarios de tramitación en el caso español, que resulta particularmente expresivo de este uso.

<sup>973</sup> “Etimológicamente *astreintes* es voz francesa del verbo *astreindre*, el cual procede a su vez del latín *astringo*, - *ere*, compuesto de *ad* y *astringo*, - *ere*, que significa ‘apretar, presionar, obligar’”, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., p. 112.

<sup>974</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 115; ARAGONESES, Sara, “Las *astreintes*...”, op. cit., p. 19.

<sup>975</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., p. 113.

efectiva de la prestación contenida en la resolución judicial<sup>976</sup>; 3) es indirecta en el sentido que no es el tribunal que realiza por sí mismo o por medio de sus auxiliares la obligación debida sino que es un instrumento de presión a la voluntad del incumplidor<sup>977</sup>.

A partir de esta configuración pueden hacerse algunas notas sobre la figura:

1) El que su objetivo principal sea la presión psicológica y propender a un cambio en la voluntad, ha llevado a parte de la doctrina a sostener que se trata de medidas personales, razón por la cual Guasp considera que no son admisibles en el sistema español<sup>978</sup>. Esta opinión puede discutirse, más cuando llega a una conclusión tan categórica, si admitimos que el objetivo principal y primero de la ejecución es conseguir el cumplimiento en sus propios términos, por lo que todo el juicio ejecutivo tendría que valorarse como un apremio personal. Si la voluntad del incumplidor es intocable, el mandato constitucional es desmentido y directamente se debe pasar a la sustitución económica<sup>979</sup>. Por lo demás, la astrictión tiene la misma secuencia de cualquier medida ejecutiva patrimonial, pues lo que hace es afectar bienes con el objetivo de obtener el cumplimiento<sup>980</sup>.

2) Distinguir la de la indemnización de perjuicios es simple pues ésta tiene una función resarcitoria y su base de cálculo es el daño, nada de esto es compartido por la astrictión<sup>981</sup>. En común pueden tener el destinatario de la suma: la ley al regular la astrictión puede entregársela al ejecutante<sup>982</sup>.

Esta última posibilidad resulta inaceptable para ciertos autores. “Lo que ha suscitado mayor perplejidad entre la doctrina respecto de la técnica coercitiva en examen es precisamente la atribución de las sumas debidas a título de *astreinte* al acreedor. Más allá de las compartibles razones de naturaleza esencialmente de equidad que puedan justificar una valoración negativa respecto de una técnica compulsoria que tenga como destinatario de las sumas que el deudor condenado deba pagar, al sujeto privado, en esta sede interesa de todas igualmente subrayar que esta peculiaridad de la *astreinte* provee el índice más

---

<sup>976</sup> No se trata de títulos ejecutivos, es extendible y aplicable a la ejecución de órdenes contenidas en todo tipo de resoluciones judiciales, que por lo mismo no interesan para este trabajo. Ésta es la postura de TARUFFO, Michele, “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ANNO XLII, N°1, 1988.

<sup>977</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., p. 118.

<sup>978</sup> Citado por CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., p. 118.

<sup>979</sup> La situación española, como se explicará más adelante, está en una cierta línea de sombra, en una actitud ambigua respecto a la configuración legal del mandato constitucional.

<sup>980</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., p. 118.

<sup>981</sup> “Éstas tienen una función conminatoria y se establecen discrecionalmente con carácter provisional y revisable, dependiendo su exagerada cuantía a la buena o mala fe del condenado, de su resistencia al cumplimiento y de su caudal económico. La indemnización, por el contrario, tiene una función meramente resarcitoria, su establecimiento es obligatorio, con carácter definitivo, y su monto deriva concretamente de los daños y perjuicios realmente causados”, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 140.

<sup>982</sup> Lo que para Borré se explica en el origen francés de la figura, que viene del resarcimiento del daño. A diferencia de las coerciones alemanas que siempre son para el Estado, lo que evita “peligrosas desviaciones de equidad”, BORRÉ, Giuseppe, *Esecuzione forzata...*, op. cit., p. 25

seguro de que la misma no tiene configuración pública, es decir, no mira a tutelar el interés público que preside el buen funcionamiento de las instituciones procesales, mas tiende directamente y prevalentemente a tutelar las razones del deudor insatisfecho<sup>983</sup>.

Pese a este elemento, puede discreparse de la lectura pues el efecto coercitivo es el relevante<sup>984</sup>, y es buscado para cumplir con la tutela efectiva que el ordenamiento se compromete a brindar cuando expropia los conflictos, pero también incide el interés, completamente vinculado, del propio ordenamiento jurídico, sobre el buen funcionamiento de esa “expropiación”, que depende de la eficacia que ostente el sistema y de que se logre ejecutar el imperio del Derecho, y eso se cumple con la aplicación de coerciones<sup>985</sup>. El destinatario es un elemento no esencial y que puede ser valorado de distintas maneras. Así por ejemplo, para algunos es desaconsejable que el destinatario sea la propia administración, pues es el mismo sujeto que elige no aplicar sus decisiones *manu militari*, por lo que estaría sacando provecho de su opción legislativa. La no esencialidad del punto se ve en que sería igualmente plausible sostener, que fuese a terceras instituciones vinculadas con las materias objeto del conflicto, y no por ello dejaría de ser coercitiva o, como lo hace la norma portuguesa, artículo 829-A del Código Civil, dividir el montante por partes iguales entre el acreedor y el Estado<sup>986</sup>.

1) La figura es esencialmente coercitiva. Se diferencia de la pena porque no busca sancionar una conducta pasada -elemento base de toda pena, privada<sup>987</sup> o pública, sin

---

<sup>983</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., pp. 261, 265. Reitera por lo mismo su oposición cerrada, cuando trata la norma coercitiva especial de la readmisión (artículo 18 inciso segundo del Statuto dei Lavoratori), a que sea el trabajador quien la reciba, porque también está convencido que traería desviaciones de la equidad una técnica coercitiva que prevea como destinatario de la suma a un sujeto privado, op. cit., p. 373.

<sup>984</sup> Que es lo que explica que si bien su origen está en la creación jurisprudencial que complementa la previsión del artículo 1142 del Código Civil napoleónico, para las obligaciones de hacer y de no hacer, cuyo incumplimiento se resuelve en el pago de daños e intereses, posteriormente se generalizara a todo tipo de obligaciones, cuestión que se consolida con la Ley de ejecución 5 de julio de 1972, que establece al juez de la ejecución y constituye a la *astreinte* como una medida desvinculada completamente de la existencia de daños, TARUFFO, Michele, “L’attuazione...”, op. cit., pp. 162 y siguientes.

<sup>985</sup> Que es una necesidad práctica para el sistema y que no tiene que ver con que sea titular de “honor o dignidad”, argumentos que se utilizan en la siguiente figura en revisión: *contempt of court*.

<sup>986</sup> La medida, llamada *sanção pecuniária compulsória*, tiene evidentes similitudes con la astrictión, pues se trata de “una medida conminatoria indirecta de ejecución a imponer por el tribunal a instancia de parte para inducir al cumplimiento de un hacer o no hacer infungible que no requiere especiales cualidades científicas o artísticas en el ejecutado, y que consiste en una condena pecuniaria por día de atraso en el cumplimiento o por infracción realizada, cuya cuantía establecerá el juez siguiendo criterios de razonabilidad y cuyo importe se destina en partes iguales entre el ejecutante y el Estado”, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 172.

<sup>987</sup> También se suele confrontar la astrictión a la pena privada, pero en sí esta categoría posee unos deslindes tan movibles que hay que partir por acordar un concepto de pena privada para poder hacer un cotejo con otra

quiera tener que entrar en la discusión sobre sus funciones- sino propiciar un cumplimiento futuro<sup>988</sup>.

En este sentido, también esto supone diferencia clara con la medida cautelar, pues ésta buscar asegurar un cumplimiento, garantizarlo, adoptando diversas medidas posibles. Aquella es un intento porque éste se produzca pero específicamente actuando sobre la voluntad del deudor, imponiéndole el cobro de una suma de dinero<sup>989</sup>. Razón por la cual la ley suele declararlas compatibles<sup>990</sup>.

2) Lo que caracteriza a esa suma de dinero que se impondrá, es la competencia que se exige se otorgue al juez para fijarla. “De ahí también implícita también su gran flexibilidad, en cuanto a la posibilidad de modificación de la suma final, ya sea para aumentarla, para disminuirla o para dejarla sin efecto, y la posibilidad de imposición de oficio como de denegar la solicitada si no se considera efectiva.”<sup>991</sup>.

## **b) El *Contempt of court* del derecho anglosajón.**

---

figura. Sin embargo, puede consultarse el que hace CATALÁ COMÁS, pese a que no despeja previamente la noción de pena privada que tiene en mente, op. cit., p 140.

<sup>988</sup> La astrictión es “coercitiva, mas no puramente represiva. Algún autor la ha considerado pena privada en base a que no guarda estricta correspondencia con el daño y requiere que exista culpa del que la ha sufrido. Es cierto que estos aspectos coinciden en la institución estudiada, pero para ser realmente pena requiere un tercer criterio teleológico, tener que reprimir la acción culpable (...). Aunque toda pena lleve implícita una coerción, se configura para castigar una acción pasada, no para motivar una acción futura, como es el caso”, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., pp. 119 y 120.

<sup>989</sup> Sobre al paralelo con las medidas cautelares “es de destacar, asimismo, que entre las astrictiones y las medidas cautelares existe una diferencia en el orden temporal, a pesar de que estas medidas también se refieren al futuro. Las cautelares exigen el adelantamiento de un acto previendo la eventualidad de que en el futuro el mismo acto no pueda producirse. Las astrictión, en cambio, intenta que se produzca no un acto del futuro, sino unos del pasado, o que debió producirse en el pasado”, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., p. 139. Como ya se explicó en el capítulo I sección tercera, no es el elemento temporal lo que las diferencia: en ambas hay una conducta pasada, debida (o que se presume fuertemente que es debida) y no cumplida. La diferencia es que una busca garantizar que se pueda cumplir y la otra busca incitar al cumplimiento por medio de la coerción. Si bien puede decirse que ambas tienen, en distintas dosis, de los dos elementos, esa distinta dosis que configura a una y otra tampoco permite establecerlo como una relación género a especie, lo que se confirma que cautelares y astrictiones pueden decretarse recíprocamente. “Son institutos diferentes, lo que no impide que pueda solicitarse la adopción de una astrictión para conseguir el cumplimiento de la resolución judicial que fija una medida cautelar, y viceversa, solicitar la adopción de una medida cautelar para asegurar la efectividad futura de una astrictión”, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., p. 140.

<sup>990</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., pp. 119-140.

<sup>991</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 120.

Se trata de una medida anglosajona<sup>992</sup>, que no tiene presencia en el sistema español, pero cuyo análisis interesa en este estudio puesto que, además de pertenecer a la categoría en estudio -las coerciones o medidas dirigidas a obtener el cumplimiento específico por parte del deudor-, permite ir introduciendo los argumentos sobre la protección de supuestos bienes de la Administración de Justicia, de marcado tinte autoritario. Y que se filtran cuando se llega a la *ultima ratio* del ordenamiento: el establecimiento del delito por incumplimiento de órdenes judiciales, que se tratará más adelante.

Basta, para hacerse una idea preliminar del contenido y significado de esta figura, revisar su etimología. Se trata de una voz inglesa que deriva “del verbo latino *contemnere*, (*con* y *temnere*, con y despreciar) y literalmente significa desprecio, desdén, menosprecio, vilipendio y ultraje al tribunal”<sup>993</sup>. Para que todas estas acciones sean posibles, del otro lado deben existir otros pretendidos bienes como el honor, prestigio, dignidad, de un ente, como es la Administración de Justicia<sup>994</sup>. Se aprecia en su definición. “La expresión *contempt of court* cubre una amplia gama de actividades que interfieren u obstruyen el curso de la justicia. La definición con más predicamento es (...) ‘desobediencia a un tribunal por actuar en oposición a su autoridad, a su justicia o a su dignidad’”<sup>995</sup>. Las medidas susceptibles de ser aplicadas al desobediente son multa<sup>996</sup>, arresto o prisión o secuestro de bienes. El *contempt of court* se divide en civil o criminal. La diferencia principal entre uno y otro es que en la penal se aplica en un juicio distinto de aquél en que se dictó la resolución incumplida<sup>997</sup>.

<sup>992</sup> “Siempre ha existido como parte de la ley común, *the law of the land*, y pasó a formar parte de la ley procesal norteamericana desde la independencia de los Estados Unidos”, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas...*, op.cit., p. 150.

<sup>993</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 120.

<sup>994</sup> En la descripción de Adolfo Gelsi, citada por Catalá Comás, “[e]sta instituto lo enfoca [el incumplimiento] desde el punto de vista de la ofensa que configura frente al juez que había determinado la conducta opuesta: es el honor judicial o, mejor, la dignidad de la magistratura la que se pone en tela de juicio, el bien jurídico lesionado por la inejecución. El que no ejecuta la orden, además de ser responsable frente al actor, lo es ante el juez. Toda responsabilidad implica el tener que responder frente a otros de nuestra acción (u omisión), que invade la esfera jurídica ajena, soportando un gravamen para reparar el orden quebrantado. De ahí que las consecuencias de la inejecución, en este enfoque, deban ser forzosamente severas, pues no se miden por el perjuicio económico del ejecutante, sino por el ataque a la dignidad del juez. Se está en el dominio del Derecho público, en la relación planteada por el súbdito desobediente ante la autoridad judicial”, CATALÁ COMÁS, Chanta, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 152, nota 249.

<sup>995</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 144; misma definición utilizada por ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Las astreintes...*, op. cit., quienes la toman de Molina, Roberto, en *Contempt of court, correcciones disciplinarias y medios de apremio*, en la que traduce la definición de *Contempt*, aportada por Alex Jones a *Corpus Iuris*, The American Law Book Co, de 1917.

<sup>996</sup> En este caso, la resolución que condena a una multa civil, puede ser destinada a la víctima o al Estado o ambos, dependiendo de se aplica a título reparatorio, punitivo o en los dos, cosa que deberá indicar la resolución, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 157..

<sup>997</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 147.



Es importante, según Chiarloni, el contexto del que proviene la figura: “la *contempt power* constituye un aspecto de una general concepción del proceso, fuertemente influida por la ética del protestantismo, ‘con su fuerte acento sobre la responsabilidad personal, de modo que la severidad de las *‘enforcement devices’* se explica (también) reconociendo el *‘religious and moralistic character’*, que constituye un momento esencial del ‘verdadero espíritu’ que anima al *common law*, con el consiguiente desplegarse de una *‘almost confesional atmosphere in the relation between the Court and de party’*. Ni se olvida la fuerte cohesión social garantizada en las pequeñas comunidades descentradas del *‘popular, neighbourly carácter of the common law institutions’*, que juntas facilitan el control de los individuos y promueve la comunión de los valores entre éstos últimos y la autoridad. Y es casi superfluo relevar que estas dos características faltan del todo en los ordenamientos del *civil law*”<sup>998</sup>.

A partir de ésta descripción se sostiene que no puede pensarse en trasvases de ordenamientos sin mirar el contexto político, económico, social y religioso, que están en la evolución de los ordenamientos. Para él, la base socio cultural descrita hace impensable aplicar al figura en sistemas de Derecho Continental, pero además, señala potentes contraindicaciones que aparejaría la doctrina que quiere aplicar “la concepción típica del *contemp of Court*, según la cual el incumplimiento a la providencia del juez civil constituye una ofensa a la *autoridad* de la providencia misma y requiere, por tanto, una reacción represiva del ordenamiento a través de la sanción penal, probablemente no ha reflexionado suficientemente o no ha tenido consciencia del hecho que en Inglaterra la *contempt power* de las Cortes ha terminado por lesionar derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de imprenta”<sup>999</sup>. Peor aún, con efectos negativos para figuras claves de la disciplina laboral. “Si se considera, además, que las propuestas interpretativas de la doctrina antes mencionada son animadas por la exigencia de mejor garantizar la tutela de las situaciones subjetivas del trabajador subordinado, la misma, aún más debería meditar aquello que se ha verificado en la experiencia norteamericana, en la que, precisamente en temas sobre relaciones de trabajo, la utilización del *Contempt of Court* ha favorecido la afirmación de una tendencia jurisprudencial, que prácticamente había casi determinado la abolición, por vía jurisprudencial, del derecho de huelga. La adopción de una medida coercitiva del tipo de aquélla que ahora recordamos, incluso más si se considera que la misma por su naturaleza tendría necesariamente que ser introducida como técnica generalizada, debe ser refutada”<sup>1000</sup>.

Sean estrictamente ciertas o no aquéllas descripciones culturales, asidero tienen, considerando la forma en que en un principio funcionaba la figura. “Su origen se atribuye a la tramitación ante el Canciller, esto es, ante los tribunales *equity*, presididos en su comienzo por el confesor del Rey o un alto clérigo. Para asegurar la obediencia a sus decisiones expedían un auto de ejecución conteniendo el texto del decreto u orden que habían citado. Este auto, después de haber sido sellado con el Gran Sello, se entregaba a la parte que debía cumplimentar el acto o abstenerse de la cosa objeto del proveído. En caso de no ejecución, el desacato era cometido técnicamente por el hecho de no obedecer una orden revestida del Gran Sello. Por tanto, constituía una ofensa más o menos directa contra el Soberano como la fuente primordial del Derecho y de la justicia y, considerado en su

<sup>998</sup> CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive...*, op. cit., pp. 238 y siguientes.

<sup>999</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 363.

<sup>1000</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 364..

aspecto secundario o derivado, en una ofensa a los tribunales y a las personas en quienes la Corona delega funciones judiciales”<sup>1001</sup>.

En suma, se trata de una situación de acentuado valor de una abstracción: el soberano, la administración de justicia o el Tribunal, por sobre los individuos, y que vienen “personificados” con calificativos vinculados a una cierta concepción del honor.

### c) Las coerciones en el sistema alemán.

El sistema alemán se caracteriza porque se basa rigurosamente en el principio de tipicidad de la ejecución. Este principio de correlación de la condena a las formas de ejecución previstas por la ley tiene como fundamento la libertad del individuo<sup>1002</sup>. El modelo alemán, sin constituirse como un régimen en base a medidas de aplicación general -como la astringencia o el *contempt of court*- establece “una rígida clasificación de los varios tipos de prestaciones a que se puede condenar, a cada uno de los cuales hace corresponder una particular forma de ejecución [según prescribe] el libro VIII de la *Zivilprozessordnung*”<sup>1003</sup>.

El modelo es el siguiente: a las condenas de contenido pecuniario les corresponde ejecución por transformación; a las de entrega de bienes la aprehensión coactiva del bien; a las condenas de hacer fungible, la ejecución directa por subrogación de un tercero a expensas del condenado; a las condenas de hacer infungible y de no hacer o cesar, la coacción indirecta consistente en la imposición de penas pecuniarias (*zwangsgeld*), o el

---

<sup>1001</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 150.

<sup>1002</sup> “Señaló Mandrioli que ‘la precisa referencia a las formas previstas en el Código de Proceso Civil implica la legitimación de la regla fundamental de la intangibilidad de la esfera de autonomía del deudor, que solamente se podrá invadir en los modos y a través de las formas previstas por la ley procesal’”, en cita a Crisanto Mandrioli, “L’ esecuzione specifica dell’ordine di reintegrazione nel posto di lavoro”, MARINONI, Luiz Guilherme, “La ruptura...”, op. cit., p. 3.

<sup>1003</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 165. Pero es ahí donde interesa el alcance de TARUFFO, en cuanto a que el análisis comparado no es una “exótica oropel cultural” o “búsqueda de receta exprés” para tomar superficialmente de otros ordenamientos. Son respuestas jurídicas que, así como en el caso de la *injunction/contempt of court* en tanto mandato o prohibición, modelable a las situaciones de necesidad, resultan útiles ante el surgimiento de nuevos derechos los cuales, dentro de su variedad, están unidos la característica de no satisfacerse con compensaciones económicas, “L’attuazione...”, op. cit., pp. 143-146-147. Por lo demás, no distan tanto del modelo en revisión, el alemán, salvo porque éste lo que hace es rigidizar el esquema por su pretensión de tipicidad y exhaustividad, pero no se distingue por el tipo de medidas que acoge dentro de su orden, op. cit., pp. 155-156.

apremio corporal – arresto-, (*zwangshaft*)<sup>1004</sup>. Finalmente, la condena a emitir una declaración de voluntad, que viene actuada por medio de la misma sentencia condenatoria<sup>1005</sup>.

Responde a dos objetivos principales: lograr la ejecución en sus propios términos pero sin dejar espacio a la discrecionalidad del juez<sup>1006</sup>. “Los fines que el legislador del ZPO entiende perseguir con una disciplina así ensamblado son evidentes. Por un lado, realizar un sistema orientado a la ejecución específica de cada tipo de obligación, por medio de la individualización de un repertorio articulado de instrumentos ejecutivos. Por otro lado, realizar un sistema de resistencia perfecta, donde cada tipo de obligación encuentre una forma ‘típica’ de ejecución establecida *a priori* por la ley, sin residuos para dejados para la discrecionalidad de las partes o el juez”<sup>1007</sup>. Se trata, además, de un “sistema tendencialmente ‘completo’, ya que no son exigibles coactivamente sólo las obligaciones expresamente indicadas en el segundo inciso del § 888 (estipular matrimonio, reconstruir la comunión conyugal y dar cumplimiento a un contrato de servicio) mientras las varias categorías son construidas en modo de agotar potencialmente todos los tipos de situaciones sustanciales para las cuales puede ser necesaria la tutela ejecutiva”<sup>1008</sup>. Es ahí donde radica el principal problema, pues donde algunos alaban “el más elevado grado de rigor sistemático y cuidado analítico”<sup>1009</sup>, reside el choque con una característica de las obligaciones de hacer: si bien la clasificación de lo fungible e infungible puede ser muy clara en la teoría, no lo es en la práctica<sup>1010</sup>. Por lo que Taruffo concluye una cierta ventaja del “principio de adecuación” de la coerción por sobre el de tipicidad<sup>1011</sup>: por sus notas de

---

<sup>1004</sup> En este punto, un debate interesante se da entre CHIARLONI y TARUFFO. Aquél señala que no tiene sentido preguntarse por la naturaleza penal o civil de la *zwangsstrafen* [penas coactivas o conminatorias], porque es como si la tortura fuese a cambiar de naturaleza según que se esté apremiando a un delincuente o a un deudor, *Misure coercitive...*, op. cit., p. 96. Taruffo lo considera un más argumento retórico que descriptivo, por lo exagerado del paralelo, considerando las restricciones que tiene la tipicidad alemana de las formas de ejecución, “L’attuazione...”, op. cit., p. 159. Sin embargo, considera que en todo caso la naturaleza de la medida es penal. Al enfrentarse al argumento del uso de la coerción para reprimir los conflictos colectivos, señala que los instrumentos en sí no son buenos o malos, serán malos en la medida que se pongan al servicio de valores no compartidos, “L’attuazione...”, op. cit., p. 152. En este sentido, no es replicable el argumento para el ejemplo de la tortura, pues se trata de los pocos grandes acuerdos del Derecho internacional en cuanto a que es en sí mismo un instrumento proscrito y repudiable, lo que simplemente subraya la caricatura del ejemplo de Chiarloni.

<sup>1005</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 166.

<sup>1006</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...*, op. cit., p. 166.

<sup>1007</sup> TARUFFO, Michele, “L’attuazione ...”, op. cit., p. 159.

<sup>1008</sup> TARUFFO, Michele, “L’attuazione ...”, op. cit., pp. 158-159.

<sup>1009</sup> Como lo califica John P. Dawson, citado por TARUFFO, Michele, “L’attuazione...”, op. cit., p. 155.

<sup>1010</sup> TARUFFO, Michele, “L’attuazione ...”, op. cit., p. 157.

<sup>1011</sup> Principio de tipicidad cuya observancia es, en cambio, para FERRONI, es intocable, *Obblighi fī fare...*, op. cit., p. 24.

garantía de la eficacia y mayor creatividad, aunque pueda implicar un cierto grado de confusión o desorden del sistema<sup>1012</sup>.

En España, existe en el orden social una multa coercitiva, de rasgos semejantes a la *zwangsgeld*<sup>1013</sup>. Es la del artículo 241.2 de la LRJS, que prescribe: “Frente a la parte que, requerida al efecto, dejare transcurrir injustificadamente el plazo concedido sin efectuar lo ordenado, y mientras no cumpla o no acredite la imposibilidad de su cumplimiento específico, el secretario judicial, con el fin de obtener y asegurar el cumplimiento de la obligación que ejecute, podrá, tras audiencia de las partes, imponer apremios pecuniarios cuando ejecute obligaciones de dar, hacer o no hacer o para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial”. Esta norma entrega los criterios al juez para modelar un apremio que le parezca eficaz. “Para fijar la cuantía de dichos apremios se tendrá en cuenta su finalidad, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto, atendidas la ulterior conducta y la justificación que sobre aquellos extremos pudiera efectuar el apremiado. La cantidad fijada, que se ingresará en el Tesoro Público, no podrá exceder, por cada día de atraso en el cumplimiento, de la suma de trescientos euros”. Para la doctrina, va implícito que, la medida deberá ser impuesta en cuantía suficiente para realizar la función coercitiva a la que están llamadas “lo cual necesariamente supone tomar en consideración la capacidad económica del apremiado”<sup>1014</sup>.

<sup>1012</sup> TARUFFO, Michele, “L’attuazione ...”, op. cit., p. 157.

<sup>1013</sup> Carmen ORTIZ LALLANA la considera símil a la *astreinte*, fijando su nota diferenciadora en el destinatario de la suma, “La ejecución definitiva de las obligaciones de hacer y de no hacer”, en la obra colectiva *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral* (Bartolomé Ríos Salmerón y Antonio Vicente Sempere, coordinadores), Aranzadi, España, 2001, p. 659. Para BAYLOS su carácter es sancionador, lo que la acerca al *zwangsgeld* alemán, “Obligaciones de hacer...”, op. cit., p. 342. En común con la *zwangsgeld* tiene su destinación al Estado. Postura semejante tiene ROJAS RIVERO. “A pesar de haber desaparecido, en 1994, la medida contemplada en el artículo 282 LPL en su versión de 1990, el empresario puede ser compelido, sancionado con esta especie de multa coercitiva, en la medida en que crece la sanción en cuanto mayor es el retraso, y que tiene la particularidad de que no es una obligación sino una facultad discrecional del Juez que se otorga de oficio y que evita el enriquecimiento injusto del trabajador al ingresarse en el Tesoro Público (lo que la distingue de la figura del *astreinte* francés y la acerca al alemán). En este caso, la multa cumple dos finalidades: una represiva, por castigar el ilícito (no cumplir la obligación); y una coactiva, que intenta la reparación del ilícito”, *El proceso de...*, op. cit. 48. Si no va a la víctima, no representa ninguna forma de reparación. Al margen de esto, la función represiva se debate dentro de la doctrina alemana “en cuanto a su naturaleza si se trata de una sanción penal en sentido propio; pero en cualquier caso parece claro que se resalta su función de medida coercitiva, su función específica de operar como instrumentos compulsorio a fin de inducir al condenado a cumplir, a pesar de que también pueda desempeñar una función punitiva que no es el objeto primario por el cual se configuran en la ZPO [Zivilprozessordnung]”, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas...*, op. cit., pp. 168 y 169.

<sup>1014</sup> PARDO IRANZO, Virginia, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer...*, op. cit., p. 310; y, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones de hacer...* op. cit., p. 123. Un aspecto que despliega un debate atingente a la ejecución, es el del papel que desempeña el secretario judicial, quien

Junto con poderse ordenar apremios pecuniarios contra las partes del juicio, puede hacerse también contra terceros, según el numeral 3 de la misma norma. “De la misma forma y con idénticos trámites, el órgano judicial podrá imponer multas coercitivas a quienes, no siendo parte en la ejecución, incumplan injustificadamente sus requerimientos tendentes a lograr la debida y completa ejecución de lo resuelto o para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial”<sup>1015</sup>.

Nuevamente, se aprecia que este tipo de construcción procesal exige la entrega de facultades cognoscitivas y valorativas del juez. La ley fija parámetros pero es el juez en base a su conocimiento inmediato de la causa determina la exacta medida<sup>1016</sup>.

### **G) Otras figuras identificadas como coerciones.**

Como ya se expusiera, en un criterio extenso como coercitiva puede ser considerada toda medida que pueda potencialmente incidir en la voluntad de alguien para ajustar su conducta a las pretensiones del ordenamiento jurídico. La coerción, según la noción manejada en esta tesis, corresponde a aquellas medidas creadas específicamente para producir tal efecto como las recién repasadas. Sin embargo, es interesante revisar otras postuladas por la doctrina, para el fin de comprender los esquemas concretos de promoción o disuasión del ordenamiento; para verificar medidas que existen en otros ordenamientos y que implican el más alto grado de intervención en la esfera empresarial (es decir, son directas en cuanto a su actuación pero indirectas si tomadas en tanto amenaza contenida en el sistema); y, para razonar sobre la corrección del uso de la sanción penal para estos objetivos.

#### **a) Los salarios de tramitación: encendido debate sobre su naturaleza jurídica. Análisis desde el punto de vista de su función: ¿Incentivo al cumplimiento en sus propios términos?**

En este punto me centraré nuevamente en la legislación española, que cuenta con una amplio debate sobre la naturaleza jurídica de esta figura y que dado el estado actual de la figura permite obtener algunas conclusiones sobre la mentada “naturaleza”. Los salarios de tramitación son “cantidades económicas equivalentes a los salarios devengados durante la tramitación procesal del despido; entendiendo tramitación procesal en sentido amplio, pues

---

evidentemente está desarrollando actividad jurisdiccional. En España como ya se dijera, no se discute la calificación de jurisdiccional de la ejecución, sin embargo va desfigurando esta afirmación con el reparto de funciones que concretamente realiza por medio de la ley. Ésta tendencia sólo se ha acentuado con la ley 13/2009 de 3 de noviembre, que “ha establecido la nueva Oficina Judicial, obligando a la, hasta el momento, más significativa modificación de la LEC 2000. Los cambios se han dirigido principalmente a configurar el nuevo papel del Secretario en el proceso, que ha pasado a tener un importante papel se quiera o no jurisdiccional en ella, cuya más crítica expresión es relativo a la admisión - pero no la inadmisión- de la demanda y otras actuaciones de las partes.”, GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe, *La subsanación...*, op. cit., p. 51.

<sup>1015</sup> Sin perjuicio, señala la norma, de la responsabilidad indemnizatoria del artículo 75 inciso tercero de la LRJS, que regula los deberes procesales de las partes.

<sup>1016</sup> Para FERRONI, el principal de ellos: el límite mínimo y máximo de la multa, op. cit., p. 371.

abarcan no sólo desde la demanda en adelante, sino también desde el momento del despido hasta la demanda (incluyendo lógicamente el intento de conciliación)”<sup>1017</sup>. Su interés principal, es que representa un “coste del despido”. “Entendemos que coste es la cantidad económica que debe abonarse para que se produzca un determinado efecto jurídico; concretamente, en el trabajo que nos ocupa, el precio de la extinción del contrato de trabajo (...). Desde este punto de vista, el coste del despido se configura como aquella suma que debe abonar el empresario a consecuencia de su decisión unilateral de dar por extinguido el contrato de trabajo; ya sea una decisión amparada por el ordenamiento al existir una justa causa (no imputable al trabajador como consecuencia de un incumplimiento de su contrato), o bien estemos ante una decisión arbitraria del empresario, que a pesar de no existir una justa causa extintiva, decide dar por extinguida la relación laboral por su libérrima voluntad. En definitiva, hablamos de las cantidades económicas previstas por el ordenamiento y que debe pagar el empresario para obtener como resultado la extinción del contrato de trabajo”<sup>1018</sup>.

En un estudio anterior a la Reforma Laboral 2012, Gorelli ubicaba dentro de esta primera noción a la indemnización principal por años de servicio y los salarios de tramitación. En seguida, entregaba una noción más amplia de coste del despido, la “que no se ciñe a los supuestos en los que se produce la extinción del contrato de trabajo y con el mantenimiento de la relación laboral, el empresario abona una cantidad económica para expulsar al trabajador del ámbito productivo, de la empresa o centro de trabajo. Por decirlo en términos coloquiales, se paga por mandar el trabajador a casa aun cuando no se produce la extinción del contrato de trabajo. Nos referimos, por ejemplo a los supuestos de despidos nulos, en los que nuestro ordenamiento prevé expresamente la posibilidad de condenar a la empresa a la readmisión, pero sin imponerla en sentido estricto, pues el empresario puede evitar la presencia del trabajador dentro del centro productivo a cambio (fundamentalmente) de abonar el salario; de igual manera el despido improcedente de un representante de personal con opción por la readmisión”<sup>1019</sup>.

El tercer sentido depende de la funcionalidad que cada una de las cantidades asociadas al despido tengan: la indemnización principal (actualmente de treinta y tres días por año con un tope de veinticuatro mensualidades); salarios de tramitación; abono de salario en caso de ejecución forzosa de la readmisión; la indemnización suplementaria o adicional en caso de despido improcedente con extinción del contrato a través de incidente de no readmisión; indemnización por despido nulo discriminatorio o violatorio de derechos fundamentales; la indemnización en caso de readmisión imposible<sup>1020</sup>. Es este criterio de análisis el que interesa para efectos de valorar la figura de los salarios de tramitación. Lo anterior debido a que sus seguidas modificaciones legales han dejado en evidencia que, más relevante que su naturaleza jurídica<sup>1021</sup>, es la constatación en esta historia regulativa de cómo el legislador los ha usado para delinear un modelo orientado a determinados fines puestos<sup>1022</sup>.

<sup>1017</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., p. 203.

<sup>1018</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., p. 195.

<sup>1019</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., p. 195.

<sup>1020</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., pp. 195 y siguiente.

<sup>1021</sup> Que ya en 1996 lamentaba RÍOS SALMERÓN señalando “[a] la vista de los esfuerzos doctrinales desplegados, no es exagerado concluir que el asunto ha sido víctima de un excesivo conceptualismo, pese a no ser ésta la vía más aconsejables para abordar problemas del mundo del trabajo, donde la ponderación de los intereses en juego, con un mínimo e indispensable apoyo legal, sería camino más aconsejable”, en

Es por esta razón que la definición de los casos en que proceden los salarios de tramitación permite enfocarlos como un incentivo o desincentivo para las decisiones extintivas empresariales, y, es en tal sentido también, que algunos han visto en esta figura una forma de coerción indirecta.

Antes de la Reforma Laboral 2012, cuando un despido se declaraba improcedente o nulo, el empresario debía abonar al trabajador la indemnización por despido, ascendente a cuarenta y cinco días por año trabajado -con el límite de cuarenta y dos mensualidades- o bien readmitir al trabajador en su puesto de trabajo. En cualquiera de los casos, debía abonar los salarios dejados de percibir por el trabajador desde el momento del despido hasta la fecha de la sentencia: éstos eran los llamados salarios de tramitación. Antes de la Reforma Laboral del RDL 5/2002, y procediendo la erogación tanto en los supuestos de despido improcedente como en el nulo, podía desarrollarse la materia en torno a una pregunta: “¿Cuál es la función o finalidad de los salarios de tramitación en estos casos?”. En el caso de la nulidad, la explicación siempre ha sido evidente pues es un efecto propio de la reconstitución de la relación laboral<sup>1023</sup>.

---

“Ejecución provisional...”, *Ejecución provisional y...*, op. cit., p. 118. Llegando a una conclusión que parece vaticinio. “En resumen, la partida que llamamos salario de trámite debe recibir, en cada una de las situaciones que afrontemos, el tratamiento jurídico más cercano posible al que tendrían los salarios derivados del trabajo. El proseguir un debate de claro corte dogmático, con distinción final entre despido nulo e improcedente, no conseguirá otra cosa que alertar al legislador de la reforma, quien, tras el recorte practicado en la ejecución provisional (...), podría preguntarse por el sentido y la justificación que tienen los salarios que corresponden a un tiempo posterior al acto patronal extintivo, si luego no va a seguir reconstrucción alguna del vínculo”, op. cit., p. 119.

<sup>1022</sup> Sobre los salarios de tramitación de ha dicho que “se trata de otro componente tradicional de la dimensión patrimonial del despido injustificado y, además, el aspecto reparador del daño que al trabajador provoca el despido más fuertemente cuestionado y amenazado por las sucesivas reformas laborales que han afectado el despido desde los parámetros de la ordenación del mercado de trabajo. Fue la reforma de 1994 la que inauguró la senda limitativa que se intentó llevar al extremo en 2002 aunque finalmente resultó parcialmente corregida mediante la ley 45/2002 que, no obstante, ha dejado a los salarios de tramitación seriamente limitados al resultar excluidos en determinadas hipótesis de la improcedencia (...). Ha participado de este modo el legislador de una óptica según la cual los salarios de trámite producen unos efectos insidiosos al espolear la litigiosidad del despido; y ha promovido sin disimulo una concepción del despido desjudicializada y, por tanto, descausalizada además de claramente orientada a perjudicar los vínculos laborales más precarios por limitados en el tiempo, en donde la indemnización por despido apenas tiene efecto disuasorio del poder empresarial”, BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido...*, op. cit., pp. 16-161. A favor de la supresión de los salarios de tramitación por su papel de incentivo a la litigiosidad y justificación en que sólo procedan cuando habrá readmisión porque es el caso en que habrá reconstrucción del vínculo laboral, DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Sobre el despido y su violencia...”, op. cit., p. 25.

<sup>1023</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., p. 205.

Más debatida era su justificación en el caso de los despidos improcedentes. “Tradicionalmente se ha considerado que los salarios de tramitación se plantean como un mecanismo dirigido a paliar la ausencia de salarios durante el proceso de despido”<sup>1024</sup>. Se aprecia que este es un argumento práctico y que responde a una opción de política legislativa, pero con un entronque constitucional: sería favorable a la efectividad del derecho al trabajo y la tutela judicial efectiva. “Es decir, se establece como un mecanismo que permita al trabajador soportar los costes procesales del despido, facilitando así el acceso del trabajador a la jurisdicción y permitiendo que se satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, la satisfacción económica del trabajador no se produce durante el proceso, sino que tan sólo se satisfacen las necesidades económicas del trabajador *a posteriori*, una vez que el órgano judicial califica el despido, lo cual es lógico, pues tal como acabamos de señalar el abono de los salarios está condicionado a la improcedencia del despido por falta de causa o incumplimiento de los requisitos formales. Dese este punto de vista los salarios de tramitación, al generar la legítima expectativa en el trabajador de acceder a recursos económicos por defender de la ilicitud del despido, suponen un mecanismo que refuerza el control judicial de la decisión empresarial y por tanto implican una mayor presencia del principio de causalidad del despido”<sup>1025</sup>.

Otra perspectiva atribuye a los salarios de tramitación una naturaleza indemnizatoria, puesto que también tendrían “como objetivo compensar al trabajador de los perjuicios que derivan del despido durante el período tramitación del proceso”<sup>1026</sup>. Sin embargo, esta lectura es más conflictiva ya que tendría que justificarse su compatibilidad con la indemnización principal. Sobre esto se ha dicho: “desde nuestro punto de vista, lo más ajustado es mantener la autonomía de los salarios de tramitación respecto de la indemnización principal, por lo que conviene delimitar su consideración como indemnización por daño y perjuicios. Pero si se insiste en un planteamiento indemnizatorio, creo que o bien separamos el papel de cada una de las indemnizaciones con claridad, o bien se suprimen los salarios de tramitación en caso de despidos improcedentes, incrementando paralelamente la cuantía de la indemnización básica” pero puntualizando que “donde no tiene en absoluto interés alterar la regulación sobre salarios de tramitación es en el ámbito de los supuestos en que se produzca la readmisión, pues estamos ante uno de los efectos de la misma”<sup>1027</sup>.

Para algunos, las indemnizaciones se diferenciarían de la siguiente manera: la indemnización principal compensaría la pérdida del empleo y “la otra se dirigiría a sancionar el ejercicio irregular del poder de administrar la relación laboral”<sup>1028</sup>. Cuando los salarios de tramitación se debían pagar en los despidos calificados judicialmente de improcedentes, tal como sucedía con los despidos nulos, era entonces en que funcionaban como una coerción en favor de la readmisión, porque “este segundo componente indemnizatorio no se produciría si el empleador reconsiderase su decisión y procediera a readmitir – en realidad a contratar de nuevo- al trabajador definitivamente despedido desde la fecha prevista en la carta”<sup>1029</sup>. En este sentido, cumplía una función coercitiva, tomada

<sup>1024</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., p. 205.

<sup>1025</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., p. 206.

<sup>1026</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., p. 206.

<sup>1027</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico...*, op. cit., p. 207.

<sup>1028</sup> BAYLOS GRAU, Antonio y PEÉREZ REY, Joaquín, *El despido...*, op. cit., p. 163.

<sup>1029</sup> BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido...*, op. cit., p. 163.



en su noción más elemental de no prescindir, como la ejecución directa, de la voluntad del infractor, sino que la solicita y pretende obtenerla “por medio de un cálculo de conveniencia”<sup>1030</sup>.

Sin embargo, las sucesivas reformas, hasta concretar su eliminación del despido improcedente, no sólo impiden mantener la idea de salarios de tramitación como coerción en este sentido básico recién expuesto, sino que lo constituyen como su opuesto. Esto es así, porque en la medida que se opte por indemnizar, no se asumirá este coste, delineando un esquema disuasivo a la readmisión, que, como se ha sostenido durante todo este trabajo, es la mejor y más completa forma de reparación de la actuación irregular del poder de extinguir la relación laboral. En tal modo, este esquema manifiesta un doble signo contrario a la reparación, porque desenganchado de ser un elemento a favor a la readmisión, por medio de su función dentro de un juicio de conveniencia, implica un punto a favor de la “monetización”<sup>1031</sup> del despido. Pero ya situados en una lógica “monetizada”, dentro del supuesto de mayor aplicación en materia de despido<sup>1032</sup>, implica una disminución de la compensación económica prevista por el ordenamiento para casos de despidos practicados en contra de las disposiciones del mismo.

#### **b) La intervención de un tercero en la empresa.**

En la clasificación principal planteada en esta tesis la medida de intervención de un tercero –*manu* militar- forma parte de la ejecución directa. Sin embargo, por su gravedad en relación a los poderes empresariales también es analizada como coerción, en el sentido del efecto que provoca la sola posibilidad de su aplicación. Decretar como medida de ejecución la intervención de un tercero –*manu militari*-, en la empresa, sea el mismo juez de la causa, un síndico o administrador, es calificada “de intensidad máxima”<sup>1033</sup>. Pero esa intensidad máxima debe ser puesta en relación a algo y, en ese sentido, cabe precisar que la referencia debe ser a que se encontraría en el grado más cercano a la expropiación de los poderes empresariales y no así, al bien jurídico que se expropia porque entonces, la máxima intensidad todavía se debe sostener la tiene cualquier medida que afecte la libertad del condenado. Sin embargo, cabe decir también, la intervención de un tercero es una figura que no genera polémica en la figura del administrador concursal en el Derecho Comercial, por lo que esa magnificación de la intensidad de la medida debe traer causa en

---

<sup>1030</sup> BORRÉ, Giuseppe, *Esecuzione forzata*, op. cit., p. 48.

<sup>1031</sup> “La ‘monetización’ del despido que está en la base de la improcedencia ha adquirido tal preponderancia en el debate teórico y práctico que ha trascendido la tradicional contraposición entre estabilidad real y obligatoria, para, mirando exclusivamente a esta última, centrarse en cuánto cuesta el despido. Asumiendo el hecho de que un acto ilícito surta efectos, todo parece centrarse en el simple dato de cuánto hay que pagar por esa arrogancia. Incluso el debate sindical se ha visto arrastrado a la óptica del coste del despido, de forma que la defensa de indemnizaciones razonables y de reparación ha adquirido tal centralidad que el mantenimiento del puesto de trabajo ha pasado a ser un elemento marginal”, BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido...*, op. cit., p. 151.

<sup>1032</sup> BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido...*, op. cit., p. 100.

<sup>1033</sup> RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “Ejecución provisional...”, op. cit., p. 112.

algún otro elemento. Probablemente sea que ésta se aplicaría a una empresa “viva” y en ese sentido, constituye la contradicción total de los poderes de titularidad empresarial.

La continuidad de la empresa se ve acompañada de la prosecución de la relación laboral en conflicto y las de los otros trabajadores en la empresa. Esto significa que la intervención del tercero tendrá que ser determinada y ello dependerá de qué tipo de medida de reparación constitutiva de obligación de hacer o no hacer se esté intentando ejecutar. Sobre este punto se ha razonado en torno a la obligación de readmisión, en que siendo entendida como obligación compleja, se ha estimado que la acción de “reingresar” al trabajador físicamente en la empresa, es susceptible de ejecución forzada *manu militari*. Sin embargo, la segunda parte de la readmisión que es la devolución de la ocupación efectiva en forma permanente, es siempre “infungible y, por tanto, no susceptible de ejecución específica”<sup>1034</sup>(en la terminología utilizada en esta tesis, “directa”).

Para salvar este límite constatado, se han planteado posibilidades de intervención a largo plazo, que ya implicarían mayor restricción todavía de los poderes empresariales, como el nombramiento de un “comisario *ad acta*”<sup>1035</sup>. Mirado de otra forma, no dista tanto de postular un programa de cumplimiento y control de cumplimiento para las obligaciones de hacer y de no hacer, en que se considere que estos cambios a que es obligado el empleador deben ser sostenidos en el tiempo, lo que podría entregarse al juez de la ejecución, siendo armónico con la idea de que en estas obligaciones es donde menos releva la contraposición ejecución/cognición y cuyo objeto no es la más rápida pero sí el más efectivo y adecuado cumplimiento de las medidas.

No obstante, como no forman parte de la cultura jurídica de los ordenamientos revisados, son estudiadas por la doctrina a propósito del mismo asombro que provocan, al ser consideradas por ser vistas como las de mayor eficacia compulsoria y que, por ende, mejor garantizarían “el espontáneo cumplimiento”<sup>1036</sup>.

### c) La sanción penal como coerción y como norma de cierre.

Si bien algunos autores<sup>1037</sup> ubican en sus estudios a la sanción penal como una medida de coerción, para otros, no es la aplicación concreta del delito, que será problema de la justicia penal, sino que lo que releva es el uso de la amenaza penal por el juez laboral como forma de coerción de la voluntad del ejecutado renuente<sup>1038</sup>.

<sup>1034</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 27.

<sup>1035</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 27.

<sup>1036</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., p. 27; MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli...*, op. cit., pp.119-145-179 y siguientes.

<sup>1037</sup> CATALÁ COMÁS y la doctrina por ella citada, que se había pronunciado favorablemente en la X reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas, celebrada en 1977, en la Universidad de Santiago de Compostela: Montero Aroca, Pietro castro de la Oliva, Pérez Gordo., op. cit., 185, nota 352.

<sup>1038</sup> MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi ...*, op. cit., p. 9. Para TASCÓN LÓPEZ “cabrá acudir a la amenaza de la tutela penal para cuando, tras un período de apremios infructuosos, siga sin reponerlo en sus antiguas condiciones, amenazándole con incoar un proceso penal por delito de desobediencia a la autoridad (art.709.3 LEC)”, *La ejecución de las obligaciones...*, op. cit., p.324. En todo

Me parece un camino poco adecuado, primero, porque existiendo el tipo penal en los ordenamientos, no parece cumplir ningún papel – lo que puede ser contra argumentado en que esto se debe a su falta de aplicación-. Pero esa es una razón secundaria a la importancia de mantener al Derecho Penal dentro de su función retributiva y que las figuras delictivas sean objeto de estudio dentro de ese parámetro, sobre todo mientras su conminación sea a penas privativas de libertad, como en este caso<sup>1039</sup>. Más cuando se hace una remisión tan genérica, para hacerse partidario de abrir la puerta sin más a la aplicación de penas corporales al no cumplimiento de resoluciones judiciales, lo que a todas luces es una idea delicada, por el signo autoritario que implican. De esta forma, deberían ser precedidos de un debate sobre qué resoluciones, en qué circunstancias, y en qué momento de la actitud contumaz justificarían la medida.

Mientras no se afiance un Derecho Penal Económico, con penas que sean relevantes para quienes pretendan actuar en el mercado y, para poder sostener una jerarquía de valores dentro del ordenamiento en que la pérdida de libertad siga siendo considerada como la pena más grave prevista por el ordenamiento, la cual sólo pueda proceder en virtud de un Derecho Penal estricto en sus principios<sup>1040</sup>, me parece imprudente su instrumentalización en términos tan vagos por otra disciplina<sup>1041</sup>.

Por lo demás<sup>1042</sup>, es al momento de introducirle funciones preventivas a las penas que Kelsen postulaba que no existía “función más vasta y genérica que a prevención por intimidación”<sup>1043</sup>, precisándose además que “en la sistemática kelseniana, la sanción de la ejecución forzada corresponde perfectamente al concepto que tiene la dogmática procesal civilista. “ ‘También la ejecución forzada consiste en infligir un mal en modo coercitivo. Pero se diferencia de la pena porque tiene lugar, como se suele decir, con el fin de poner reparación a un ilícito, consistente en el comportamiento contra el cual la sanción interviene como reacción. La así llamada reparación del ilícito consiste en el poner término a la situación derivada del comportamiento antijurídico Y en este sentido antijurídica en sí

---

caso, la citada norma de la LEC que regula la ejecución de obligaciones personalísimas no señala este apercibimiento.

<sup>1039</sup> Según el artículo 556 del Código Penal español, el delito de desobediencia grave se pena con seis meses a un año.

<sup>1040</sup> CATALÁ COMÁS, al decir que el Derecho Penal tiene una “finalidad” de *ultima ratio* – que más bien es una característica, derivada del principio de intervención mínima- señala “[n]o obstante, mientras no se consigan otros medios mejores no es oportuno minusvalorar la solución que esa rama del ordenamiento jurídico ofrece”, op. cit., p. 175, y 184.

<sup>1041</sup> Lo que a su vez se corresponde con una concepción del Derecho Penal que probablemente ya no se ajusta a lo que es, pues éste, de *lege data*, en España desde el Código de 1995, establece una normativa que “contribuye a proteger al empresario al tipificar algunos de los atentados más graves a su actividad y organización empresarial”, refiriéndose al Capítulo XI relativo los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Sobre esta materia se puede consultar, NOGUERIA GUASTAVINO, Magdalena, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, España, 1997, pp. 70 y siguientes.

<sup>1042</sup> Y como se dijera en el capítulo I, sección 9.2 (respecto de la prevención y las garantías de no repetición).

<sup>1043</sup> Citado por CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive...*, op. cit., p. 123.

misma) y el poner en acto una situación conforme al Derecho”<sup>1044</sup>. Esta diferencia no es menor y describe una dirección opuesta entre una pena y una medida coercitiva. Los apremios carecen de naturaleza penal pues tienen diferencias esenciales: se distinguen de la pena porque tienen como objeto “producir coactivamente la realización u omisión de un acto”<sup>1045</sup>, y no, como en el caso de la pena, tienen como precedente la realización de un injusto ya perpetrado<sup>1046</sup>. Pero además, se diferencian porque la pena “no coincide con la conducta prescrita por la norma infringida u obligación condicionantes, como ocurre con el cumplimiento forzoso previsto por el Derecho privado y las medidas coactivas para lograr que el particular realice ciertas actuaciones puestas a su cargo por la ley.”<sup>1047</sup>. Sin estos matices todo el Derecho tendría una función preventiva y la noción perdería cualquier capacidad explicativa. Sin embargo, cabe separar categorías que tengan como función específica la prevención, como sucede con determinadas medidas de reparación no monetarias y con determinadas sanciones en tanto éstas se ajusten a la mentalidad del infractor, en este caso empresarial, afectando bienes jurídicos que sean de su verdadero interés, como sucede con su capacidad de actuación en el mercado.

La norma que se invoca para decir que puede sancionarse penalmente el incumplimiento de las resoluciones judiciales en España, es el artículo 556 del Código Penal. Sus términos son los que siguen: “Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550 [reos de atentado], resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”. Su ubicación está dentro del Título XXII, delitos contra el orden público, específicamente en su capítulo II “De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”.

No se trata de una norma pensada para proteger a la “Administración de Justicia”<sup>1048</sup> reforzando su función de hacer ejecutar lo juzgado, es una norma mucho más amplia que

<sup>1044</sup> CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive...*, op. cit., p. 123.

<sup>1045</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Editorial BdeF, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 31.

<sup>1046</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, op. cit., p. 31.

<sup>1047</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, op. cit., p. 31.

<sup>1048</sup> Por lo demás, una expresión criticada: “[e]n efecto, la de *Administración de Justicia* es una denominación portadora de un dúplice equívoco. Primero, por cuanto gira en torno a un *quid* —la justicia— extraordinariamente difícil de precisar en el plano filosófico y que, aun haciendo abstracción de la magna pregunta sobre la fundamentación de su existencia entre los supremos valores jurídicos, es decir, que le corresponda o no un lugar al interior de la idea del Derecho, nada tiene que ver con la circunscrita y positiva esfera de una de las funciones del Estado<sup>1048</sup>. En este orden de consideraciones, la nomenclatura al uso en Alemania —*Rechtspflege*, que literalmente significa cuidado y, también, administración del Derecho<sup>1048</sup>— resulta acaso más ajustada, aunque tampoco del todo exacta y apropiada. Pues —he aquí el otro equívoco— no deja de ser una inquietante paradoja en lo que hace a la separación de los poderes del Estado y la autonomía del judicial ante el ejecutivo, que la actividad de los órganos encargados de las funciones jurisdiccionales lleve el nombre de administración<sup>1048</sup>, si es verdad que la tarea del Poder judicial, antes que consistir en ‘administrar’ o ‘cuidar’ nada, radica en declarar coactivamente el Derecho frente a los casos en que el ordenamiento o los hechos a los que debe aplicarse son controvertidos, o negada la norma que se

protege a la “Autoridad Pública”<sup>1049</sup>. Tampoco debe perderse de vista que el Código Penal de 1944, contemplaba este delito, en su artículo 237, pero perteneciente al título de delitos contra la Seguridad Interior del Estado.

El significado que se entiende dar al bien jurídico, cuando la conducta es la inexecución de una resolución, es el de jurisdicción<sup>1050</sup>, tomada en “dos sentidos, objetivo y subjetivo, encapsulados en la noción, es decir, jurisdicción como actividad jurisdiccional y también como conjunto de sujetos investidos de funciones judiciales, forman la materia de su tutela punitiva”, lo que continúa siendo un objeto amplio<sup>1051</sup>. La figura penal, aplicada a la

---

adecua a éstos”, GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Introducción a los delitos contra la Administración pública*, Instituto de estudio e Investigación Jurídica, Managua, Nicaragua, 2008, p.10.

<sup>1049</sup> Por ejemplo, el Código Penal de Argentina y Nicaragua dentro del título dedicado a los delitos contra la Administración Pública, contemplan un capítulo para los delitos contra “la Administración de Justicia”, aterrizando en el tema particular de la eficacia del proceso y de la ejecución de las resoluciones judiciales, que no comparte demasiadas características con temas asociables como el quebrantamiento de condena. Pero incluso la categoría señalada, de delitos contra la Administración de Justicia, cuando existe, tiende a englobar diversas conductas punibles: “Por lo demás, esta sedicente autonomía de los delitos contra la Administración de Justicia tampoco es prenda de rigor sistemático. Aquellos que el Código subordina a la última denominación, en los artículos 351-365, giran en torno al falso testimonio, el perjurio, la denuncia o acusación falsas, algunas hipótesis de evasión de detenidos y, ahora, el encubrimiento”, GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Introducción a...* op. cit., p. 154.

<sup>1050</sup> Por ejemplo, así lo plantea Gloria Rojas Rivero al decir que “[e]s a través de la ejecución forzosa como podemos medir la eficacia de la Administración de Justicia (...). Cuando se dice que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta la efectividad del fallo, se quiere decir que el Tribunal habrá de adoptar las medidas conducentes a ello (STC 26/1983) pues en virtud del artículo 177.3 CE, corresponde a los Tribunales, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo que quiere decir, en el esquema más sencillo y lógico que: primero se declara el derecho (proceso de declaración y luego se procede a su ejecución (proceso de ejecución). Ello es así hasta el punto de que, en la doctrina se presenta aquella declaración como el grado previo de la tutela judicial y la ejecución como su núcleo”, en cita a la opinión vertida por Bartolomé Ríos Salmerón, Alfredo Montoya Melgar, Jesús Galiana Moreno y Antonio Sempere Navarro en su *Curso de Procedimiento Laboral*, añadiendo que tal concepción de la potestad jurisdiccional como juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, existe desde los orígenes del constitucionalismo español, ROJAS RIVERO, Gloria, *El proceso de...*, op. cit., p. 29

<sup>1051</sup> “Pero la amplia gama de infracciones que el Código italiano sitúa bajo el epígrafe correspondiente hace dudar a sus estudiosos de que la jurisdicción protegida por él esté en armonía con el alcance del instituto en el Derecho político, en especial por la inclusión de los delitos que afectan, frustrándola, la ejecución de las resoluciones judiciales y los que comportan el ejercicio arbitrario de las propias razones, actos, entrambos, considerados extraños a la auténtica actividad jurisdiccional. De modo que —y esta es la conclusión mayoritaria— “el concepto de Administración de Justicia se dilata y diluye gradualmente, hasta tomar un significado que no corresponde al uso correcto de la palabra en [el] Derecho público, y que sólo es válido en cuanto a los fines específicos del Derecho penal”. La Administración de Justicia, en el sentido del segundo,

inobservancia de resoluciones judiciales, descartado que se inscriba dentro de las formas de coerciones indirectas - aunque para parte de la doctrina este sea una especie de inevitable “efecto colateral”<sup>1052</sup>-, y teniendo presente que esa amenaza es una respuesta del derecho que se tardará en llegar, pues implica su propio juicio, existen varias razones por las que el incumplimiento de una condena a medidas de reparación no monetarias, sería pasible de la sanción penal.

En primer lugar, se trata de reforzar la observancia de condenas a conductas que no sólo se ubican en una rama del Derecho que se halla en una zona intermedia entre los intereses privados y públicos -por algo en algunos ordenamientos llamado “social”- sino que dentro de ese ámbito, dichas conductas han sido calificadas de lesivas a derechos de la más alta jerarquía del ordenamiento jurídico: los derechos fundamentales, por lo que no se trata de darle una protección ulterior a cualquier decisión judicial y en ningún caso es una protección adicional a meros intereses crediticios o privados en general. Cuando se ha hablado de desobediencia grave, para colmar este adjetivo el tribunal Supremo ha considerado que “ha de deducirse del conjunto de circunstancias que rodean al hecho”, algunos de los cuales se condicen con lo recién planteado. “A veces ha considerado preciso atender al origen del mandato, los motivos de hecho, la persistencia de la oposición y el desprestigio de la autoridad, otras ha valorado el hecho conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la importancia de la orden y las consecuencias de su incumplimiento, también puede apoyarse en el origen del mandato, jerarquía de la autoridad, trascendencia del acto, accidentes de lugar, modo y tiempo e intencionalidad del agente”<sup>1053</sup>.

Segundo, el contenido de la condena no es económico, el costo del cumplimiento es secundario en relación a las obligaciones de hacer y no hacer, y no tienen aspectos infamantes o que puedan objetivamente perjudicar la dignidad de un sujeto dentro de la sociedad, por lo tanto, la voluntad contumaz difícilmente encontrará una apoyatura contundente, que pase de ser el intento de superponer la propia opinión a la del Tribunal manifestada en la sentencia<sup>1054</sup>, actitud que subvierte la lógica del Derecho desde sus

---

comprendería todas las actividades que tengan relación con la finalidad última del Poder judicial, ofreciendo, en consecuencia, una substancia enriquecida de cara al paralelo ordenamiento primario. Con términos semejantes y en lo medular iguales, describen el problema los dogmáticos de aquellos países en los que la legislación penal italiana ha sido particularmente influyente, como el Brasil.”, GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Introducción a...*, op. cit., p. 15.

<sup>1052</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas...*, op. cit., pp. 175-184.

<sup>1053</sup> CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas...*, op. cit., p. 180.

<sup>1054</sup> Ilustrativo sobre el punto resulta este pasaje de la STS de 5 de junio, (Ar. 2579). “Si bien es cierto que la figura de desobediencia del art. 237 CP no obliga a acatar resoluciones injustas..., esa desobediencia o resistencia a la injusticia sólo destipifica la conducta cuando es patente y notoria, en extralimitaciones de plena evidencia, no en supuestos que, como en el que ahora se enjuicia, la falta de estricto ajuste a la legalidad civil, en el orden material y formal, es a lo más discutible, y en que el deber del ciudadano es respetar los mandatos que la Autoridad judicial exigiere, como fue el de abstenerse de perturbar la posesión concedida a otra persona, pues la mera creencia subjetiva de hallarse asistido de mejor derecho, que normalmente suele existir en cada parte, no puede ni debe amparar las conductas de franca rebeldía a lo acordado, lo valdría tanto como dejar desamparado de toda protección legal penal el proceso civil en fase

cimientos al haberse expropiado la facultad de declarar e imperar el Derecho a los particulares.

Como tercer punto, un requisito importante del delito es la actitud persistente del condenado a no cumplir con la obligación ordenada, para algunos el requisito más importante<sup>1055</sup>, cuestión que se acredita por sí misma en el caso de una ejecución que no dio lugar al cumplimiento. No sólo porque nos encontramos con un sujeto contra quien se desplegó un proceso de ejecución, sino porque este proceso contempla una serie de requerimientos, momentos cognoscitivos<sup>1056</sup>, y plazos – incluso muy criticados por la dilatación en la respuesta judicial- que fueron soportados por el ejecutado sin que adecuara su conducta a Derecho, que es lo único relevante jurídicamente. No así lo que continúe considerando sobre la condena en su fuero interno, el cual, por lo demás, será uno muy especial, pues, salvo el caso del empleador que se corresponde a una persona natural, se trata de una voluntad que equivale a la opinión de varios sujetos que conforman a la parte empleadora.

Dejando esta armonización del delito de desacato con la inejecución de las reparaciones no monetarias, existe una última perspectiva que permitirá, quizás, cerrar de mejor manera el apartado dedicado a la norma de clausura del ordenamiento. Se trata de una cuestión de método: razonar por problemas o razonar por sistema.

Al abordar el problema de la aplicación de la sanción penal a la inejecución de la obligación de readmitir, Ferroni reflexionaba, al criticar la especialización del razonamiento laboral, que éste constituiría un vicio metodológico, pues no puede aspirar a sacar reglas generales para el ordenamiento. “La aproximación doctrinal al tema en examen se puede, desde el punto de vista metodológico, subdividir en dos orientaciones netamente contrapuestas. La primera se caracteriza por la adopción de un método empírico inductivo que impone necesariamente pensar por problemas; el segundo, en cambio, el método deductivo sistemático. No se entiende, en esta sede, reabrir un discurso muy complejo, como es el de la metodología jurídica, ni se quiere apriorísticamente optar por una u otro vía. Se entiende, solamente, recorriendo las vías seguidas por ambas orientaciones, verificar la correspondencia de las conclusiones logradas por el Derecho positivo y más en particular verificar las opciones de valor que sostienen a las diversas aproximaciones metodológicas corresponden a los principios y a los valores

---

decisiva como es la ejecutiva, con el consiguiente desprestigio de los acuerdos judiciales”, citada por CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas...*, op. cit., p. 179, nota 329.

<sup>1055</sup> “Si parece bastante seguro que para apreciar gravedad en la desobediencia se requiere una clara actitud de rebeldía, una contumacia en el incumplimiento; que sea reiterada. Ello lleva a que la jurisprudencia exija normalmente, salvo órdenes que por su naturaleza en el caso concreto deban cumplirse de inmediato (en materia de sanidad o catástrofes, por ejemplo), la reiteración del mandato, y además, si se trata de orden de la autoridad judicial, apercibimiento de que se le puede procesar. ‘Si un mandato no se reitera – dice Queralt- permitiéndolo las circunstancias, es que no es importante y, si no lo es, carece de sentido castigar por desobediencia grave”, CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas...*, op. cit., p. 180.

<sup>1056</sup> El Tribunal requiere el cumplimiento concediendo un plazo “oportuno - ‘de gracia’- en función de la complejidad y características de la obligación, así como de las circunstancias en presencia, pudiendo apercibir al ejecutado con la utilización de multas coercitivas o apremios pecuniarios”, según el artículo 699 LEC, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones de hacer...*, op. cit., p. 114.

constitucionales. Y de hecho, no tiene sentido optar en abstracto por uno u otro método. Ha sido subrayado que no existe para el jurista una forma obligada para pensar y que las reflexiones sobre el método no es una reflexión sobre la elección, sino la consciencia de la elección y de los resultados que la adopción de un determinado método puede comportar”<sup>1057</sup>. ¿Qué quiero decir con esto? En rigor, llegar a la conclusión contraria de Ferroni, pero por las mismas líneas.

El problema de la aplicación del Derecho Penal al social es que aquél responde a un pensamiento sistemático que históricamente se construyó para una realidad distinta a la que aborda, especialmente hoy, el Derecho del Trabajo, y ese debate le pertenece: si afirmar su sistema por encima de todo, y hacer caso omiso a las realidades que no logra satisfacer y declararse incompetente para ellas, o cuestionar el sistema de manera que pueda de modo eficiente responder a esa realidad<sup>1058</sup>.

Pero el Derecho del Trabajo, como espero haber suficientemente mostrado cada vez que pareció oportuno, tampoco es “un problema”, no es “un caso” dentro de algo más general, como sería el Derecho Civil. Posee principios, especialmente el de protección, sujetos y razonamientos propios, por lo que exige soluciones particulares, sin pretensión de extenderlas al resto de las disciplinas. Es por ello que ha ido pulsando nuevas respuestas jurídicas y formas de cumplirlas al menos a nivel de debate, que permitan, satisfacer sus propias necesidades de funcionamiento, no dependiendo de otras áreas jurídicas y dejando al Derecho Penal en su papel subsidiario dentro del ordenamiento jurídico.

#### **IV. Ejecución y Constitución. Aspectos centrales del caso español.**

La ejecución es en sí misma un derecho, consecuencia “de la proclamación constitucional relativa a la potestad jurisdiccional como la potestad de ‘juzgar y hacer ejecutar lo juzgado’ (art.117.3 CE)”<sup>1059</sup>. Ello fue clarificado y reforzado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, al declarar que dentro del contenido esencial de la Tutela Judicial Efectiva, se encontraba el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones

<sup>1057</sup> FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare...*, op. cit., pp. 30 y siguientes.

<sup>1058</sup> Lo que constituye todo un campo de discusión, pues se trata de líneas, lanzadas desde las diversas áreas del Derecho, que empiezan a tocarse y no de la manera más convincente. En Chile, recientemente por un caso de colusión de farmacias en la fijación de precios en los medicamentos, las sanciones, acordadas en la suspensión del procedimientos, algunas fueron de reparación no monetarias: capacitaciones en “ética empresarial” para los imputados, más condenas a los mismos ejecutivos de dar sumas de dinero a organizaciones sociales no gubernamentales vinculadas al tema de salud, lo que parece una respuesta débil de la parte del sistema jurídico de seleccionar las conductas que dañen más fuertemente los principales bienes jurídicos del ordenamiento, asignándoles una pena proporcional. Sin embargo, esta decisión de fecha 08/07/2013, al aprobarse la suspensión condicional del procedimiento por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, fue dejado sin efecto por la sentencia 30/08/2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, N° Reforma Procesal Penal 1953-2013, ordenándose la realización del juicio oral.

Ver: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/07/08/sin-carcel-y-con-clases-de-etica-empresarial-termina-juicio-contra-ejecutivos-de-farmacias-coludidas/>

[Fecha de visita 7 de septiembre de 2013]

<sup>1059</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho Procesal*, op. cit., p. 201.



judiciales, “el cual derivaba, precisamente, del término ‘efectiva’ que adjetiva el derecho a la tutela jurisdiccional”<sup>1060</sup>, al ser consagrado en el ordenamiento constitucional español como “el derecho fundamental de todos los ciudadanos a obtener de los juzgados y tribunales la adopción de las medidas que resulten imprescindibles para que los pronunciamientos judiciales inobservados o incumplidos por ellos puedan ser ejecutados, como regla general, en sus propios términos, y de manera coactiva o forzosa”<sup>1061</sup>.

A su vez, este derecho así entendido, ha sido concebido nada menos que como la más importante garantía del Estado de Derecho, porque “como afirma el propio Tribunal Constitucional, sólo cuando se da cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes ‘el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria’, al igual que las decisiones judiciales ‘no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna’”<sup>1062</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho de configuración legal, “es decir, un derecho cuyo ejercicio por parte de los ciudadanos ha de someterse a las formas, requisitos y condiciones que el legislador ordinario establezca en las distintas leyes procesales”<sup>1063</sup>.

A su turno, esa competencia del legislador para configurarlo se encuentra limitada ya que “exige una ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos, de manera que los requisitos o limitaciones legales impuestas al ejercicio de este derecho deberán responder a finalidades de *protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos*”<sup>1064</sup> y guardar debida proporcionalidad con dichas finalidades”<sup>1065</sup>, imponiendo la aplicación de un juicio de ponderación “razonable y proporcionad[o] de los valores acogidos en la Constitución” a “aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio”<sup>1066</sup>. Por lo mismo, cada vez que se produzca una restricción del cumplimiento en sus propios términos implicará la manifestación de un juicio de valor por parte del legislador en cuanto a qué grado de eficacia merece el derecho a la ejecución en sus propios términos, dependiendo del caso.

Si bien la norma que preside la ejecución en la legislación social, el artículo 241 de la Ley reguladora de la jurisdicción social señala: “Tutela ejecutiva.1. La ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en el título que se ejecuta”, lo cierto es que se trata de un mandato varias veces desmentido en el entramado normativo. Salvo cuando se trata de “valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos”, es decir, derechos

---

<sup>1060</sup> En cita a la STC 73/2000 de 14 de marzo, GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho Procesal*, op. cit., p. 201.

<sup>1061</sup> GARBERÍA LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho Procesal*, op. cit., p. 201.

<sup>1062</sup> A partir de las sentencias STC 73/2000 de 14 de marzo; 187/2005 de 4 de julio, 180/2006 de 19 de junio, 11/2008 de 21 de enero, GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Constitución y Derecho Procesal”, op. cit., p. 202; *El proceso de ejecución laboral*, LexNova, Valladolid, España, 2001, p. 29.

<sup>1063</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Constitución y Derecho Procesal”, op. cit., p. 203. En el mismo sentido ROJAS RIVERO, Gloria,

<sup>1064</sup> Cursivas mías.

<sup>1065</sup> En cita nuevamente a la STC 73/2000 de 14 de marzo, GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho Procesal*, op. cit., p. 203.

<sup>1066</sup> STC 73/2000 de 14 de marzo.

fundamentales, lo que incluye el Derecho Colectivo y las normas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En esa línea, la obligación paradigmática es la de readmisión. Su contenido complejo, permite plantear la ejecución en relación a obligaciones de hacer y de no hacer. En rigor, es un deber compuesto por varios contenidos que imponen obligaciones tanto económicas como de hacer y tolerar<sup>1067</sup>.

Dos son sus pilares constitucionales: el derecho al trabajo y a la tutela judicial efectiva. El profesor Gorelli estima que entre dichas bases, debe enfatizarse la primera, a diferencia de la línea seguida por el Tribunal Constitucional español. “No cabe duda que la Constitución disciplina el trabajo dependiente, no sólo como una más de las posibles relaciones patrimoniales de intercambio, sino también como una relación social de la que dependerá la propia existencia del trabajador; de ahí la importancia de que pueda ostentar un derecho objetivo al trabajo. Sin embargo, cuando se ha querido fundamentar la readmisión desde una perspectiva constitucional, se ha acudido al plano procesal, al derecho a la tutela judicial efectiva de la readmisión. Esta postura no es en sí misma errónea, pero sí equivoca la dirección inicial del enfoque, pues no debemos olvidar que la ejecución tiene, ante todo, un papel instrumental. La fundamentación constitucional debe de hacerse inicialmente sobre la tutela constitucional del derecho a la readmisión como parte del derecho al trabajo; sobre el plano sustancial de su existencia y contenido, y sólo *a posteriori* debería deducirse su análisis objetivo<sup>1068</sup>”.

Asumiendo la secuencia propuesta el derecho al trabajo fue tratada en extenso en el Capítulo II sección tercera. Ahora procede analizar la tutela judicial efectiva.

#### **A) Tutela judicial efectiva. La norma angular: la sentencia se cumplirá en sus propios términos (artículo 241 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).**

Aterrizando lo dicho sobre la constitucionalización del proceso y la importancia de la ejecución dentro de ese marco en términos tan claros como que “la actividad ejecutiva es imprescindible para que sea efectiva”<sup>1069</sup>, veremos ahora que no se trata de cualquier ejecución. Está presidida por un principio<sup>1070</sup> y un tanto desmentida por la regulación: toda ejecución debe propender, ante todo, a ser llevada a efecto “en sus propios términos”.

El artículo 241 de la LRJS- antes artículo 239.1 de la LPL- con la nueva ley adquiere un nombre: “Tutela ejecutiva”, y es la norma que contiene el mandato de que “la ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en el título que se ejecuta”. Este precepto, constituye la “manifestación directa de lo previsto en los arts. 117. 3 y 118 CE, el ejercicio de la potestad jurisdiccional ‘juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado’”<sup>1071</sup>, y es armónico con la definición de derecho a la ejecución “en clave constitucional”, que antes se expusiera.

<sup>1067</sup> Por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 70

<sup>1068</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El cumplimiento específico de...*, op. cit., p. 34, en cita a las STC 58/1983 de 29 de junio y 69/1983 de 26 de julio.

<sup>1069</sup> ROJAS RIVERO, Gloria, *El proceso de...*, op. cit., p. 28.

<sup>1070</sup> Entre los principios lo ubica Gloria Rojas Rivero, *El proceso de...*, op. cit., 42.

<sup>1071</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Aportaciones al mandato legal...”, op. cit., p. 39.

Para mayor apoyatura se puede citar “una extensa serie de decisiones del Tribunal Constitucional que reiteran esta faceta del mencionado art. 24 CE, cuyo contenido esencial comprende el derecho a que sean ejecutadas en sus propios términos las resoluciones judiciales firmes, pues sin ellos ‘la protección de los derechos e intereses legítimos de los que obtuvieron una resolución favorable no sería efectiva, sino que quedaría en unas declaraciones de intenciones y de reconocimiento de derechos sin alcance práctico (STC 163/1998, de 14 de julio), lo que es cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático (STC 110/1999, de 14 de junio)”<sup>1072</sup>.

Pese a esto que parece “una doctrina constitucional tan segura”<sup>1073</sup>, fue la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en las STC 26/1983, de 13 de abril; 58/1983, de 29 de junio; 205/1987, de 27 de diciembre, la que admitió la legalidad y adecuación de la condena sustitutiva por equivalente pecuniario respecto del despido nulo, que contemplaba la LPL de 1980, para este tipo de casos. Lo anterior fue explicado como una especie de filtración del contenido patrimonial del proceso civil a la jurisprudencia constitucional<sup>1074</sup>.

## **B) Acentuación de la “residualidad” de la ejecución en sus propios términos por efecto de la Reforma Laboral de 2012.**

En este punto, se revela la fricción entre la tendencia legislativa sustantiva y la procesal del período 2011/2012. La primera de ellas puede detectarse en su visión del objeto de protección. “Si la Ley 36/2011 parte de ‘la comprensión del trabajo no exclusivamente como medio en los sistemas productivos sino como un fin en sí mismo del que se derivan derechos necesitados de una especial tutela jurídica’<sup>1075</sup>, el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 consolidan ‘el desplazamiento del objeto de regulación de la ley laboral desde el trabajo a la producción y al empleo, desde el trabajador y sus condiciones de trabajo a su ‘empleabilidad’. El trabajo se desprende de su valor propio y es tratado como un factor de producción y de la economía partiendo de la premisa de que la eliminación de rigideces laborales favorece a la producción y a la economía y que, por ello, permitirá crear empleo. Si la Ley reguladora de la jurisdicción social afirma que su razón de ser es la aplicación efectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el orden jurisdiccional social, las normas reguladoras del mercado laboral de 2012 pretende circunscribir el radio de acción de la tutela judicial sobre determinadas materias, de modo que ‘el control judicial’ no interfiera en la justificación de las decisiones de gestión y reestructuración empresariales ni por sus efectos de lentitud en su adopción efectiva”<sup>1076</sup>.

Dicha tensión se refleja en la determinación de la figura que hace de eje en cada cuerpo normativo. Así: “en materia de despidos y extinciones contractuales, si el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 aspiran a convertir el despido por causa económicas, técnicas, organizativas o

---

<sup>1072</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Anotaciones sobre el...”, op. cit, p. 39; en idéntico sentido ROJAS RIVERO, Gloria, *El proceso de...*, op. cit., p. 28.

<sup>1073</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Anotaciones sobre el...”, op. cit, p. 40.

<sup>1074</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Anotaciones sobre el...”, op. cit, p. 40.

<sup>1075</sup> Apartado II, párrafo segundo del preámbulo LRJS 36/2011.

<sup>1076</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Las reformas 2012 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012, p. 262.

productivas en el ordinario – el ‘más habitual’- en tiempos de crisis, la ley procesal sigue asentando su regulación sobre el despido disciplinario como ‘referencia básica’<sup>1077</sup>.

Es aquí donde empieza a borrarse la frase “en sus propios términos” del derecho fundamental a la ejecución, al potenciar la transformación de lo que se escribió como regla general y se concreta como figura residual. Se explica en que tanto la LPL como ahora la LRJS son tributarias de la LEC a este respecto: en el plano estrictamente jurídico, el modelo de ejecución civil apuesta tanto por el cumplimiento por equivalente pecuniario, dejando en un segundo plano el cumplimiento en sus propios términos – aunque se reconoce como regla general en el art. 241 LRJS- por la dificultades para su realización, cuanto por la promoción de formas de terminación de este proceso sin necesidad de auto, como es la transacción, expresión a favor de la autonomía privada<sup>1078</sup>. Aunque resaltando la búsqueda “embrionaria”, en relación a “aspectos tales como la dimensión colectiva de las obligaciones a ejecutar o la trascendencia institucional de los bienes en juego, típicos del Derecho Social”, los cuales “se vieron en su tiempo relegados por ese modelo liberal, individualista y monetario”<sup>1079</sup>.

Esta búsqueda se va profundizando en la medida que se autonomiza de la legislación procesal civil. “El resultado es la continuidad del modelo de regulación ‘por remisión formal a lo previsto para el proceso de ejecución civil, con sus aperturas a la modernización, sin duda, pero también con sus limitaciones derivadas de los genes patrimonialistas, liberales e individualistas de los que no se puede desprender el procedimiento prototípico del derecho privado. Pero también la resistencia de ese modelo a quedarse relegada, difuminando sus singularidades, de ahí que se exprese, aunque tímidamente esa voluntad de querer conformar – o blindar- espacios para las ‘especialidades’, sobre todo cuando se trata de pretensiones estrictamente monetarias, que hagan coherente la vinculación entre Derecho procesal – adjetivo o instrumental – y

---

<sup>1077</sup> “Cuyas normas son ‘de aplicación a la impugnación de las decisiones empresariales de extinción de contrato con las especialidades necesarias’ (art.103.3 LJS), y a cuyas normas se ajusta la tramitación de los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, sin perjuicio de sus especialidades (art.120 LJS), y a las de éste, a su vez, y, por tanto, a las de aquél, la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor, sin perjuicio de las suyas (art. 124.13 LJS), e incluso la impugnación colectiva del despido colectivo en que las especialidades son relevantísimas”, CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Las reformas 2012...” op. cit., p. 262.

<sup>1078</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la nueva...*, op. cit., p. 486. Gran parte de este libro se dedica a subrayar todos los momentos de evitación del proceso por medio de vías alternativas de resolución de conflictos y una serie de soluciones prácticas que más que la modernización del proceso, para atender a los fines para los que fue creado, buscan derechamente su agilización, que no es para nada lo mismo.

<sup>1079</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la nueva...*, op. cit., p. 486.

derecho sustantivo para esta rama del Derecho Social. El art. 237. 1 LRJS- (...) es elocuente al respecto”<sup>1080</sup>.

Como ya se indicara, al revisarse las reglas de ejecución, este imperativo sólo vincula a la ejecución de sentencias condenatorias en tutela de derechos fundamentales, dando un argumento más para lo que se califica como “pequeño oasis” de la tutela de esta clase de derechos – sobre todo por la expresa extensión de garantías-<sup>1081</sup>. Sin embargo, se registra inmediatamente que este avance puede ser desdibujado, también por la crisis, pero en un segundo sentido: por la dotación de recursos materiales que exige el funcionamiento de la ley<sup>1082</sup>. Este último aspecto, junto con la opción de ceñir la ejecución en sus propios términos a determinados supuestos, tiene un costado práctico que no se puede desatender, que por lo demás afecta a todo tipo de diseño institucional: un procedimiento coactivo tiene costos<sup>1083</sup>. Ello significa que debe priorizarse respecto de qué bienes se emplearán los medios, los cuales, básicamente, se dirigen a algo más complejo que obtener un equivalente económico: obtener acciones de un sujeto en contra de su voluntad. Con la dificultad añadida de que este tipo de ejecución aplica una fuerza contraria a la que el Derecho del Trabajo ha precisamente legitimado en el desarrollo de la relación laboral: un sujeto privado ejerciendo un poder respecto de las conductas de otro<sup>1084</sup>.

Efectivamente, el tema de la ejecución en sus propios términos, entronca con el problema teórico de la “realización práctica de las obligaciones de hacer y de no hacer”<sup>1085</sup> que cruza en diversos momentos el Derecho del Trabajo, aunque con ostensibles diferencias con la autoejecutabilidad del poder empresarial. Se trata de conductas, sí, pero que son impuestas por una sentencia condenatoria de carácter complejo, dictadas por un juez, luego de constatar que se ha afectado un derecho fundamental del trabajador.

---

<sup>1080</sup> Norma que abre el Libro IV, “De la ejecución de las sentencias”, primera oración de las disposiciones generales: “Artículo 237: Competencia.1. Las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, a los que la presente Ley otorga eficacia para iniciar directamente un proceso de ejecución de sentencias o títulos constituidos con intervención judicial, con las especialidades previstas en esta Ley.

<sup>1081</sup> En este aspecto, la LRJS, se presenta “dentro de un contexto general de retroceso de derechos justificado en la crisis económica, como un pequeño oasis al marcar un importante avance”, LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *La tutela de...*, op. cit., p. 16.

<sup>1082</sup> “Debemos de entrada advertir que todas esas intenciones —intachables desde un análisis teórico jurídico— pueden naufragar en su aplicación práctica si consideramos (1) el desfase de partida existente entre la dotación de órganos judiciales y el número de asuntos de su competencia, (2) la importante ampliación, en términos cuantitativos y cualitativos, de las competencias de los órganos judiciales sociales, (3) la demora en la implantación efectiva de la nueva oficina judicial impidiendo la agilización de los procedimientos”, LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “La Ley de la Jurisdicción Social: una primera aproximación”, *Actualidad Laboral*, N°s 21-22, 2011, p. 1

<sup>1083</sup> Para una exposición y reflexión sobre por qué, cómo y con qué efectos ha operado este procedimiento de selección de bienes a proteger con medios escasos, a partir que el poder soberano asume el monopolio de la represión, ver TARELLO, Giovanni, “Ideologías setecentistas...”, op. cit., p. 27.

<sup>1084</sup> Sin embargo, no existe o no he encontrado un estudio que demuestre que la ejecución en sus propios términos de obligaciones de hacer y de no hacer entraña costos mayores al de una ejecución dineraria.

<sup>1085</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Anotaciones sobre el...”, op. cit., p. 40.

### **C) La sentencia condenatoria como título ejecutivo. Tendencia a la incorporación de diversas órdenes de hacer y de no hacer.**

Para analizar la legalidad vigente en España, para ver qué sentido ha ido adquiriendo la cuestión de los contenidos de la sentencia condenatoria en derechos fundamentales, seguiré la construcción de Lousada Arochena, al comentar el artículo 182 de la LRJS – anterior 180 de la LPL- en que señala que se concretan diversos tipos de tutela: declarativa; anulatoria, interdictal, repositoria e indemnizatoria<sup>1086</sup>.

Los contenidos de la sentencia estimatoria, que concede el amparo judicial, se distinguen en:

- La tutela declaratoria: se constata la vulneración, con indicación del derecho infringido<sup>1087</sup>, (artículo 182, letra a).
- La tutela anulatoria: declaración de la nulidad radical de la conducta. Declaración que puede hacerse respecto “de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada”, (artículo 182, letra b).
- La tutela interdictal: orden de cese inmediato del comportamiento antisindical, discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales. La norma en lo pertinente señala que se “ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados”, (artículo 182, letra c). Se aprecia el aumento de las facultades del juez de tomar medidas que frenen la acción lesiva<sup>1088</sup>.

---

<sup>1086</sup> LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *La tutela ...*, op. cit., pp. 75 y siguientes. Que es un modelo distinto a uno clásico como el propuesto por José Luis GOÑI SEIN, quien al tratar la sentencia condenatoria por conductas antisindicales distingue tres: inhibitoria, restitutoria y de reparación, *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Tecnos, Madrid, España, 1996, pp. 10 y siguientes. Dándole a esta última, la perfecta equivalencia con indemnizatoria, única además a la que reconoce funciones de prevención (vía disuasión) de repetición de la conducta lesiva en el futuro, op. cit., p. 22.

<sup>1087</sup> Artículo 182 LRJS: “La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejecutadas: (a) declarará la existencia o no de la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos”. Para CACHÓN VILLAR, en cambio, la parte declarativa es la de aserción de la lesión y la nulidad; y, el cese, reposición y reparación, son condenatorios, “Ejecución provisional”, en la obra colectiva *Diccionario Procesal Social*, (Juan José Fernández Domínguez, coordinador), Civitas, Madrid, España, 1995, pp. 238 y siguientes.

<sup>1088</sup> Acá se aprecia que la orden de cese es tomada como un conjunto de medidas de hacer o no hacer que se determinan en función de las circunstancias concretas del caso y de la forma en que se produjo la lesión. A diferencia de GOÑI SEIN, quien la entiende posible sólo en casos en que una conducta u omisión lesiva perdure al momento de la sentencia y sin que implique una orden de inhibirse de volver a vulnerar el derecho en el futuro, bajo apercibimientos coercitivos, *La indemnización por daños...*, op. cit., p. 10.

- La tutela repositoria: implica llevar la situación al modo en que se encontraba antes de producirse la lesión.

La última forma de tutela tiene redacción amplia y expresamente conecta con la reparación como un concepto mayor que la indemnización – relación de género a especie-. Dice la norma que el juez en la sentencia “dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”. En realidad, el cese y lo que la norma llama “restablecimiento”, que incluye “reposición” (en el sentido de retrotraer al estado anterior y que reconecta con la nulidad<sup>1089</sup>), y “reparación”, que implica la eliminación de los efectos, son distintas voces para significar la adopción de lo que en esta tesis se anudó a la

---

<sup>1089</sup> En el sentido que es la declaración de nulidad, la que fundamenta la condena a órdenes de “eliminación de los efectos”, “reposición al estado anterior”. Pese a que la nulidad implica retrotraer al estado anterior, es ilustrativo señalar que es un instrumento creado pensando en actos jurídicos más que para ilícitos cometido por medio de conductas. “Y es que el legislador ha sido consciente de que la nulidad sólo es eficaz para los supuestos en que la antisindicalidad se expresa mediante actos jurídicos, negociales o contractuales, no cuando se manifiesta a través de otro tipo de actuaciones en las que una sanción a su validez jurídica devendría ociosa, por tratarse de meros comportamientos de hecho del sujeto agente. Para estos últimos, se insiste, resultará más eficaz la imposición del cese inmediato y la restitución del derecho lesionado”, VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, *Las conductas lesivas...*, op. cit., p. 144. Nuevamente, en el afán de separar capítulos por capítulos la tutela Goñi Sein distingue entre la restitución y la reparación. Aquella es “restablecer al perjudicado en la integridad o pleno disfrute de su derecho” eliminando los efectos del acto nulo, “por medio de esta técnica sancionatoria [que] va dirigida no tanto a hacer posible el ejercicio en un futuro del derecho de la libertad sindical vulnerado, cuanto a asegurar una remoción de la situación antijurídica creada por el acto de injerencia o conducta antisindical (...). Al estar afectado el acto lesivo por una invalidez estructural, la única sanción posible es la ineficacia jurídica. La declaración de nulidad no puede quedar en borrar la causa dejando el efecto”, GOÑI SEIN, José Luis, *La indemnización por daños...*, op. cit., pp. 10-11. La reparación, en cambio, es la indemnización económica del daño “que constituye una especie de sanción civil que responde a diversas finalidades. Casi siempre emerge como una forma de compensación de los perjuicios morales causados por el acto antijurídico; pero otras veces reviste, además de una suerte de restitución específica que atiende a la restitución del lucro cesante”. A tal punto le atribuye funciones a la reparación económica, que agrega “y otras veces actúa, incluso, como un mecanismo sustitutorio del derecho vulnerado que opera cuando los efectos del comportamiento lesivo se han consumado”, señalando además que debido a la indeterminación del precepto ha llevado a que quede entregada a la reclamación de las partes y a la interpretación judicial, op. cit., p. 12. Se aprecia un enfoque estrictamente civil de la indemnización en que el conjunto de tutelas se dirigen a restaurar por un daño pasado sin interesarse por la garantía del derecho, clave en el sistema de los derechos fundamentales.

reparación no monetaria, como forma de garantía del derecho, y que posee un signo orientado al futuro ejercicio del derecho lesionado<sup>1090</sup>.

Un planteamiento semejante al anterior fue hecho con bastante claridad, a propósito de las conductas lesivas de la libertad sindical, en que se detecta tempranamente que subyace una obligación de garantía de los derechos. “En definitiva, este doble contenido de la condena judicial se constituye en instrumento adecuado para la consecución de la finalidad que persiguen las normas relativas a la tutela de la libertad sindical, pues, al obligar al sujeto agente a dejar sin efecto alguno las conductas lesivas de los derechos sindicales y a reponer éstos en su total integridad, no sólo se está logrando plena satisfacción del interés lesionado, sino que igualmente, se obtiene la nada desdeñable consecuencia de actuar como mecanismo disuasorio y preventivo de ataques al derecho fundamental”<sup>1091</sup>.

La condena, en lo esencial, redundará en obligaciones de hacer y no hacer<sup>1092</sup>, que son medidas que deben “incidir sobre la posición de poder del sujeto agente de la lesión, limitando aquella posición y obligando a restaurar la situación original (...). Se trata de una ‘penetrante técnica sancionatoria’, que supera los inconvenientes de los remedios habitualmente utilizados y propios aun del derecho civil y aun penal, esencialmente apoyados en el resarcimiento del daño; resarcimiento que no satisfaría el interés del sujeto que sufrió el ataque antisindical, en un ámbito como éste, caracterizado por concretarse en el ejercicio de derechos”<sup>1093</sup>. Interpretación en sintonía con las opiniones de Norberto Bobbio y Bruno Trentin, sobre la constatación que en su tiempo realizaban: en las luchas

---

<sup>1090</sup> La integración y conexión de todos los elementos de una sentencia de tutela de derechos fundamentales puede apreciarse en el siguiente párrafo referida a tutela antidiscriminatoria: “la reparación de la discriminación incluye así la paralización y cese del acto discriminatorio, la anulación de los efectos que hayan podido derivarse de la discriminación para restituir o reintegrar al afectado a la situación anterior a producirse ésta y la reparación de las consecuencias negativas o perjudiciales que hayan podido derivarse de la conducta discriminatoria”. Para luego confirmar la centralidad de la readmisión como medida de reparación en Derecho del Trabajo: “en el ámbito laboral, la declaración de discriminación implica la nulidad de la decisión o actuación a través de la que ésta se produce. La tutela restitutoria o de reposición del derecho vulnerado implica normalmente la reincorporación del trabajador discriminado en el puesto de trabajo o en las condiciones laborales de las que ha sido desposeído ilegítimamente sin causa o razón que lo justifique”, PUEBLA, Ana de la, “La tutela judicial frente a la discriminación por razón de sexo”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011, p. 115.

<sup>1091</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, Consejo Económico y Social, Madrid, España, 1994, p. 144.

<sup>1092</sup> Para Yolanda Valdeolivas el aspecto indemnizatorio puede proceder pero como “obligación colateral y accesoria de reparar el perjuicio a través de una sanción pecuniaria. Desde luego dicha sanción no está excluida, pero no constituye el elemento calificador básico de la técnica sancionatoria seguida por nuestro legislador”, VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, *Las conductas lesivas...*, op. cit. p. 143. Sin embargo, el acto lesivo paradigmático seguía siendo el despido sin profundizar en otros posibles contenidos, op. cit., p. 143, nota al pie 6.

<sup>1093</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, *Las conductas lesiva...* op. cit., p. 145.



por la compensación económica de derechos se verifica el fracaso de éstos, puesto que su sentido es que sean ejercitados y no compensados, construyendo así efectiva ciudadanía o participación.

Esta tendencia existe en la nueva regulación procesal española. Caracterizándola en sus trazos generales, se ha explicado que lo que pretende diseñar es un juez que pueda crear un “estatuto de garantías para la víctima”, lo cual corresponde a una tendencia cuyo origen está en un proceso de revisión de la justicia penal y la sanción enfocada en el delincuente<sup>1094</sup>. Así, emerge la víctima y la reparación de sus derechos, y, al mismo tiempo, surge algo que excede a la víctima, que es el ambiente laboral como foco de regulación. “En ciertos supuestos, como el caso de conductas constitutivas de acoso o de cualquier forma de discriminación, que generan ambientes laborales ‘contaminados’ en el plano social y psíquico, afectando negativamente las posibilidades reales de una efectiva ‘reintegración’ en el medio laboral, este concepto legal de ‘justicia restitutoria integral’ entronca con las modernas concepciones de la ‘justicia restaurativa’. Ésta, nacida en el marco de un profundo movimiento de revisión de la ‘justicia penal’, pone el acento más que en el ‘delincuente’ y sus garantías en la ‘víctima’ y las suyas, así como más en la ‘justicia reparadora’ que en la justicia retributiva”<sup>1095</sup>.

A partir de ello, se puede insertar la acotación de Lousada, quien hace un intento por empezar a darle contenido a estas redacciones normativas nuevas que trae la ley. Señala que “muchas veces la parte demandante se limita, en la súplica de su demanda, a transcribir esas posibilidades de tutela y, en su caso, a cuantificar la indemnización. Pero en no pocas ocasiones, resultará conveniente, a los efectos de una mayor efectividad de la tutela judicial y para prevenir la estimación de alegatos de indefensión, especificar, dentro de esas amplias posibilidades de tutela, otras condenas más concretas. La cuestión conecta con la posibilidad de solicitar pretensiones no expresamente recogidas en la norma – como

---

<sup>1094</sup> La denominada Justicia Restaurativa de la que se trató en el capítulo III

<sup>1095</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la...*, op. cit., pp. 315 y 316. Estos “efectos sociales” de las lesiones a derechos fundamentales, como se dijera, son advertidos claramente en las conductas antisindicales y se considera que es deber del juez repararlos, las discrepancias posibles son en cuanto a los “cómo”: “[m]ediante el pago de la indemnización se pretende, también, devolver al sindicato las armas y los instrumentos de tutela de sus derechos. Cumple, por tanto, una función recuperadora de las formas de ejercicio de la libertad sindical, pues toma en cuenta el efecto negativo psicológico, la desmoralización que causan en la víctima (dirigentes sindicales y masa social) ciertas medidas de limitación o privación de libertad sindical, GOÑI SEIN, José Luis. *La indemnización por daños...*, op. cit., pp. 21-22.

la publicación de la sentencia condenatoria<sup>1096</sup> – que puede ser acogida si, siendo solicitada, son necesarias para la reparación del derecho y no son desproporcionadas a esos fines”<sup>1097</sup>.

- La tutela indemnizatoria: aquella que procediera, en los términos del artículo 183 de la LRJS<sup>1098</sup>. Para Lousada, “tan detallada regulación de la tutela indemnizatoria, se explica en

---

<sup>1096</sup> Como se explicara en el capítulo IV, sección 9, la publicación de la sentencia en un medio de comunicación es una “absoluta novedad” que existe a partir de la LEC 2000 (artículo 700.7), TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., p. 127. La sentencia es la primera forma de reparación en derechos fundamentales porque es la acción de reconocimiento del derecho de la víctima – en discrepancia con la postura de Goñi que la entiende como una confusión entre declaración de un derecho y reparación de un derecho, *La indemnización por daños...*, op. cit., p. 23. Pero estas sentencias sobre derechos fundamentales tienen como característica adicional la necesidad de su difusión, más que en cualquier otra, porque cumplen un papel de decisión paradigmática. De ahí se puede comprender un alcance como el de Luis JIMENA QUESADA, presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales, al señalar como una desventaja concreta del Comité respecto del tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que el Comité tiene sus decisiones traducidas sólo al inglés y al francés, restringiendo su capacidad de difusión y utilización por parte de los agentes jurídicos internos. Así lo señaló en la exposición de su ponencia “Praxis y efectividad de la Carta Social Europea en España: el papel de los operadores jurídicos y de los actores sociales”, en la Jornada de Estudio Reforma Laboral, Derechos Sociales y Carta Social Europea, 20 de septiembre de 2013, Fundación 1 de mayo.

Jornada de Estudio Reforma Laboral, Derechos Sociales y Carta Social Europea, 20 de septiembre de 2013, Fundación 1 de mayo.

<sup>1097</sup> LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *La tutela ...*, op. cit., pp. 76 y 77. En Chile las medidas son de competencia del juez sin que esté condicionado a la petición del demandante y, en caso de ser solicitadas, tampoco se ve limitado a lo que el actor haya pedido.

<sup>1098</sup> “Artículo 183. Indemnizaciones.- 1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en

que es una tutela bastante más eficaz que el resto de las tutelas (a) porque es aplicable en todos los casos, incluso en aquellos en que las demás tutelas resultan inaplicables o de muy difícil aplicación – como un acoso sin represalia, una no contratación discriminatoria o la adquisición del derecho por tercero de buena fe-, (b) porque es el mejor mecanismo para la eficacia preventiva/disuasoria – quien discrimina o, en general, quien lesiona un derecho fundamental o libertad pública, paga-, (c) porque permite reparar no sólo los daños materiales, también los morales – que son tan importantes en una materia donde está en juego la dignidad de la persona-.”<sup>1099</sup>.

Esta opinión es discutible, simplemente porque, hasta de la propia construcción de Lousada, así como en las precitadas propuestas de Fernández López o el “plan de remoción de los efectos” de la legislación de paridad entre hombres y mujeres italiana<sup>1100</sup>, en relación a la adopción de los planes de igualdad como medidas a ordenarse por el juez, se aprecia que apenas están emergiendo y siendo estudiadas, por lo que no puede decirse nada concluyente con respecto a su eficacia<sup>1101</sup>. Así se observa, en el siguiente planteamiento: “[c]uando se trata de una discriminación colectiva – que es lo usual si es indirecta, la contratación forzosa no resulta factible al no existir unos sujetos discriminados perfectamente individualizados. ¿Puede entonces solicitarse la condena de la empresa a la adopción de una política de personal para reparar hacia el futuro la discriminación colectiva?”, a lo que se responde en tono muy preliminar: “[d]e entrada, nada impide se acuerde ello en conciliación –lo cual, si bien se mira, sería semejante a acordar un plan de igualdad-. Si esto es así, nada debería impedir se pudiera solicitar eso mismo judicialmente y se pudiere acordar en especial cuando – por las circunstancias del caso – sea identificable un interés cualificado para prevenir futuras discriminaciones”<sup>1102</sup>.

Sobre el problema planteado en esta opinión, puede resultar ilustrativa la jurisprudencia contrastante que existe sobre la misma línea, surgida a propósito de discriminación de género en el trabajo. El argumento de la defensa del empleador para rechazar la orden del juez de incluir en la lista de candidatas preferentes para futuras contrataciones a las demandantes, es que se afectaría su libertad de contratación: “el caso de la STSJ Cantabria 23-5-2007 (AS 2007, 2556) que se refiere a un supuesto en el que la discriminación se produce porque la empresa exigía una determinada titulación en las convocatorias para la selección de personal de nuevo ingreso en la plantilla cuando el Convenio colectivo aplicable no requería ninguna exigencia de este tipo. En la práctica, dichas exigencias resultaban desproporcionadas y perjudiciales para el colectivo femenino pues aunque afectaba por igual a hombres y mujeres, estas últimas, por razones socioeconómicas, no suelen poseer dicho título, acreditándose además, que se había contratado solamente personal masculino que ni siquiera poseía dicha titulación. En este caso, la sentencia de instancia ordenó incluir como candidatas preferentes en las nuevas contrataciones previstas a las trabajadoras que en procesos selectivos anteriores habían superado las pruebas

---

resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

<sup>1099</sup> LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *La tutela ...*, op. cit., pp. 76 y 77.

<sup>1100</sup> Ver capítulo III, sección V. D. b.

<sup>1101</sup> Por lo demás, puede agregarse que la reincorporación del trabajador como medida de reparación, nunca se ha atacado en términos de su ineficacia una vez cumplida, sino por dificultades de ejecución, que es un argumento diverso.

<sup>1102</sup> LOUSADA AROCHENAa, José Fernando, *La tutela ...*, op. cit., p. 78.

psicotécnicas como candidatas. La empresa condenada se opone alegando que el cumplimiento del fallo entrañaría una discriminación absoluta respecto de las personas que habiendo superado las pruebas de selección se verán postergadas en su contratación. El Tribunal Superior de Justicia rechaza esta argumentación porque ‘resulta conceptualmente difícil de aceptar, como pretende la recurrente, que acreditada la lesión del derecho fundamental en la fase inicial del contrato, puede eximirse la demandada a la reparación restitutoria por su actuación contraria al derecho fundamental, pues no cabe olvidar que en el ámbito estricto del nacimiento, desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, las potestades organizativas y directivas del empresario se hallan sometidas a los límites resultantes de las prohibiciones constitucionales de discriminación, con el fin de evitar, entre otras cosas, las consecuencias negativas que medidas del tipo analizadas pueden tener en el empleo de las trabajadoras, y así lo entiende incluso el propio Tribunal Constitucional (SSTC 173/1994 y 17/2003) cuando sanciona específicamente que el derecho a la protección frente a decisiones discriminatorias por razón de embarazo abarca incluso a la no renovación de un contrato temporal’”<sup>1103</sup>.

Sobre un supuesto similar, existe también jurisprudencia en contra, en que habiéndose declarado la vulneración del derecho a no ser discriminado, se rechaza la acción, pero no en base a la limitación de la libertad de contratación del empleador, sino por posiciones constitucionales de terceros: “se excluye la posibilidad de que el fallo de la sentencia obligue al empleador a contratar a la trabajadora afectada o a contar con ella como reserva”, el fundamento es que dicha pretensión “afecta derechos definitivos de quienes habían superado el concurso y habían sido incluidos en la relación de admitidos y en la bolsa de reserva”<sup>1104</sup>.

#### **D) Papel del Ministerio fiscal de acuerdo a la LRJS.**

El Ministerio Fiscal tiene el deber de velar “por la integridad de la reparación de la víctima”, así como por “la depuración de conductas delictivas”, en los procesos de tutela de derechos fundamentales. Tanto en el momento cognitivo, por su legitimación activa del artículo 177 de la LRJS; como ahora, y en esto constituye una novedad, en la fase de ejecución, por mandato del artículo 240.4 de la LRJS: “Partes y sujetos de la ejecución: El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos, en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la reparación de la víctima”.

Estas expresiones manifiestan una voluntad de revisión en las formas de reparación, que entronca con la búsqueda de salida a la sola esfera de compensación económica. Como se dijera, son replanteamientos que aspiran a la idea original de “ciudadanía en la empresa”: lograr el ejercicio efectivo de los derechos. Lo que implica focalizarse en la víctima pero también una intervención en los ambientes laborales que van más allá de la satisfacción de ésta. Sin embargo, la primera doctrina que se ha interesado en España sobre el tema considera que son esfuerzos más declarativos que contenedores de instrumentos

<sup>1103</sup> PUEBLA, Ana de la, “La tutela judicial frente a la discriminación por razón de sexo”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad...*, op. cit., pp. 115-116.

<sup>1104</sup> TSJ Andalucía/Granada 16-7-2008 (AS 2008, 2946), citada por PUEBLA, Ana de la, “La tutela judicial frente a la discriminación por razón de sexo”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad...*, op. cit., p. 116.

prácticos<sup>1105</sup>, cuyo papel en tales términos formales ya eran parte de la práctica forense<sup>1106</sup>, por lo que carecerían de potencial para crear cambios relevantes.

En ese sentido, ya vale el cambio legislativo como simple constatación de un tendencial cambio de parámetro dentro de la forma de entender el proceso y el Derecho, o “los derechos” como algo que se ejerce por un individuo “en contra de todos”, porque ese “en contra” más bien es un “sin duda a favor” de su titular, pero se abre al entorno de la víctima y pretende la creación de estados de cosas que permita a futuro el ejercicio de los derechos, contribuyendo a que éstos no deban ser “reparados”, independiente de la manera que sea. Porque en la idea original de reconocer “un derecho” a un sujeto, estaba la idea de base que se trataba de una posición valiosa a la que el ordenamiento le dispensaría su protección.

### **E) Medidas cautelares: tendencia a la discrecionalidad judicial en su diseño.**

La opción de tratar los aspectos novedosos de la justicia cautelar traídos por la LRJS, dentro de la parte dedicada a la ejecución, no sólo se debe a que el artículo 304.2 de la LRJS<sup>1107</sup> remita al artículo 79 de la LRJS y permita la adopción de las medidas que aseguren la ejecución, valiéndose de los criterios en esta norma señalados<sup>1108</sup>. Es especialmente porque resulta armónico situarlo dentro de la parte netamente procesal, al constituir un “mini juicio”<sup>1109</sup>, que implica cognición, ejecución y recursos. Más considerando que sus fundamentaciones clásicas suelen ser o el aseguramiento de la eficacia de la sentencia - tesis negativa o reactiva- que es clave como ya se explicara en materia de reparación; o, una que se considera menos conservadora, en cuanto a que se

---

<sup>1105</sup> MOLINA NAVARRETE sobre la nueva regulación de la LRJS de la función del Ministerio Fiscal dice que su “intervención es más promovida que real, por cuanto su reconocimiento como parte necesaria en un abanico creciente de procesos no se ve acompañada por el interés de la propia institución y hacerla valer de modo efectivo, de ahí que la gran expansión que tiene esta institución en la nueva LRJS es más formal que real”, *Análisis de la nueva...*, op. cit., p. 104. Consigna en varias ocasiones una mirada crítica sobre el Ministerio Fiscal, pero que no se desarrolla en esta obra consultada, así registra en sus conclusiones: “[p]ensar que otorgar el protagonismo al Ministerio Fiscal para llevar adelante la nueva modalidad de casación en unificación sin contradicción resolverá el problema es de una ingenuidad que casi induce a ternura. Ni por sus medios – capacidades – ni por su implicación – actitud – podrá asumir una labor adecuada a tal fin”, op. cit., p. 551.

<sup>1106</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la nueva...*, op. cit., p. 499.

<sup>1107</sup> “Artículo 304: Competencia, medidas cautelares e impugnación de la ejecución provisional. N°2: No obstante lo dispuesto en el número anterior, el juez o tribunal, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada o de oficio, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia y en garantía y defensa de los derechos afectados atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 79”.

<sup>1108</sup> Que, en rigor, no contiene criterios, sino que diversos supuestos.

<sup>1109</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la nueva...*, op. cit., p. 533.

justifica en “que apuesta por su instrumentación al servicio de una justicia más ‘rápida’, anticipando la tutela – tesis positiva o activa-”<sup>1110</sup>.

Asimismo, porque recibe igual desconfianza que las innovaciones en torno al Ministerio Fiscal, en orden a que crea altas expectativas que se pueden ver frustradas: “Como en tantas otras instituciones jurídicas, sustantivas y procesales, en las que tiene que ver con el llamado ‘derecho a la justicia cautelar’ existe un fuerte contraste entre lo que se dice de él, y, por tanto, entre las elevadas expectativas que se genera en su rededor y lo que luego puede constatar en la realidad, en la práctica, donde la decepción suele ser la tónica dominante”<sup>1111</sup>.

Esas altas expectativas también gravitan en una innovación directamente vinculada a la reparación del derecho, describiendo un cambio en relación a la que fuera su figura central: el embargo preventivo. Pese a tan magro punto de partida <sup>1112</sup>, en realidad no lo es tano. Por un lado, el embargo preventivo será crucial para la efectividad de la ejecución directa en que se encargue a un tercero el cumplimiento a costa del ejecutado<sup>1113</sup>. Por otro, la

<sup>1110</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la nueva...*, op. cit., p. 523.

<sup>1111</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la nueva...*, op. cit., p. 513

<sup>1112</sup> Al describir el ambiente doctrinal y judicial previo a la LRJS, MOLINA NAVARRETE señala: “[a]unque de forma extremadamente débil y antigua, la LPL ha contemplado siempre el tema de la justicia cautelar, pero centrado sólo en la vetusta institución del ‘embargo preventivo’”, *Análisis de la nueva...*, op. cit., p. 517.

<sup>1113</sup> El artículo 707 de la LEC prescribe para la publicación de la sentencia en medios de comunicación que, luego de requerido el ejecutado para que provea los fondos, de no ocurrir dentro del plazo señalado, se podrá contratar la publicidad con cargo al patrimonio del ejecutado, respecto de lo cual se ha comentado que “[e]n orden a obtener los recursos necesarios para sufragar los gastos ocasionados, será menester acudir al procedimiento previsto en el art. 706 LEC’ 2000, aun cuando no aparece muy lógico –ni necesario- efectuar en este caso la valoración pericial, pues los precios vienen ya fijados en el mercado; de otro lado, y debido a la rapidez necesaria para que la difusión de una sentencia produzca el efecto deseado de reparar el daño causado a la imagen del acreedor, no cabe forzar a éste a esperar el embargo y venta de bienes del deudor – una vez más queda de manifiesto la importancia de instar al embargo preventivo contemplado en el art.700 LEC’2000-, pudiendo adelantar el dinero necesario a estos efectos, cobrándose la cantidad una vez los bienes de aquél hayan sido convenientemente realizados”, Tascón, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., p. 128. La importancia del embargo como medida cautelar también es detectada en Chile por el grupo de estudio para la reforma del procedimiento de ejecución laboral, quienes en el epígrafe titulado “Instrumentos de ejecución obsoletos” señalan: “[e]l principal sistema de ejecución sigue siendo el embargo sobre bienes del ejecutado, por un ministro de fe designado por el tribunal y cuya diligencia es financiada por el ejecutante. El embargo de inmuebles o de otros activos financieros o de valor del ejecutado, siendo más eficaces, rápidos y de menor costo, exige información, de la que no siempre dispone el trabajador o el tribunal. En ocasiones, el pago al ejecutado se hace con el resultado de los fondos retenidos, embargados o cautelados. No obstante, no es común que se cuente con retenciones u otras cautelares dispuestas en la etapa declarativa que faciliten la ejecución”, por lo que proponen que se incorpore en la formación de los jueces junto a otros instrumentos ya que tienen la facultad de decretarlas de oficio (artículo 444 del Código del

justicia cautelar tiene dos elementos relevantes que conectan inmediatamente con lo tratado hasta ahora. El primero, es el establecido por las STC 14/1992 de 10 de febrero y 238/ 1992 de 17 de diciembre: el entendimiento de que la justicia cautelar se cumple no con la declaración del derecho sino con la consecución del derecho declarado<sup>1114</sup>, es decir, eficacia; y, que constituye una forma de contrapeso a un poder, el empresarial, emanante del artículo 38 de la CE, que posee autoejecutabilidad<sup>1115</sup>.

La LRJS abre las posibilidades del juez para determinar la medida idónea, al punto que hoy se dice que constituyen “una llamada a la creatividad y al activismo forense”<sup>1116</sup>. El artículo 79.5 del citado cuerpo legal remite a la LEC, cuyo artículo 727.11, fija un catálogo amplio, establecido como lista abierta, que se resume en “cualquier medida apta para garantizar el buen fin del proceso”<sup>1117</sup>: “Así, un somero repaso del catálogo del art. 727 evidencia que hay de diversa naturaleza, pues unas son monetarias – obligación de pago – o en especie – garantía de una actividad-, unas son negativas – la suspensión – otras de carácter positivo o activo – una obligación de hacer-. Especial interés tiene para el proceso social las relativas a la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo (...). En suma, la LEC permite fundamentar una significativa *libertad de configuración de las medidas cautelares*”<sup>1118</sup>.

---

Trabajo chileno), *Bases para la reforma...*, ASTUDILLO, Omar y otros, *Bases para la reforma del sistema...*, op. cit., pp.18-19.

<sup>1114</sup> “En cierto modo, es una institución de gestión preventiva del riesgo de frustración del proceso, permitiendo acordar medidas ‘adecuadas a asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso’. El propio derecho fundamental en juego, el art. 24 CE, buscando su realización en la vida cotidiana, en la práctica, y no sólo sobre el papel, sobre la solemnidad de las leyes de ritos, predispondría los dispositivos orientados a enervar los obstáculos a esa garantía de ‘efectividad’ que preside a todo imperativo de tutela judicial. Es en este derecho fundamental donde tiene su engarce y dimensión constitucional la llamada ‘justicia cautelar’, porque la potestad jurisdiccional no se agota en la declaración del derecho, sino se consume en la consecución del derecho declarado”, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la...*, op. cit., pp. 514 y 515.

<sup>1115</sup> “En este sentido, no debe olvidarse que el *proceso social de justicia cautelar*, tiene ciertas finalidades específicas, de clara trascendencia constitucional por la importancia de los valores y derechos que trata de asegurar, entre las que está establecer límites o contrapesos a las prerrogativas, a veces exorbitantes que, en aras de la libertad de empresa y la defensa de la productividad – art. 38 CE-, tienen los empresarios, cuyas decisiones, no se olviden, suelen tener, como regla general, y al igual que las Administraciones Públicas – *potentior personam*-, ejecutividad inmediata”, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la...*, op. cit., p. 516.

<sup>1116</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la...*, op. cit., p. 527.

<sup>1117</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la...*, op. cit., p. 527.

<sup>1118</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la...*, op. cit., p. 528. Este nuevo modelo de las medidas cautelares, proviene del contencioso administrativo. Para graficarlo trae un ejemplo de trabajadores migrantes extracomunitarios en situación irregular: “[u]na magnífica prueba de la capacidad creativa de esta medidas la

De los tradicionales requisitos para su procedencia: peligro en la demora, juicio de proporcionalidad y apariencia de buen derecho, el que ha adquirido protagonismo es el juicio de ponderación, absorbiendo de cierta forma al “humo de buen derecho”, ya que más que la actividad probatoria que pueda desplegarse en este incidente, que contempla una fase de cognición limitada, lo relevante es esa ponderación de intereses concretos que puede realizar el juez<sup>1119</sup>. Se trata del usual razonamiento de que la medida “sea necesaria para ese fin y no pueda sustituirse por otra menos gravosa”<sup>1120</sup>.

Existen además del régimen general recién descrito, otros especiales que atienden a la especificidad de la pretensión, dentro del cual, para efectos de la protección de derechos

---

encontramos en el ámbito de la regulación del empleo de extranjeros extracomunitarios, por tanto a medio camino entre lo laboral y lo contencioso administrativo, aunque esta materia no haya sido, todavía, objeto de transferencia. Así, tras posiciones divergentes a ello, se ha terminado extendiendo el uso de ‘medidas cautelares positivas’ en éste ámbito, y no sólo negativas, como resultaba habitual – la suspensión del acto administrativo-. La posición negativa a tal opción se basaba en el argumento que indicaba que no cabía tal posibilidad porque, de lo contrario, la medida cautelar positiva terminaba en gran medida sustituyendo la función administrativa por la función judicial, de modo que su reconocimiento implicaba una autorización, lo que era competencia administrativa que el juez no podía desplazar. Pues bien, los Tribunales superiores de Justicia, salvando las resistencias del TS, acepta esa posibilidad, de modo que su concesión significaba disfrutar de una autorización para trabajar en tanto se resolvía el asunto básico o principal respecto a si se tiene derecho o no, o bien del otorgamiento de un visado para trasladarse a España y seguir con el procedimiento de tramitación administrativa, en tanto se sustancia el proceso judicial”, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la...*, op. cit., p. 528.

<sup>1119</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la...*, op. cit., p. 528.

<sup>1120</sup> “A la parte que insta la medida cautelar incumbirá probar no sólo qué daños y perjuicios de reparación imposible, o difícil, concurren en el caso para acordar la medida cautelar, asegurando la función satisfactoria de la pretensión del proceso – presupuesto del carácter irreparable del perjuicio si no se adopta la medida-, sino que también ha de acreditar que no hay otra medida alternativa para cumplir ese fin de aseguramiento de la eficacia del proceso. Por lo tanto, es inexorable que el juez lleve a cabo una valoración de los intereses en conflicto, a través del clásico juicio de ponderación”, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la ...*, op. cit., pp. 523 y 524. Pero que además, según Molina, debe valorar los intereses en conflicto “en función de la trascendencia social y jurídica, así como a la posición de cada una de las partes respecto a la decisión impugnada – por ejemplo, la desigualdad; el carácter ejecutivo de las decisiones de uno y la posición subordinada de otros.”, op. cit., p. 524. En mi opinión no es en la ponderación donde inciden esas valoraciones, sino en el diseño legal que asume la corrección de esas desigualdades y permite, en respuesta a ello, adelantar tutela y adoptar cualquier medida idónea al resguardo del derecho, anticipando la protección.



fundamentales, de real importancia es el llamado “estatuto reforzado de justicia cautelar” vinculado a derechos fundamentales<sup>1121</sup>, que admite la siguiente sub-clasificación.

a) El grupo genérico que protege el artículo 180.1 LRJS, que corresponde a la solicitud en la demanda de suspensión de los efectos del acto impugnado, en que por mandato del numeral 2 del mismo artículo, entrega pautas de ponderación al juez: los perjuicios al solicitante en caso de no concederse la suspensión que pudieren hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, puesto en balance con la posibilidad de ocasionar una perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.

b) Caso especial que incida sobre la libertad sindical. El artículo 180. 2, párrafo segundo de la LRJS, establece restricciones al régimen recién descrito, señalando que la suspensión del acto impugnado sólo se concederá en los supuestos en que “las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”.

c) Caso especial de servicios mínimos en la huelga. El artículo 180.3 LRJS, permite adoptar medidas cautelares exclusivamente si se trata de los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. En esos supuestos, el órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes.

d) Caso especial de acoso en el trabajo y violencia de género. Regulado en el artículo 180. 4 de la LRJS, constituye una de las innovaciones más destacadas, y que considera un abanico amplio y disruptivo de medidas que se vinculan directamente con el poder de dirección. “Cuando la demanda se refiera a protección frente al acoso, así como en los

---

<sup>1121</sup> El otro grupo que se puede mencionar aunque sin vinculación directa es 1) Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. El artículo 79. 2 y 3, embargo preventivo en cuantía suficiente; y 5 en relación al artículo 142.1 (todos de la LRJS), permiten al juez, en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en que el empleador no aporte el nombre de la entidad gestora o mutua, vencido el plazo de cuatro días, aportar el documento, decretar el embargo y todas las medidas que aseguren el resultado del juicio. Igualmente puede adoptar en caso de responsabilidad empresarial, en caso de incumplimiento por parte de las empresas de las decisiones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la Autoridad laboral en materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad e higiene, al equipararse, respecto de los accidentes de trabajo que en tal caso pudieran producirse, a falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción a que hubiera lugar, artículo 195, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, (TRLGSS). También, proceden en caso de incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos, caso en el cual su responsabilidad es directa respecto de todas las prestaciones que puedan derivarse, artículo 197.2 del mismo cuerpo legal.

procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación, podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste”.

Es interesante destacar la armonía que existe en la forma de adoptarse estas medidas y aquéllas de carácter reparativo no monetario que se tratan en este estudio, pues requieren una actividad cognoscitiva del juez, que finalmente es una de las notas características de la jurisdiccionalidad, e importan una exigencia de “desterrar el mero automatismo” en su adopción. La justificación de ello es que “[e]n efecto, dado el carácter oneroso o restrictivo para los derechos del sujeto pasivo de una medida cautelar que comporta la puesta en práctica de la misma, es evidente que su adopción judicial en ningún caso puede configurarse como una simple respuesta automática e irreflexiva a la mera formalización de una petición en sentido cautelar. Si los Jueces estuviesen obligados a adoptar las tales medidas en todo caso ante la sola presentación de una solicitud cautelar, con independencia de cuáles fuesen los términos del conflicto jurídico cuyo desenlace se pretende salvaguardar con aquéllas, nada más sencillo para perjudicar a un sujeto que entablar un proceso con cualquier excusa (incluso la más absurda e inviable) y solicitar en él (en la seguridad de que la medida se adoptará de forma automática) la ejecución de un embargo, de una anotación preventiva, de una cesación cautelar de actividades, etc...”<sup>1122</sup>.

El criterio que según Garberí Llobregat debe utilizar el juez para decidir la concesión de las medidas es “el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*), incluido en el más general axioma de ‘prohibición de exceso’ (*Übermaßverbot*)” que “constituye un criterio constitucional informador de aquella actividad de los poderes públicos que sea susceptible de restringir o lesionar de alguna forma los derechos individuales de los ciudadanos”<sup>1123</sup>. La LEC, según el autor, habría recogido el principio de proporcionalidad en las exigencias de los artículos 726.1.2º (posibilidad de sustitución por una medida menos gravosa) y 746.2., (ponderar si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionada respecto del aseguramiento que aquélla medida representaría para el solicitante)<sup>1124</sup>, que describen un parámetro equivalente al triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así, un principio que surge en el ámbito penal, justificado en la gravedad de las medidas cautelares que en él se pueden aplicar - de índole personal, en referencia a la prisión provisional-, es trasladado al ámbito laboral para que sea el juez quien haga la operación cognoscitiva de ajustar el medio al fin<sup>1125</sup>.

## **V. La sanción jurídica como garantía: en busca de modelos para la reparación de derechos fundamentales.**

<sup>1122</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El nuevo proceso...*, op. cit., p. 237.

<sup>1123</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El nuevo proceso...*, op. cit., p. 245.

<sup>1124</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El nuevo proceso...*, op. cit., p. 248.

<sup>1125</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El nuevo proceso...*, op. cit., p. 245.

La última figura básica del Derecho que se revisitará es la de la sanción jurídica, como instrumento de regulación de conductas. Primero, para dar cuenta que desde las diversas disciplinas jurídicas como la penal, civil y administrativa, que están rediseñando las sanciones, perdiendo su contenido aflictivo y de retribución de un mal al infractor, para adentrarse en otras técnicas que pretenden la adecuación de la conducta a Derecho.

En el caso del Derecho del Trabajo, existe una reparación no monetaria paradigmática, que es la obligación de readmisión. Ésta cumple dentro del Derecho individual la función de devolver las condiciones materiales que provee el trabajo en una sociedad capitalista, inconstitucionalmente privadas, pero además se sustenta de forma directa en la noción de ciudadanía en la empresa a la que ha adscrito esta tesis, restituyéndole los aspectos simbólicos del trabajo como posición de ejercicio de derechos de diversa índole

Un segundo modelo de reparación al que ha llegado el Derecho del Trabajo, sin contenido económico como foco principal, pero que se funda en la obligación de garantía de los derechos que impone la tutela antidiscriminatoria, son los planes de igualdad. Implican un cambio en la competencia usual del juez, semejante al que se ha elaborado jurisprudencialmente en Chile a través de las medidas de reparación no monetaria. Su conocimiento deja de estar orientado a reparar un daño pasado, para pasar a aplicar consecuencias jurídicas ante la constatación de la vulneración del derecho fundamental que corrijan las condiciones que lo permitieron y prevengan su reiteración en el futuro. Con estas medidas que encarnan las demandas de reconocimiento pero que permiten al mismo tiempo la redistribución de la riqueza y el poder en favor de una categoría dentro de la clase trabajadora: las mujeres. Readmisión y planes de igualdad y sus diversos énfasis como medida de reparación cerrarán este estudio. Para llegar hasta allí, se explicará cómo estas obligaciones complejas, que deben ser mantenidas en el tiempo –en cierta forma exigen un programa de cumplimiento que se extenderá en el tiempo–, cumplen las notas características de proporcionalidad a los ilícitos a las que vienen anexadas: vulneraciones de derechos fundamentales que imponen el deber al órgano judicial de emplear todos los instrumentos en pos de la no repetición del ilícito, razón por la cual la alternativa de compensar económicamente el ilícito no es que sea excluida, sino que no sirve para cumplir estos fines y, por tanto, pueden existir ambas pero no ser disyuntivas al no tener las mismas funciones.

La adecuación de las obligaciones de hacer y de no hacer ejecutadas en sus propios términos, además, se conectan lógicamente a la premisa de las Constituciones hasta aquí estudiadas de que en ellas se estaban consagrando valores que no podían ser medidos en dinero y que a cuya defensa debía orientarse todo el sistema. Se explicará de esta forma la importancia de la adecuación y proporcionalidad de las sanciones jurídicas para dar racionalidad y legitimidad a los ordenamientos, lo que contribuye a la adhesión social a los sistemas jurídicos.

Las sanciones jurídicas conformadas por complejos de obligaciones de hacer y no hacer, que significan programas de cumplimiento que no se agotan en un solo acto, se insertan en una reciente teoría de revisión de la justicia aplicable a casi todos los ámbitos del derecho, llamada “Justicia Restaurativa”, cuyas amplias dimensiones se explican por ser perspectivas de justicia a escala global y que han sido citados en recientes estudios laborales españoles.

Como última necesidad para fundamentar de forma sólida la propuesta reparación, se le da una ubicación dentro de la teoría de las normas, tomando las categorías de Atienza y Ruiz Manero, en que distinguen entre reglas de acción y reglas de fines, siendo las primeras aquéllas que tienen esa reiteradamente subrayada dirección hacia el futuro, mandando, en

este caso al juez, a la creación de un estado de cosas de acuerdo a determinados objetivos predeterminados.

### **A) La sanción jurídica y su proporcionalidad como fuente de racionalidad y legitimidad del ordenamiento jurídico.**

La definición de sanción tomada como concepto general del Derecho, se relaciona con la aprobación de la ley por el rey en un sistema monárquico y, menos estrechamente, con el poder de veto de un presidente dentro de una República; o bien, y en este sentido es que interesa aquí la figura, con “algunas medidas predisuestas por el mismo ordenamiento jurídico para reforzar la observancia de las propias normas y eventualmente para poner remedio a los efectos de la inobservancia”<sup>1126</sup>. Es decir, un concepto amplio que abarcaría la “reparación no monetaria”.

Para Bobbio, el término “medidas de reparación” corresponde a casos en que la lesión inferida sea reparable, lo que no implica renunciar a la pena retributiva: “cada sistema normativo prevé, junto y además de las medidas retributivas, las medidas de reparación. Las primeras golpean a la acción (u omisión) ilícita, las segundas golpean, en cambio, las consecuencias que la acción (o de la omisión) ilícita ha producido. Es por ello que, a diferencia de la sanción penal, en éstas no puede prescindirse de la consideración de la víctima, que es quien ha soportado las consecuencias del ilícito. En el ordenamiento jurídico se pueden identificar dos grandes clases de medidas que tienen el fin de poner un remedio a las consecuencias de un acto ilícito: aquellas que se dirigen a eliminar o a volver menos graves o a compensar las consecuencias ofensivas o nocivas del acto, y son las medidas de reparación propiamente dichas, y aquellas que se dirigen a eliminar las consecuencias ilegales del acto, creando las condiciones necesarias para su legalización, que son las medidas de subsanación”<sup>1127</sup>. Las que persiguen golpear la acción son las propias del Derecho Penal y se fundan en la expropiación del conflicto a los sujetos activo y pasivo.

La sanción jurídica es capital para la teoría del Derecho, pues, en cierta forma, la institucionalización de la sanción, entendida como respuesta a la violación de la norma<sup>1128</sup>, es uno de los elementos definitorios del Derecho. Y es precisamente esa “institucionalización” lo que la caracteriza y distingue como “sanción jurídica”. Para Bobbio “[l]a única clasificación de las sanciones que asume relevancia al fin de determinar la característica de las sanciones jurídicas es la distinción entre sanciones difusas, informales, espontáneas y sanciones formales, organizadas, institucionalizadas. Pues bien, la característica de las sanciones jurídicas es la de haber logrado el más alto grado de institucionalización. El proceso de institucionalización de la sanción entendida como respuesta a la violación sucede por medio de cuatro fases: a) la especificación de los comportamientos que requieren una respuesta; b) la determinación de la medida, si bien dentro de una cierta aproximación, en la que debe estar contenida la respuesta; c) la designación de la persona o de las personas a las que se les atribuye la función de decidir si el acto realizado está dentro de aquellos que requieren una respuesta y en qué medida; d) la

<sup>1126</sup> BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giapicchelli Editore, Turín, Italia, 1994, p. 305.

<sup>1127</sup> BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un...*, op. cit., p. 319.

<sup>1128</sup> BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un...*, op. cit., p. 330.

fijación de reglas en base a las cuales debe desarrollarse el proceso de decisión”<sup>1129</sup>. La premisa del diseño es que las sanciones jurídicas se aplican a conductas que sean posibles y que, por tanto, la norma que regula la conducta sea susceptible de ser violada<sup>1130</sup>.

Una siguiente nota esencial de la sanción, es que, como quiera que ella sea, “en un sentido más amplio o restringido (...) tiene siempre relación con las medidas que un sistema normativo adopta para asegurar cuanto más eficazmente sea posible, la propia conservación”<sup>1131</sup>.

La proporcionalidad en la respuesta jurídica cubre de racionalidad al ordenamiento, el que, como sistema de valores, debe manifestar en cada una de las consecuencias jurídicas que crea para el evento de su quebrantamiento, el mayor o menor desvalor que aprecia de la conducta infractora. Pero no sólo por razones teóricas sino por la “necesaria practicidad del Derecho y su cotidiana aplicación en la vida social, los desequilibrios valorativos son percibidos por la comunidad y contribuyen a debilitar en su seno la confianza y adhesión a él; y esto, prescindiendo del desfase en que acaso se encuentren las valoraciones vigentes en el ordenamiento jurídico con las valoraciones preponderantes en la colectividad donde rige”<sup>1132</sup>.

Este contenido de conducta posible de las normas puede subdividirse en órdenes y prohibiciones, los cuales presentan algunas diferencias: “respecto del destinatario la prohibición exige generalmente un esfuerzo menor si bien continuo; la orden exige un esfuerzo mayor pero limitado a la circunstancia”<sup>1133</sup>.

Bobbio destacaba que para la obtención de una categoría, al modo que sean incorporables a un diccionario jurídico, interesa más que el uso del término sanción “describir, si bien, sumariamente, cuáles son los expedientes a los cuales un sistema normativo recurre para obtener el máximo de observancia de sus preceptos o, lo que es lo mismo, para impedir el máximo de inobservancia”<sup>1134</sup>. En esta línea explica que tales medidas se pueden clasificar en dos especies: preventivas y sucesivas. Y en ambas, confluyen diferentes funciones.

De interés para la tesis son las llamadas medidas sucesivas o *post factum* (dentro de las cuales se adscribirían todas las formas de reparación). Las medidas sucesivas son aquéllas que “intervienen cuando la violación ya ha sucedido y buscan penarla o ponerle remedio (...). Pueden ser distinguidas respecto a los efectos que producen en medidas que infligen

---

<sup>1129</sup> BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un ...*, op. cit., p. 330.

<sup>1130</sup> “La primera observación que hacer es que si una norma puede influir sobre el comportamiento ante todo haciendo de manera que un comportamiento que podía ser realizado sea impedido y, viceversa, un comportamiento que podía no ser realizado se cumpla, se deriva que la esfera de influencia de las normas está constituida sólo por comportamientos posibles”, BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un...*, op. cit., p. 188.

<sup>1131</sup> “Puniendo el mal cumplido con otro mal, o remediando el mal con el bien”. BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un...*, op. cit., p. 315. Agrego esta frase con el objetivo de mostrar cómo las funciones se entremezclan en las categorías.

<sup>1132</sup> RIVACOBAS Y RIVACOBAS, Manuel de, “La racionalidad del ordenamiento como presupuesto de la dogmática jurídica en materia penal”, en *Violencia y Justicia*, (Silvio Cuneo, coordinador), Universidad de Valparaíso (primera edición), Valparaíso, Chile, 2002, p. 233.

<sup>1133</sup> BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un...*, op. cit., p. 189.

<sup>1134</sup> BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un...*, op. cit., p. 309.

un mal y en medidas que extinguen (en todo o en parte) el mal producido”, por lo que se sub clasifican en medidas punitivas y de reparación<sup>1135</sup>.

De esta manera, lograr el reforzamiento de las normas, señala Bobbio, se puede cumplir con medidas sucesivas de dos clases: “aquellas que se inspiran en la retribución, que consiste en dar bien por bien (el premio, la recompensa, etc.) o mal por mal (las penas); y aquellas que se inspiran en el principio de la reparación, que consiste en el eliminar o por lo menos en el atenuar el mal que la transgresión de la norma ha producido en la sociedad”<sup>1136</sup>, siendo en estas últimas que reaparecen las figuras de la víctima y de la sociedad en la consecuencia jurídica.

## **B) Distinciones de la reparación no monetaria respecto de otro tipo de consecuencias jurídicas. Replanteamientos.**

### **a) La justicia restaurativa: nuevo enfoque general.**

Se ha sostenido que con la reparación no monetaria tampoco se trata de producir un “bien” por parte del juez al infractor, y es por ello que la postura aquí planteada apunta a una reparación centrada en aspectos objetivos como el hecho de la condena establecida por sentencia de un Tribunal. Más que extender demasiado el concepto de sanción, considero que se debe delimitar muy bien el concepto de pena, cuyas garantías tienen como inspiración primera la concepción de delincuente sobre la que se razonaba en el Siglo XVIII, que era una persona natural, enfrentada al poder del Estado. No a un sujeto que, por regla, será una persona jurídica o un entramado de ellas, y que se encuentra básicamente desempeñando un papel: el de dadora de trabajo.

Pese a lo dicho, la misma justicia penal, basada en el principio retributivo, ha sido la que más ha sido confrontada como la llamada “justicia restaurativa”, cuya sistematización proviene del mundo anglosajón a partir de los años noventa, y que ha sido calificada como “una práctica en busca de una teoría”<sup>1137</sup>. Si bien la justicia restaurativa se ha aplicado dentro del ámbito penal para tratar el fenómeno criminal juvenil<sup>1138</sup> y vinculado a pueblos

---

<sup>1135</sup> Respecto a las preventivas BOBBIO explicó que “son aquellas que se realizan antes que la violación, solamente temida, se haya verificado (...). A su vez pueden distinguirse en dos categorías según que los medios de los que se valen sean materiales o psicológicos (...). Se puede hablar de medios de control o vigilancia, o también de medios coactivos (impedimento material) y de medios de desincentivo (impedimento psicológico)”, op. cit., p. 309. También señala medidas que “promuevan la acción conforme”, *Contributi ad un...*, op. cit., p. 310.

<sup>1136</sup> BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un...*, op. cit., p. 317.

<sup>1137</sup> BLANCO, Rafael; DÍAZ, Alejandra; HESKIA, Joanna y ROJAS, Hugo, “Justicia Restaurativa: marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de políticas públicas”, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 6, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2004, p. 9.

<sup>1138</sup> BLANCO, Rafael y otros, “Justicia retributiva...”, op. cit., p. 81.

originarios –es considerada un instrumento adecuado para Estados multiculturales<sup>1139</sup> - es un enfoque general en principio aplicable a cualquier materia<sup>1140</sup>.

Se define como “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”<sup>1141</sup>. Puede ser incorporado con diversa intensidad en los sistemas de justicia formales. De hecho, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento penal son una manifestación de ello<sup>1142</sup>.

Sin entrar en su adecuación dentro del sistema penal, la flexibilidad que implican para la adopción de las medidas de reparación –que atenta contra la igualdad formal del liberalismo penal<sup>1143</sup> - el papel protagónico de la víctima y de víctimas secundarias<sup>1144</sup>, y su orientación hacia el futuro: cómo se gestionará el conflicto y se evitarán sus repercusiones en lo sucesivo, hacen que sea un modelo en sintonía con las reparaciones no monetarias del sistema laboral chileno, y en España con la idea de fondo de los Planes de Igualdad.

En el mismo orden de ideas, se estima que el “quién” sea el condenado, es uno de los varios elementos a que deberá atender el juez al momento de fijar la reparación. En rigor, la persona del infractor interesa especialmente en el ejercicio de su papel de detentador del poder de mando dentro de la relación laboral<sup>1145</sup>. De esa forma, será un elemento a

---

<sup>1139</sup> En este último aspecto se explica sobre la experiencia canadiense, australiana y nueva zelandesa, BLANCO, Rafael y otros, “Justicia retributiva...”, op. cit., pp. 29 y siguientes.

<sup>1140</sup> El texto “Justicia Restaurativa: marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de políticas públicas”, de Rafael Blanco y otros, fue recientemente citado como un referente a tener en cuenta por la justicia laboral, en *Análisis de la nueva ley de la jurisdicción social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, La Ley, Madrid, España, 2012, p. 316 nota al pie 84, de Cristóbal MOLINA NAVARRETE, en que al comentar la nueva ley se refiere al deber del juez de elaborar un “Estatuto de garantías” para la víctima, en el marco de una justicia reparadora y no retributiva, material que retomo en el capítulo final de esta tesis a propósito de la ejecución de las medidas de hacer y de no hacer no monetarias.

<sup>1141</sup> BLANCO, Rafael y otros, “Justicia retributiva...”, op. cit., p. 10, en cita a Tony Marshall, *Restaurative Justice. An overview*.

<sup>1142</sup> BLANCO, Rafael y otros, “Justicia retributiva...”, op. cit., p. 82. De hecho en el mismo artículo se registra la crítica de que los acuerdos reparatorios la mayor parte de las veces terminan siendo negociaciones entre fiscal y defensores sin intervención de las personas en conflicto, op. cit., p. 78

<sup>1143</sup> BLANCO, Rafael y otros, “Justicia retributiva...”, op. cit., p. 76.

<sup>1144</sup> Que toman en cuenta la comunidad en que el ilícito ocurrió, BLANCO, Rafael y otros, “Justicia retributiva...”, op. cit., p. 11.

<sup>1145</sup> En ese sentido, los planes de igualdad como obligación de hacer resultan bastante ilustrativos de lo que en Chile se le encarga al juez para modelar una medida de reparación ante una vulneración constatada de derechos fundamentales: se diagnostica la infracción, los medios a través de los cuales se ejecutó y la medida tiende a corregirlos y a garantizar que no se vuelva a cometer, porque tiene una reconocida función disuasoria: “[e]n la elaboración del plan no se persigue tanto el daño al infractor como la corrección inmediata de la discriminación que ha originado la sanción. Se trata de un ‘estímulo para el cumplimiento de las obligaciones (...) o, lo que es lo mismo, de una disuasión para el incumplimiento’”, en cita a la STC

ponderar junto con cuál fue la lesión concreta, la condición de la víctima y la repercusión en el colectivo constituido en el lugar de trabajo.

Respecto al uso del término colectivo, como ya se indicó al tratar el problema de las concepciones comunitarias e institucionalistas versus las contractualistas, y el grado de aporte a ese debate de la noción de organización, advertimos que nuestro uso de colectivo tiene que ver estrictamente con la parte trabajadora (nunca en un sentido de comunidad de intereses entre las partes empleadora y trabajadora), y ello sin que incida determinadamente como aspecto el espacio físico compartido, ya que, como ha puesto de relieve la doctrina al tratar los problemas actuales de las formas de organización de la empresa, este elemento se ha “vaporizado” y es uno de los problemas que apareja tanto la

---

164/1995, de 13 de noviembre, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente a la discriminación...*, op. cit., p. 92.



configuración de las empresas en red como la proliferación de trabajadores autónomos o tercerizados<sup>1146</sup>, todos fenómenos que redundan en una precarización del trabajo<sup>1147</sup>.

Esta despersonalización de la empresa es importante tenerla en cuenta, porque a la hora de calificar las medidas de reparación debe pensarse hasta qué punto, en la gran mayoría de los casos, no hablamos de obligaciones impuestas a una persona natural, sino que a un conjunto de grupos que, en su entramado, llegan a determinar decisiones que afectan a sus

---

<sup>1146</sup> En atención a este elemento, una medida postulada a incorporarse en los protocolos sobre acoso sexual y por razón de sexo en las empresas (documento que se discute si es aparte o incluíble en el plan de igualdad, si tiene sus mismas fases de elaboración, cuestión a la que me referiré más adelante), es una declaración de principios suscrita por la empresa y todos los trabajadores, incluidos los que pertenezcan a una subcontrata o ETT, etc., de compromiso de prevenir la violencia en la empresa, ALFONSO MELLADO, Carlos y SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Negociación colectiva y acoso en el trabajo”, en la obra colectiva *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*, (Gema Fabregat, directora), Bomarzo, Albacete, España, 2012, p. 73. Este tipo de medidas son las menos intensas y deben ser entendidas en ese marco: “[e]n efecto, no está de más que se concrete, especialmente a nivel de empresa, la prohibición de acoso y una declaración firme del empresario de que no tolerará las conductas de acoso. Es cierto que negociar esto y que el convenio, por ejemplo, reitere la prohibición del acoso y la tolerancia cero hacia él, no añade en realidad nada a lo que legalmente está establecido, pero tiene un efecto pedagógico, ejemplificador y puede hacer que potenciales víctimas se sientan más dispuestas a denunciar situaciones de presunto acoso y que los posibles acosadores estén más preocupados por las consecuencias de su conducta, lo que contribuirá a disuadirles de incidir en prácticas de acoso”, op. cit., p. 53.

<sup>1147</sup> Sobre el punto y para una perspectiva general laboral se recomienda ver SANGUINETI Raymond, Wilfredo, “Subcontratación de actividades productivas y derechos laborales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, N° 2, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013, pp. 94 y siguientes. En el mismo sentido, se ha dicho que “[l]as medidas de flexibilidad laboral de las últimas décadas han tenido por efecto la precarización de una importante franja de la población trabajadora: la precariedad está vinculada o bien a la naturaleza del empleo (trabajo de duración determinada, trabajo interino, a tiempo parcial o variable) o bien a la inserción del trabajador en la lógica mercantilizada de la subcontratación o de las ETT”, MONEREO PÉREZ, José Luis, “El trabajo precario”, en la obra colectiva *El Trabajo*, (Luis Enrique De La Villa, coordinador), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2011, p. 391. Antónimo de precario, señala Monereo, es la noción “trabajo decente”, que “remite a una forma de trabajar caracterizada por la regulación garantista y un cierto nivel de ‘des-mercantilización’ del trabajo (...). Lo cual comporta coherentemente, cuestionar las políticas de flexibilidad neo-liberal dirigidas a instaurar amplios niveles de ‘remercantilización’ del trabajo. Adviértase que una política racionalizadora y garantista de la contratación laboral tiene que atender a los nuevos modos de organización de la empresa. Especialmente los fenómenos de la empresa en red”, de manera que no se frustren los objetivos de las normas reguladoras, MONEREO PÉREZ, José Luis, “El trabajo precario”, en la obra colectiva *El Trabajo*, op. cit., p. 420. Desde una perspectiva sociológica se puede consultar en la misma línea, GALLINO, Luciano, *Il lavoro non é...*, op. cit., pp. 59 y 121.

trabajadores, y en que quien ejecuta tampoco ha realizado una acción que necesariamente tenga que ver con su convicción o fuero interno<sup>1148</sup>. Esto es importante tenerlo en cuenta por dos aspectos: las principales críticas a la justicia restaurativa, que serían replicables a la reparación no monetaria, es que resulten un retroceso a las penas consideradas más primitivas con carácter infamante, es por eso que se ha subrayado el que las reparaciones no monetarias son medidas que se aplican en términos institucionales. De ahí, el segundo aspecto: la relación laboral es mucho más susceptible de este tipo de medidas pues no tiene un nivel de intimidad y complejidad a nivel personal o, al menos, no debiera, como sucede en materia de, por ejemplo, conflictos de familia, razón por la cual es uno de los problemas jurídicos cuya resolución se desaconseja acometer con el modelo de la justicia restaurativa<sup>1149</sup>.

Sin embargo, distinto es atender al hecho de que la relación entre la parte empleadora y trabajadora se mantiene y despliega en el tiempo, y a la reconstrucción y corrección de esa relación es a la que resulta idónea la reparación no monetaria.

El tratamiento de la parte trabajadora en un sentido colectivo tiene que ver con responder a estos fenómenos de atomización y la potencialidad de los derechos fundamentales de oponerse a tales tendencias. La tesis contractualista, que ve en este instrumento una forma de limitación de los poderes del empleador, debe actualmente reconfigurarse asumiendo la regulación legal que, gradualmente pero con total radicalidad en la última reforma laboral, lo ha dejado como una figura de paupérrimas garantías para la parte trabajadora<sup>1150</sup>. A la inversa de la crítica de la subordinación como estatus, que vería en ello una posición devaluada y que se corregiría con el contractualismo, esta tesis se adhiere al planteamiento que aprecia la posición de trabajador como lugar relevante de ejercicio de derechos<sup>1151</sup>. En

<sup>1148</sup> Para una explicación clara y estructural de este fenómeno, desde el punto de vista comercial, se recomienda la lectura de GALGANO, Francesco, “Las instituciones de la sociedad post-industrial”, *Revista General de Derecho* N° 591, Valencia, España, 1993, p. 11.826, en particular al explicar cómo las diversas actividades de distintas sociedades son complementarias entre sí, lo que redundaría en que “ninguna sociedad puede decidir con plena autonomía sobre su política interna”, en el “efecto telescopio” o posibilidad de control desde lejos de la primera sociedad de la cadena respecto de la última, y cómo todo ello es producto de un requerimiento de la internacionalización de la riqueza, en que era condición ineludible que ésta se desmaterializara: “se compran empresas para sólo revenderlas: se busca el beneficio no en la gestión de la empresa, sino en la diferencia del precio de compra y el de adquisición. Así la economía post-industrial se convierte en aquella en la que la industria deja de ser sujeto para convertirse en objeto del mercado. El sujeto es el *capital venture*, la industria queda degradada a simple valor de cambio”, op. cit., pp. 11824- 11834.

<sup>1149</sup> BLANCO, Rafael y otros, “Justicia retributiva...”, op. cit., p. 83.

<sup>1150</sup> Aserción que se justificó en el Capítulo II, sección V.

<sup>1151</sup> Aunque es importante sentar que esta lectura, si bien es la que ha dado mayor legitimidad política, y por ello defendida y afirmada, sigue siendo Derecho del Trabajo, es decir, la aceptación la que es esencialmente una relación de sometimiento a una voluntad ajena y, por ende, refractaria a cualquier noción de autonomía: “[e]sto no es extraño; en efecto, el derecho laboral consiste en una respuesta jurídica a la existencia de una relación de alienación. En cuanto tal, el derecho laboral mantiene una relación ambigua con el liberalismo jurídico. Por un lado, la epistemología social del derecho laboral representa un paso adelante respecto del liberalismo jurídico: mientras que el liberalismo jurídico ignora las desigualdades sociales en nombre de la

esto, aclarar lo que se entiende bajo cada término es esencial, y puede sintetizarse en la secuencia *status*-contrato-ciudadanía, en que ciudadanía puede ser entendido como una vuelta al *status*, pero con la previsión de decir que “curiosamente, por cierto, el sentido de su dirección es traducible gráficamente en un contra-movimiento que tiene las características de un retorno al *status*. Pero no ya como súbdito, sino como ciudadano en una democracia constitucional”<sup>1152</sup>, esto último conectado con la posibilidad de participación real en la sociedad.

Al mismo tiempo, la atomización de la empresa plantea un problema capital del Derecho del Trabajo: más allá de quién dirige las prestaciones concretas e independiente del grado de autonomía que tenga para ello, el nudo del problema se encontrará, de un lado, en la identificación de dónde radica las verdaderas decisiones últimas de la empresa-empresario<sup>1153</sup>; y, de otro, las consecuencias jurídicas anexas a esa determinación, perfiladas más como garantías para los derechos del trabajador que como sanciones al infractor.

---

igualdad ante la ley y de la autonomía contractual, el derecho laboral clásico reconoce y codifica una importante desigualdad social, aquella que distingue al empleador del empleado. Por otro lado, la estrategia institucional que adopta el derecho laboral replica aquella que caracteriza al liberalismo jurídico en su lucha contra el poder estatal: establecer un coto vedado donde el más poderoso –el Estado, en el derecho privado liberal; el empleador, en el derecho laboral– no puede ingresar. En eso, y no en otra cosa, consiste la incorporación o importación de los derechos fundamentales al ámbito laboral; operación erróneamente calificada por la autoridad administrativa y judicial y por la academia como el establecimiento de la ciudadanía laboral”, MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Ciudadanía laboral: los peligros políticos de un mal concepto jurídico”, *Revista Red Seca-Revista de actualidad política, social y cultural*. Disponible en: <http://www.redseca.cl/?p=3351>

[fecha de la visita el 8 de noviembre de 2012].

<sup>1152</sup> ROMAGNOLI, Umberto, “El derecho del trabajo ante la crisis”, *Revista de Derecho Social*, N° 58, 2012, p. 26.

<sup>1153</sup> ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Editorial Grapheus, Valladolid, España, 1992, p. 124. Realidad ante la cual se plantea superar la inserción contractual del trabajador “para centrarse en un elemento diverso: la efectiva recepción del trabajo desarrollado por el trabajador. Utilizando la prestigiosa teoría de la ajenidad en la utilidad patrimonial, será empresario el que se apropie de la citada utilidad a través del vínculo del contrato. Ello impone que se examine cuidadosamente la dinámica de la relación laboral y se extraiga de ello la determinación del polo subjetivo en que ocurre este aprovechamiento del trabajo. Claro que ese polo subjetivo cada vez es más complejo en determinadas formas de organizarse y cooperar las empresas que son cada vez más frecuentes y tan conocidas que excusan su cita”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el derecho del trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave”, *Relaciones laborales*, N° 4, La Ley, 2009, pp. 2-3. La autora propone a raíz de lo mismo, que el concepto de empresario “laboral” se extraiga del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores y no de los artículos 43 y 44, y que se considere la extensión de la responsabilidad (subsidiaria/solidaria) ya no como una sanción sino como una garantía de los créditos laborales al difuminarse el verdadero deudor.

Se postula la reconfiguración de la parte empleadora, al punto de ya ni siquiera analizarla desde la licitud o no del diseño empresarial elegido, redefiniendo “el marco en que ha de producirse el equilibrio buscado. Ese marco puede empezar a trazarse partiendo de algo tan conocido como la libertad de contratación y sus límites, que a la postre es herramienta indispensable de la libertad de empresa. En ese contexto, el titular de la ‘empresa’ tradicional puede organizarse y organizarla adoptando formas estructurales que se ofrecen en el ordenamiento jurídico con entera libertad, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, porque (salvo el caso de fraude de ley) para éste el problema no será tanto de la licitud de la organización cuanto de la relevancia de la organización del empresario y de la empresa respecto de los trabajadores vinculados con ellos. Una opción organizativa X, sin cuestionar su forma ni su licitud, plantea ahora el problema de hasta qué punto es filtrable en los intersticios del contrato de trabajo, lo que es una cuestión completamente diversa de la anterior. No es pues, una cuestión de sí o no –autorizado o prohibido–, sino de cómo y con qué consecuencias”<sup>1154</sup>.

Este punto muestra una tendencia de interés, el camino propio que toma el Derecho del Trabajo para lograr la protección de la parte trabajadora, tarea que ha sido descrita de la siguiente manera: “la tutela de los intereses del trabajo se muestra en la realidad actual mucho más compleja y difícil, y por ello no puede ser mirada desde una solución simplista, no adaptable a las circunstancias de cada caso”<sup>1155</sup>.

#### **b) Dificultades, búsquedas y convergencias del Derecho sancionatorio: las nuevas respuestas penales y administrativas.**

Una prueba expresiva de este choque entre disciplinas, se puede encontrar en Ferrajoli, quien ha desarrollado gran parte de su teoría del Derecho nutriendo y afirmando al Derecho penal garantista. El autor, al tiempo que manifiesta su concepción de la sujeción de todos los poderes a la Constitución, del deber del juez de ser garante de los derechos fundamentales en particular debiendo elegir el significado de las leyes en el sentido más correcto en relación a la Constitución (y en caso de resultar imposible, denunciar la incompatibilidad), explicita su rechazo a las reglas de “inversión de la prueba”<sup>1156</sup>, las que considera *probatio diabolica*.

<sup>1154</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda; MORALES ORTEGA, Manuel; GARRIDO PÉREZ, Eva; CALVO GALLEGU, Javier; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, en las conclusiones de *Empresario, contrato de trabajo y...*, op. cit., p. 240.

<sup>1155</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en la obra colectiva *Empresario, contrato de trabajo y...*, op. cit., p. 250.

<sup>1156</sup> Que en rigor es el alivio de la carga probatoria que se creó precisamente para resolver el problema principal de este tipo de denuncias: “no deja de ser cierto que un problema para el demandante o denunciante de acoso es la prueba de que éste se ha producido, encontrándose en muchas ocasiones en una situación en la que su palabra es el único instrumento para probar esa existencia, quedando así en manos de la credibilidad que el juzgador otorgue a su declaración, lo que es especialmente problemático en aquellos marcos en los que entra en juego el derecho punitivo y en los que la presunción de inocencia adquiere una importancia considerable”, ALFONSO MELLADO, Carlos; FABREGAT MONFORT, Gemma; SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “A modo de introducción. El tratamiento tradicional del acoso”, en la obra colectiva *Acoso moral*,

Para el, ilícitos como el acoso o la violencia sexual, deberían ser configurados como delitos, pero no acepta uno de los pilares de la tutela, que es aliviar la carga probatoria de la víctima, lo que lleva a que se reduzca a una función simbólica: está sancionada por la parte del ordenamiento que pena las actitudes más fuertemente rechazadas por el sistema jurídico, pero que todavía no se muestra funcionando como aparato represivo dada la prácticamente inexistente jurisprudencia sobre la ley 5/2010, que introduce el artículo 173, inciso segundo del Código Penal<sup>1157</sup>: "1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima"<sup>1158</sup>.

Es interesante al respecto auto N° 190/2012, de 9 de marzo, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que revoca el sobreseimiento por este delito, precisamente en base a la falta de pruebas.

En dicha resolución, el Tribunal distinguió el estándar probatorio exigido para continuar con la imputación<sup>1159</sup>. Para sobreseer, indica la judicatura, debe estarse ante una "falta absoluta de consistencia de los indicios de que se dispone, hasta tal punto que la continuación del procedimiento haya de ser calificada como ilógica o irracional"<sup>1160</sup>, corrigiendo la interpretación de los indicios hecho por el Juzgado de Instrucción N° 9 de Bilbao, que afectó el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante.

Es interesante revisar el planteamiento sobre los estándares probatorios, sobre todo porque son los primeros aportes: "en el recurso de apelación se destacaba que el instructor llegaba a la conclusión de que no contaba con elementos suficientes para la constatación de un comportamiento de esta naturaleza, siquiera con el carácter provisional e indiciario del momento procesal en el que nos encontramos, con base, sintéticamente, en algunas declaraciones testimoniales practicada, en el informe del médico forense y, singularmente, en el detallado informe de la Inspección de Trabajo obrante en el expediente. En la nueva resolución de archivo se ratifica la tajante conclusión según la cual 'estamos ante un conflicto laboral pero provocado por la carga de trabajo del mismo, sin que pueda achacarse el mismo al querrellado, ni haya en su comportamiento atisbo de maltrato o acoso hacía la querellante'. Para llegar a esta conclusión no se dedica ni una sola línea al análisis de los resultados de las diligencias ordenadas practicar en la resolución anterior de esta

---

*sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*, (Gema Fabregat, directora), Bomarzo, Albacete, España, 2012, p.13.

<sup>1157</sup> Que es el que abre el título "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral". Este ilícito antes se entendía incluido en el primer artículo del título "Delitos en contra de los derechos de los trabajadores", del Código penal, que contemplaba una penalidad bastante menor: "artículo 311: Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. 1. Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual."

<sup>1158</sup> Cursivas mías.

<sup>1159</sup> Diverso de aquél que justifica la condena: la duda razonable.

<sup>1160</sup> Considerando primero.

Audiencia, añadiéndose a la visión de los hechos que ha quedado recogida que, además de ese problema de carga de trabajo, interfiere, en un modo que no se explica pero que al parecer se estima que explica o justifica en algún modo la interposición de la querrela, ‘una problemática laboral de funcionamiento entre dos corrientes, sectores, líneas de opinión, llámese como quiera’ dentro del sindicato, que daban lugar a unas ‘tensas relaciones dentro del propio sindicato que ellos deberán solventar, pero no desde luego este juzgador’. Sorprendente argumento que elude la obviedad de que ni el instructor, ni esta Sala, son llamados para actuar como una suerte de árbitros en un conflicto interno sindical, sino simplemente para decidir si el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima justifica la continuación del procedimiento con los datos de que se dispone. Lo que corresponde, pues, es el análisis de éstos, siempre desde la perspectiva que aportan las anteriores consideraciones, procesales y sustantivas, tarea en la que la motivación del auto de archivo, que habría de constituir la base de la discusión en esta alzada, resulta ciertamente parca. En un asunto de la naturaleza del que constituye objeto de este procedimiento, *lo normal es que nos encontremos con elementos de prueba o con datos contradictorios, con algunos que apuntan en la misma dirección que la querrela y con otros que avalan la versión del querrellado. Así ocurre también en este procedimiento.* Podría tenerse la impresión de que esto no es así leyendo las resoluciones que se decantan por el archivo, que ninguna de las diligencias de investigación han arrojado resultados favorables a la tesis de la querrela y que lo único que ha podido constatarse son unas disfunciones en el reparto de la carga de trabajo o unas disensiones internas en la organización sindical. Lo que sucede, sin embargo, es que, sencillamente, las diligencias que sí aportan datos acordes con los hechos objeto de querrela son marginadas en el razonamiento del instructor.<sup>1161</sup> La Sala no comparte este razonamiento, no simplemente porque no se haya exteriorizado el resultado de tales diligencias, sino porque éste es lo suficientemente relevante como para la continuación del procedimiento”<sup>1162</sup>.

Como se dijera, el Derecho penal garantista, razona en torno a una persona natural, el débil, que se enfrenta al aparato del Estado, que protege los bienes jurídicos más relevantes del sistema y cuya pena distintiva es la más dura del ordenamiento: la privación de libertad<sup>1163</sup>. Al hilo de lo cual se ha sostenido: “[e]n el plano penal, la violencia y la molestia sexual, deberían ser configuradas como delitos cuyo elemento objetivo depende necesariamente de la parte ofendida, la única que puede cualificar un hecho como violencia o como molestia sexual, es decir, nominarlo como tal en cuanto sea para ella subjetivamente molesto o no deseado, que es una cuestión, téngase en cuenta, del todo diversa e independiente de la prueba del hecho como violento o molesto, que, obviamente, no puede sustraerse al principio general de la presunción de inocencia hasta prueba en contrario”<sup>1164</sup>. En el caso del acoso sexual o laboral, se ven de forma prácticamente inevitable los derechos fundamentales y, por ello, implican la necesidad de tratarlos con el conjunto de reglas que se han ido creando a su respecto, siendo una de las principales, las relativas a la prueba, como se concluyera en un exhaustivo análisis comparado: “cabe apuntar que como el acoso sexual se vincula con la defensa de los derechos fundamentales

---

<sup>1161</sup> Cursivas mías.

<sup>1162</sup> Considerando segundo.

<sup>1163</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, op. cit., pp. 68 y 69.

<sup>1164</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis, *Acoso sexual y moral...* op. cit., p. 54.

de los trabajadores, los ordenamientos consagran procedimientos especializados para su persecución (...). La intervención jurisdiccional tiene como característica la consagración de sistemas probatorios aligerados, en base a pruebas de indicios y presunciones. Los efectos del acoso tienden a conllevar la reparación amplia de los daños causados, en especial el daño moral de la víctima”<sup>1165</sup>.

En otro ámbito de problemas emergentes en el Derecho penal y que conectan con la disciplina laboral, se puede apreciar nuevamente, cómo éste, enfrentado el problema de la criminalidad económica, ha debido volver sobre su sistema y replantear aquello que nunca estuvo pensado para perseguir esta forma de delincuencia. En España, Martínez–Buján es quien ha tratado más acabadamente el estudio del Derecho penal económico y de la empresa, “concebido como un sector perteneciente al *moderno* Derecho penal, un sector particularmente necesitado de un discurso racional y garantista, tanto en el plano de su legitimidad o justificación como en el de su ordenación sistemática”<sup>1166</sup>.

Para la fundamentación de este “nuevo Derecho penal” (que también es calificado de “accesorio”, y comprende materias no sólo del ámbito socioeconómico sino también salud pública, medio ambiente, función pública<sup>1167</sup>), se apoya en Habermas y su “criterio de fundamentación normativa del Derecho, basado en un concepto procedimental de la racionalidad, que entronca con un Estado democrático de Derecho”<sup>1168</sup>. Aplicado al Derecho penal se traduce en que, “de conformidad con la doble exigencia de la teoría del discurso de Habermas, cabría, en síntesis, diferenciar dos momentos de cara a la fundamentación del Derecho (y del Derecho penal en particular). Por una parte, el Derecho puede ser explicado como un sistema funcionalmente diferenciado, cuya función social estriba en estabilizar expectativas de comportamiento mediante coerción fáctica que representa la pena: si hay un comportamiento desviado y no se reacciona, no puede exigirse a los demás que cumplan la norma válida; de ahí que la exigibilidad de la obediencia al Derecho requiera de un momento de coerción para que puedan estabilizarse contrafácticamente las expectativas de comportamiento. Pero, por otro lado, el Derecho sólo puede ser válidamente fundamentado (sólo puede ser legítimo) merced al asentimiento racionalmente prestado por parte de todos sus posibles destinatarios en cuanto participantes de un discurso racional. En definitiva, facticidad y validez son dos exigencias que la teoría del discurso trata de conjugar en el Derecho positivo de la sociedad actual”<sup>1169</sup>.

De otro lado, se abre a una vinculación entre Derecho y moral, no entendida ésta como una “verdad absoluta” sino de búsqueda de razones que las justifiquen “y que son las que se determinan en el proceso de consulta al legislador (perspectiva procedimental). A través de

---

<sup>1165</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis, op. cit., p. 54.

<sup>1166</sup> MARTÍNEZ–BUJÁN, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*, prólogo a la segunda edición, tercera edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 20.

<sup>1167</sup> MARTÍNEZ–BUJÁN, Carlos, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 69. Evidentemente, es pasible de la crítica que deduce de la conexión entre Derecho y moral tintes autoritarios e intervencionistas, pero que elaborando una oposición tan carente de matices, no se hace cargo de la nueva realidad de estas formas de criminalidad que afectan bienes supraindividuales de modo que, atendida la conformación de la sociedad actual, representan formas de peligrosidad social de enorme relevancia. Para este aspecto ver *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 145.

<sup>1168</sup> MARTÍNEZ–BUJÁN, Carlos, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 32.

<sup>1169</sup> Ibidem.

este proceso de *elaboración racional* se trata, pues, de analizar y fijar los valores que subyacen tras la norma”<sup>1170</sup>.

Asentado el nexo entre Derecho y Justicia, ello presupondrá “una determinada conexión entre Derecho y Política, en la medida en que ésta suministra (al estilo de Habermas...) la formulación imparcial del juicio de la voluntad colectiva, a través de *la racionalidad procedimental* que proporciona la idea de Estado de Derecho con división de poderes y que garantiza una estructura incondicional sustraída al ataque constante de la contingencia. De este modo, la legitimidad de las normas jurídicas se fundamentará en la racionalidad del proceso legislativo que conduce a su creación, un proceso que configura un discurso político-jurídico en el que confluyen contenidos de muy diversa índole: morales, ético-sociales y compromisos entre intereses y aspectos pragmáticos”<sup>1171</sup>.

En esa construcción, la Constitución ocupa un papel clave, en particular el artículo 1.1 que establece el principio democrático, que será decisivo, para la configuración de un Derecho Penal que respete escrupulosamente los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como las exigencias del carácter social del Estado que se reputan necesarias para reforzar la tutela de las libertades”; y, en seguida, los derechos fundamentales se emplazan como “fuente externa de legitimación”, circunscrita a “los derechos humanos y sociales reconocidos en los vigentes textos internacionales, configurados como un verdadero Derecho suprapositivo que rige en el actual momento histórico, sin pretensión de eternidad ni de vinculación a un concepto trascendente de lo justo”<sup>1172</sup>. Con la precisión, eso sí, de que los derechos fundamentales de la persona “por si solos, no pueden dotar de un concreto contenido al objeto de tutela penal”<sup>1173</sup>.

Piénsese, por otro lado, que más allá de la fortuna con que se haya llevado a cabo, la persecución penal de las personas jurídicas se ha transformado en legislación sólo en este

---

<sup>1170</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 32.

<sup>1171</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 42. Ideas que servirá recordar al tratar la Reforma Laboral 2012 y su modo de producción legislativa. Continúa señalando que “en la doctrina española adopta un enfoque similar Atienza (...), quien ha elaborado una completa teoría de la argumentación jurídica legislativa, que permite garantizar decisiones legislativas susceptibles de obtener amplios acuerdos sociales por su adecuación a la realidad social en la que se formulan y que, por ende, permita conseguir una *racionalidad legislativa* específicamente diseñado para la esfera jurídico-penal, en el que la denominada *racionalidad ética* (en el sentido que le da Habermas, a saber, la que ofrece contenidos válidos dentro de una determinada colectividad en un momento histórico-cultural dado a partir de la autocomprensión que comparten sus integrantes, a diferencia de la racionalidad *moral*, que ofrece contenidos de validez universal, para cualquiera) delimita el espacio de juego de las restantes racionalidades, teleológica, pragmática, jurídico formal y lingüística. A la racionalidad ética pertenece el *criterio democrático*, merced al cual –una vez aseguradas las referencias éticas– se van a poder legitimar las decisiones concretas controvertidas con las subsiguientes racionalidades o en la interrelación entre ellas, criterio que remite a las convicciones sociales ampliamente mayoritarias y que posee una relevancia distinta según la racionalidad de que se trate”, op. cit., pp. 42 y 43.

<sup>1172</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *Derecho penal económico...*, op. cit., pp. 42 y 43.

<sup>1173</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 33.



milenio<sup>1174</sup>. Con ello, simplemente quiero sentar que es algo absolutamente reciente el encarar el problema de los delitos cometidos a través de personas jurídicas y que sí provocan un enorme daño social, realidad ante la cual el Derecho Penal, tal como venía concebido, se transforma en una armatoste pesada, que no está en condiciones de sancionar la agilidad del fenómeno delictivo económico, porque no fue concebido para esas formas del delito ni de delincuente. Y que, asimismo, su sanción paradigmática, en la mayoría de los casos de ilícitos laborales, no sea la más idónea, y sí la batería de sanciones en que lo principal tampoco es la entrega de una suma de dinero, sino intentar que no se reproduzca la infracción, por medio de sanciones tales como la disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades; clausura de sus locales y establecimientos; prohibición de realización de actividades; inhabilitación para la obtención de beneficios ante organismos públicos; intervención judicial de la administración de la persona jurídica. Sanciones a las que la tutela laboral y administrativa, como vimos, ya habían arribado<sup>1175</sup>. En este sentido, resulta interesante una norma noruega, que describe un punto de encuentro entre las nuevas sanciones jurídicas, proveniente precisamente del ámbito de la legislación de igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo. Ésta obliga, con un mandato concreto, a lograr la

---

<sup>1174</sup> En Chile, la Ley 20.393, publicada en el Diario Oficial de 2 de diciembre de 2009, que “Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica”.

<sup>1175</sup> Penas contenidas en la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal español de 1995. En España, como se apuntará en el siguiente capítulo a propósito de un caso chileno que cita la legislación española, existe la sanción de exclusión de contratar con la administración pública en supuestos de delitos cometidos contra derechos de los trabajadores, Real decreto legislativo N° 3, de 14 de noviembre de 2011, que aplica esta sanción pero ante caso de delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores, también medioambientales (artículo 60 RDL 3/2011). Por su lado, la tantas veces citadas LOIHM 3/2007, incorporó a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, (LISOS), una subsección denominada “Responsabilidades en materia de igualdad”, la que contempla para el caso de la empresa que adopte decisiones unilaterales que impliquen discriminaciones directas o indirectas a causa de criterios sospechosos que indica; o, adopte represalias en respuesta a reclamaciones de trabajadores fundadas en el principio de igualdad; acoso sexual o acoso por razón de sexo, la sanción de pérdida automática, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. La misma sanción, por un período de seis meses a dos años, según parámetros de graduación que indica, corresponderá a la empresa que haya incumplido la obligación de elaborar un Plan de Igualdad, impuesta por la Autoridad Laboral como sustitución a las sanciones anexas a conductas discriminatorias directas o indirectas en base a criterios sospechosos o por haber solicitado datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado, (artículo 46 bis, Lisos: Responsabilidades empresariales específicas).

participación equitativa de hombres y mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles<sup>1176</sup>: fija una cuota y un plazo, constituyéndose, por tanto, como obligación de hacer. El primer incumplimiento se sanciona con exclusión de contratar con el Estado. Transcurrido un nuevo plazo sin verificarse la exigencia de paridad, la sanción es la disolución de pleno derecho de la persona jurídica<sup>1177</sup>. La adopción de sanciones ante el incumplimiento de mandatos concretos de paridad es la línea propuesta por la Comisión Europea, pues son las que han demostrado surtir efecto. Así, Noruega y Francia muestran los mejores índices de paridad en los directorios de las empresas, mientras que España se encuentra por debajo de la media europea<sup>1178</sup>.

### c) La ductilidad de la tutela de reparación no monetaria.

Podemos concordar con lo expuesto hasta ahora que la reparación no monetaria se ciñe a la necesidad del caso, sin embargo, no es un elemento de total contraste con lo que hasta

---

<sup>1176</sup> A diferencia de la redacción de la norma equivalente española, artículo 75 LOIHM: “*Artículo 75 Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles.* Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley”.

<sup>1177</sup> PERDICES HUETOS, Antonio, “Apuntes sobre el género del Consejo de Administración de las Sociedades Mercantiles”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011, pp. 211 y 212. Esta disposición es valorada por el autor como mandato jurídico con contenido concreto, a diferencia de lo que estima es la norma española, la que no define qué es la paridad de participación y usa como verbo rector “promoverá”, por tanto, no delimitando una obligación determinada. Pero en buenas cuentas, a esta misma norma noruega la hace objeto de una crítica de fondo, a partir desde una toma de posición de lo que es la función del Derecho, señalando que “para educar está la escuela y no las leyes”.

<sup>1178</sup> “Los datos muestran que las cuotas obligatorias funcionan: así fue en Noruega, donde se ha alcanzado un 44% de presencia femenina gracias a una cuota impuesta en 2005, partiendo de un escaso 7% en 2002. Y así ha ocurrido recientemente en Francia, que a partir de la inclusión de cuotas obligatorias, ha logrado doblar la presencia de mujeres en los consejos hasta un 22% en 2012. En España, en cambio, la Ley de Igualdad recomienda la paridad a las empresas en sus consejos directivos (se espera la presencia de un 40% de mujeres en 2015) pero no la impone, de forma que los avances son mínimos en este sentido (tan sólo un incremento de un punto en el último año, hasta el 11’5%, pero todavía por debajo de la media comunitaria). Sin embargo, las empresas españolas que concurren a concursos públicos deben cumplir la ley de igualdad, una exigencia que no existe en otros Estados y que es valorada como positiva desde la Comisión Europea. Parece evidente, en conclusión, que la vía voluntaria no funciona. El mismo informe de la Comisión Europea subraya que son las medidas legislativas las que surten efecto, ‘especialmente si van acompañadas de sanciones’ (Comisión Europea 2012)”, BERBEL SÁNCHEZ, Sara, “La administración pública en el fomento y control de la igualdad a las empresas”, en la obra colectiva *Los planes de igualdad en tiempos de crisis*, (Encarna Bodelón y Noelia Igareda, editoras), Dykinson, Madrid España, 2013, pp. 208-209.

cierto punto siempre ha tendido a ser la reparación civil respecto de la tutela ofrecida por las otras disciplinas jurídicas. “La relación de alternatividad con la tutela civilista ha estado prevalentemente impostado con referencia al polo ‘reparatorio’ de la responsabilidad civil y a la consiguiente técnica de tutela. En esta llave, se ha puesto el acento sobre la mayor ductilidad de las técnicas de tutela civil, dada también la carencia de vínculos constitucionales en el tema del ilícito y la responsabilidad civil. Ausencia de vínculos en orden a las fuentes, menos acentuada exigencia de tipicidad y de taxatividad, posibilidad de prescindir del requisito de la culpabilidad, mediante la posibilidad de delinear formas de responsabilidad engarzadas en el ‘riesgo’, posibilidad de la inversión del *onus probandi*, son las principales manifestaciones de la mayor ductilidad de un modelo de tutela, anclado a una función meramente de reparación o de reequilibrio económico. Función que -se repite- la Constitución no precluye, con sus respectivos corolarios, al sector de la responsabilidad civil”<sup>1179</sup>.

De esta manera, uno de los ejes del problema es definir, por un lado, los límites del poder de intervención del juez el cual, al mismo tiempo que le exige mayor implicación, le da mayor discrecionalidad y, por otro, los límites del poder privado del empleador, reconocido por el Derecho y, por tanto, en principio lícito. De modo que su intervención procederá a partir de la constatación de su ejercicio antijurídico, pues como dijera D’Antona “[u]n empleador puede realizar su oficio con coherencia, defendiendo abiertamente el poder de ejercitar, dentro de la ley, un control sobre el personal; y es comprensible que realizando su tarea se equivoque o dé a los hechos una valoración controvertible. Lo que es menos comprensible es la pretensión de tener el derecho a perseverar en el error”<sup>1180</sup>.

Para poder cumplir con la determinación de estos límites, resultaba útil revisar antes algunos conceptos e instituciones, que pueden ser esgrimidos para una eventual crítica a la reparación. Pero también es importante desmitificar que por el sólo hecho de ser obligaciones distintas a dar una suma de dinero, estén dando facultades exorbitantes al juez. Esto, porque precisamente en casos de tutela de derechos fundamentales – señaladamente libertad sindical-, las indemnizaciones fueron concediéndole amplias

---

<sup>1179</sup> BRICOLA, Franco, “Le ‘pene private’ e il penalista”, en la obra colectiva *Le pene...*, op.cit., p. 33.

<sup>1180</sup> D’ANTONA, Massimo, *La reintegrazione nel posto di lavoro: Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Padova, Cedam, 1979, p. 8.

facultades de hacer valoraciones globales y resolver en equidad, cuyo único método de revisión es por aplicación del principio de proporcionalidad<sup>1181</sup>.

En una obra surgida de un Congreso dedicado a “las penas privadas”, se elaboró un abundante “inventario de hipótesis”, en que se sostuvo que “[p]or pena (privada) judicial, se entiende usualmente una sanción (prevista por la ley, pero) determinada en su medida o en sus modalidades, por el juez: el ejemplo típico es aquel del artículo 12 de la Ley de imprenta de 1948, donde la suma a versar a la persona ofendida es determinada por el juez ‘en relación a la gravedad de la ofensa y a la difusión de lo impreso (...)’. ‘Penas privadas’ pueden, en fin, conectarse al poder disciplinario reconocido a las llamadas ‘autoridades privadas (C.M. BIANCA). Piénsese, por un lado, en las sanciones disciplinarias que el empleador puede adoptar respecto del trabajador dentro de los límites del artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores; y, por otro lado, a los llamados sistemas sancionatorios ‘endo-asociativos’ (M. BASILE). Se trata de sanciones que reconducen su tipificación, respectivamente, en la contratación colectiva y en los estatutos de las asociaciones”<sup>1182</sup>. Pero también se contrastan figuras tan dispares como la *astreinte* francesa<sup>1183</sup>, el derecho

---

<sup>1181</sup> “Consagrado jurisprudencialmente la indemnización automática del daño moral por violación de la libertad sindical, el problema se reduce únicamente a determinar el montante de la indemnización. Constituye un verdadero problema la evaluación económica del daño, ante el manifiesto silencio de la ley (...). En principio, la fijación de la cuantía indemnizatoria es función privativa del juzgador de instancia por lo que no es susceptible de revisión por Tribunal Superior alguno. Es ésta una doctrina constante del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1990 (Ar.1526) (...). La fijación del quantum indemnizatorio constituye –como ha explicado la doctrina jurisprudencial- una facultad exclusiva del juez de instancia por cuanto que, no habiendo reglas preestablecidas para la fijación y estando el proceso valorativo únicamente sujeto a las reglas de la sana crítica del juez, no puede ser sometido a revisión. Es el respeto a la soberana apreciación del juez de instancia lo que impone al Tribunal superior el deber de respetar el cálculo. Con todo, este postulado de intangibilidad de la cuantía indemnizatoria admite modulaciones, permitiendo que pueda ser combatida en determinados supuestos, señaladamente en los casos de notoria desproporción entre el daño y la compensación económica establecida (STST de 20 de abril de 1992, Ar.2662).”, GOÑI SEIN, José Luis, *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Tecnos, Madrid, España, 1996, pp. 25- 26 y 27.

<sup>1182</sup> BUSNELLI, Francesco, “Riscoperta delle pene private?”, en la obra colectiva *Le pene private*, op. cit., pp. 7 y 8.

<sup>1183</sup> Que se calificaría, así considerándolo, un instrumento alternativo a la sanción penal (perspectiva que no comparto pues la pena busca sancionar un ilícito cumplido y la *astreinte* pretende provocar una conducta ordenada por el Derecho): “La presencia en el sistema de un instrumento sancionatorio de este tipo podría constituir una válida alternativa legislativa de tutela respecto de la actual propensión, animada por la doctrina, de sancionar penalmente la inobservancia de providencias que tienen por contenido la orden de poner fin a conductas o situaciones peligrosas (piénsese, por ejemplo, a la adopción de tales técnicas en el sector de la contaminación atmosférica). Con sanciones generalmente convertibles por medio de oblación y conminadas sin ningún resguardo a la entidad o gravedad del retardo en la observancia de la providencia. Augurar la *astreinte* como alternativa de tutela sigue a aspectos ya en otra sede formulados sobre la

de rectificación<sup>1184</sup>; la tutela inhibitoria<sup>1185</sup>, o la indignidad para suceder<sup>1186</sup>, o la cláusula penal<sup>1187</sup>, etc. Ante tal variedad de figuras relacionadas, con lo dicho hasta ahora se espera haber establecido que la reparación no monetaria es una consecuencia jurídica de carácter institucional, impuesta y modelada por el juez, que se aplica en caso de lesiones de derechos fundamentales, cuya base es la nulidad que aparejan estos actos y cuyo fin es la garantía de los derechos lesionados. Sin embargo, a propósito de la libertad sindical es que se logra ver nítidamente que la nulidad es una institución pensada para eliminar actos jurídicos del Derecho y no para hacer cesar y retrotraer al estado anterior ilícitos cometidos por medio de conductas (acciones y omisiones). “Y es que el legislador ha sido consciente de que la nulidad sólo es eficaz para los supuestos en que la antisindicalidad se expresa mediante actos jurídicos, negociales o contractuales, no cuando se manifiesta a través de otro tipo de actuaciones en las que una sanción a su validez jurídica devendría ociosa, por tratarse de meros comportamientos de hecho del sujeto agente. Para estos últimos, se insiste, resultará más eficaz la imposición del cese inmediato y la restitución del derecho lesionado”<sup>1188</sup>.

Así, no sólo los elimina para volver al estado anterior sino que reconstruye las condiciones, interviniendo el poder privado empresarial, en modo de garantizar a futuro el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador afectado así como del conjunto de trabajadores del empleador sancionado. Por esto es que la tutela diseñada por la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres resulta tan ceñida a lo que he descrito como tutela de reparación no monetaria, pues sobre aquella se ha explicado: “Tal y como ha sido expuesto, la nulidad es el límite más importante para el ejercicio de los poderes empresariales y por ende para garantizar la igualdad de oportunidades de los trabajadores pero ¿es más eficaz? No se trata de poner en tela de juicio su importancia, que está fuera de toda duda, pero es cierto que las actuaciones del legislador se centran hasta el momento en garantizar que las mujeres embarazadas o los trabajadores que disfrutaban de permisos de conciliación no sean discriminados pasando a segundo plano otras condiciones de trabajo también fundamentales para el logro de una plena igualdad de oportunidades, como son la

---

oportunidad de una técnica monitoria en sectores para los cuales ya hay en acto una moratorio ‘riesgosa’”. BRICOLA, Franco, “Le ‘pene private’ e il penalista”, en la obra colectiva *Le pene private*, op. cit., pp. 43 y 44. El término oblación en el Sistema italiano se tiene en los casos contravencionales, en que la ley permite al reo que debería cumplir una sanción (arresto o multa), pagar una suma de dinero y extinguir el delito sin mancha en su prontuario.

<sup>1184</sup> Cfr. MILANI, Paola, “La tutela dell’identità personale e l’istituto della rettifica”, en la obra colectiva *Le pene private*, op. cit., pp. 183 y siguientes.

<sup>1185</sup> Cfr. BIANCA, Massimo, “Riflessioni sulla pena privata”, en la obra colectiva *Le pene private*, op. cit., p.409.

<sup>1186</sup> Cfr. BOSETTI, Francesco, “L’indegnità di succedere: una ipotesi di ‘pena privata’?”, en la obra colectiva *Le pene private*, op. cit., pp. 223 y siguientes.

<sup>1187</sup> Cfr. MAZZARESE, Silvio, “Clausola penale e pena privata” y BRUNI, Alessandra, “Clausola penale e poteri riduttivi del giudice”, ambos en la obra colectiva *Le pene private*, op. cit., pp. 259 y siguientes; y, 287 y siguientes, respectivamente.

<sup>1188</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, Consejo Económico y Social, Madrid, España, 1994, p. 144.

igualdad salarial por un trabajo de igual salario, los ascensos y promoción, etc. (...). Ante estas condiciones, el modelo del art. 17.1 ET se ha demostrado claramente insuficiente para acabar con la discriminación laboral de la mujer, reflejo de su posición en la sociedad, ya que repara las discriminaciones acaecidas en el pasado pero no asegura su efectiva remoción para el futuro. Tampoco sirve para las discriminaciones omisivas, esto es, aquellas consistentes en un no hacer. Con la aprobación de la LOI el legislador muestra que es perfectamente consciente de esta situación mediante la regulación de los planes de igualdad de los artículos 45 y 46; los nuevos apartados 4 y 5 del art. 17 ET y, fundamentalmente, por el papel que la negociación colectiva está llamada a desempeñar en esta materia. Todo ello supone un cambio de perspectiva puesto que se pasa de un modelo reparador represivo hacia uno más preventivo<sup>1189</sup>.

La indagación central será así sobre los fines de la reparación y una cuestión distinta es si resulta ingenuo o jamás comprobado que el Derecho sirva para corregir, promover o disuadir conductas<sup>1190</sup>. Pero la norma que ordena la reparación existe y, como profundizaremos en el siguiente capítulo, enraíza con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que apunta a la promoción de una cultura en este orden<sup>1191</sup>. Dicha tendencia es patente, como se ha anunciado y desarrollará al final de este capítulo, en una relevante política europea: la antidiscriminatoria. Se encuentra en todas las Directivas de la

---

<sup>1189</sup> SIERRA HERNÁIZ, Elisa, “La regulación del principio de la igualdad de oportunidades en la Ley Orgánica de Igualdad como límite al poder de organización y dirección del empresario”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011, p. 223. Cómo se ve, se hacen distintos juegos de términos: represión/prevenición, otros dirán que lo que se ha perdido es el carácter aflictivo, pero se coincide en que el pie de partida es la obligación de garantizar los derechos. La misma autora páginas más adelante dirá en relación a la igualdad de trato en el anteproyecto de la LOIHM “de su redacción merece destacar su enfoque que se centra en prevenir y reparar cualquier forma de discriminación, incidiendo especialmente en la idea de garantizar el ejercicio de los derechos ya existentes”, op. cit., p. 226, perspectiva a partir de la cual se exploran nuevas consecuencias jurídicas anexas a un ilícito y se vuelve fundamental su forma de ejecución.

<sup>1190</sup> A causa de lo cual tales posturas suelen ser objeto de críticas más o menos cáusticas, que caricaturizan esta apelación a los valores, como la que se desliza en la nota al pie N° 53, de la obra de VON MÜNCH. “El conocimiento de la historia es el mejor remedio para la enfermedad infantil del totalitarismo de los valores”, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos...* op. cit., p. 98.

<sup>1191</sup> Un efecto principal de la irradiación de los derechos fundamentales en el Derecho ha sido descrito como el de la “apertura”: “la vigencia de las normas *iusfundamentales* significa que el sistema jurídico es un sistema abierto *frente a la moral*. Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos *iusfundamentales* materiales, los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica. Con ello han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno”, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, p. 525.

Unión relacionadas con no discriminación, actualmente recogida en la 43/2000, cuyo artículo 15 señala “los Estados miembros establecerán regímenes de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Misma norma del artículo 17 de la Directivas 78/2000. En base a las cuales, junto con el artículo 41 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos (1950), la profesora Fernández López plantea el principio de efectividad o de garantía de derechos<sup>1192</sup>.

La relevancia de ambas Directivas 43 y 78/2000, ha sido destacada entonces porque constituyen “un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En primer lugar porque esta regulación conjunta y complementaria suponía el nacimiento de un auténtico derecho comunitario antidiscriminatorio de alcance general; y, en segundo lugar, porque en ambas Directivas se contenían definiciones esenciales, para el entendimiento del principio de igualdad de trato”<sup>1193</sup>. Su vínculo con una pretensión moral y de promoción de un orden que se considera valioso es central en la normativa antidiscriminatoria.<sup>1194</sup>

Es más, puede “hacerse hincapié en el significado educativo de los derechos fundamentales. Si en una relación jurídico-privada ambas partes saben que los derechos fundamentales rigen también en su relación, el mero conocimiento ya puede evitar la aparición de vulneraciones de dichos derechos”<sup>1195</sup>. En rigor, es esta concepción la que luego profundiza la Directiva 2006/54/CEE “relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”. Si bien corresponde a una refundición de las precedentes en la materia<sup>1196</sup>, es caracterizada por marcar un cambio de foco en la legislación: de la vertiente

---

<sup>1192</sup> A propósito de la respectiva norma constitucional en España se ha dicho que “este derecho fundamental de defensa de los individuos, tutelado constitucionalmente a través de las reglas de prohibición de toda discriminación, no agota el contenido del mencionado art. 14 CE. A esta vertiente subjetiva se une también la expresión de una decisión objetiva de valor, o vertiente objetiva, según la cual el legislador debe conducir a los poderes públicos y a la sociedad a la igualdad de oportunidades.”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, N° 29, año 2005, p. 73.

<sup>1193</sup> QUESADA SEGURA, Rosa, “La protección y las medidas preventivas frente al acoso sexual en el trabajo, en desarrollo de la Ley 3/2007”, en la obra colectiva *Gestión práctica de los Planes de Igualdad*, (Olimpia Molina Hermosilla, editora), Bomarzo, Albacete, España, 2009.

<sup>1194</sup> BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María y García- Perrote, Ignacio, “La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales: una síntesis de jurisprudencia” en la obra colectiva *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, España, 2005, p. 114.

<sup>1195</sup> VON MÜNCH, Ingo, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y ...*, op. cit., p. 43.

<sup>1196</sup> De la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la

prohibitiva “-actitud pasiva- al compromiso de erradicar el hecho discriminatorio (...) de claro carácter preventivo”, que recoge el principio de la igualdad sustancial “al declarar que la igualdad de trato no resulta incompatible con las acciones que puedan establecer las legislaciones nacionales tendentes a lograr la igualdad real. Este impulso hacia una acción más efectiva en la lucha antidiscriminatoria se manifiesta igualmente en el mandato a los Estados miembros respecto del establecimiento de procedimientos judiciales, administrativos o de conciliación a fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato, incluso después de terminada la relación laboral; así como el establecimiento de una indemnización suficiente, ‘disuasoria y proporcional’ para la reparación de los perjuicios sufridos por la discriminación y, finalmente, en la introducción de la garantía de indemnidad”<sup>1197</sup>. Todo lo anterior, junto con el impulso a la acción de los sujetos sociales a que introduzcan los medios de acción de la autonomía colectiva, en particular, la negociación colectiva, con un solo objetivo: “erradicar prácticas [discriminatorias], fuertemente ancladas en los lugares de trabajo”<sup>1198</sup>.

En la construcción de la reparación no monetaria, sólo se trata de cumplir dichas funciones educativas y sus consiguientes efectos preventivos, a través de sus sanciones aplicadas por la actuación del Poder Judicial.

En sintonía con todo lo expuesto, es respecto de esa función que se ha entendido que en materia de reparación la Corte Interamericana “debería distinguir las modalidades de reparación según el caso. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que, siendo el derecho internacional de los derechos humanos parte de un verdadero orden público internacional, un Estado de derecho internacional, una cultura común –más allá de su objetivo específico– y siendo la Corte una “formadora de valores comunes”, (...), a la hora de fijar reparaciones, debe establecer las que corresponden al daño infligido y sus consecuencias,

---

promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; de la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femenino; y, de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

<sup>1197</sup> QUESADA SEGURA, Rosa, “La protección y las medidas...”, op. cit., p. 133.

<sup>1198</sup> QUESADA SEGURA, Rosa, “La protección y las medidas...”, op. cit., p. 135.



pero teniendo en cuenta para ello no únicamente a la víctima sino al conjunto humano en que esas medidas operan (violaciones *erga omnes*).”<sup>1199</sup>.

En el aplomo intrínseco de una medida creada, ordenada y contenida en una resolución de un Tribunal, está la base de la reparación. Es un reconocimiento oficial del rechazo a la conducta contraria a Derecho que afectó al lesionado y de sus consecuencias sociales perniciosas. Nuevamente se puede aludir a la eficacia simbólica de las sentencias al modo expuesto por Bourdieu, que en este caso sólo se ve agudizado o que resulta muy visible por el tipo de materia. “A diferencia del insulto proferido por un simple particular que, en tanto discurso privado, *idios logos*, no compromete sino a su autor y no tiene apenas eficacia simbólica, la sentencia del juez, que termina los conflictos o negociaciones a propósito de las cosas o de las personas proclamando públicamente en última instancia lo que ellas son verdaderamente, pertenece a los actos de nominación o de instauración y representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, de la palabra pública, oficial que se enuncia en nombre de todos y sobre todos y enfrente de todos.”<sup>1200</sup>.

---

<sup>1199</sup> DRANS DE CLÉMENT, Zlata, “Las reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 12.

Disponible en: <http://www.astrea.com.ar/author/MLC1500>

[fecha de la visita 14 de febrero de 2012]. Sin referirse a este tipo de medidas, el alcance más allá de la “insignificancia del daño experimentado” por la víctima (por la escasa gravedad de los datos develados) y sí ligado a la relevancia de los valores e intereses en juego se aprecia en la STC 186/2001, sobre un caso de lesión al derecho a la intimidad. El citado fallo establece: “Por otra parte, en la STC 115/2000 se declaró que la vulneración del derecho a la intimidad no podía hacerse depender de la insignificancia de algunas de las expresiones vertidas en el curso de dicho reportaje, ya que revestía la trascendencia propia de la relevancia constitucional del derecho fundamental afectado; y, aunque en el FJ 8 se afirmase con carácter general que la gravedad atentatoria de los datos revelados podía ser tenida en cuenta para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho, por supuesto eso no significa que al fijar la indemnización pueda desconocerse la premisa de la relevancia constitucional del derecho afectado y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego”, sobre este aspecto ver el comentario de FERNANDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión ...”, op. cit., p. 65, cuya tesis es mostrar la injustificada estrechez del modelo de reparación tasado, ligado a la extinción del contrato, porque si la reparación ha de ser ‘acorde con el relieve de los valores e intereses en juego’ (...) no es acorde con esta doctrina entender satisfecha la reclamación del trabajador sólo con la indemnización de despido puesto que, al ser ésta calculada sobre una pérdida estándar del puesto de trabajo, trae como resultado que la valoración adicional del valor fundamental lesionado con la extinción es ‘cero’. De ahí que la indemnización así acordada no cumpla con la función reparadora ni tampoco la preventiva de comportamientos de esta naturaleza”, op. cit., p. 71.

<sup>1200</sup> BOURDIEU, Pierre, “La realidad no visible de la realidad formal, op. cit. Esa función simbólica y de autoridad de la sentencia es indiscutible, independientemente de las críticas que se le puedan formular a raíz de ello. Si lo que se pretende es rechazar este aspecto, implica apuntar a subvertir al Derecho y su institucionalidad como monopolio a la función de decir el Derecho.

**d) Reparación como actividad “creativa” del juez: desacostumbrada pero ordenada por la norma. La reparación como regla de fin.**

La palabra “creativa” junto al nombre “juez” suele generar cierta crispación. Pero piénsese en la medida de reparación distinta a la dineraria más conocida en los ordenamientos laborales occidentales: la readmisión. Es una obligación de hacer y manifiesta todas las dificultades de su acatamiento por parte de los obligados a ella. Comparte uno de los rasgos que más forastera hace a la reparación dentro de la función del juez: el deber de crear una situación dirigida al futuro y cuyas finalidades apuntan en gran medida hacia él<sup>1201</sup>.

Entendida así, la norma que ordena la reparación cabe clasificarla dentro de las reglas de fines, que se distinguen de las llamadas reglas de acción. Estas últimas se definen por estar destinadas a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, “los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla”<sup>1202</sup>, y son las que suelen guiar la conducta del juez<sup>1203</sup>. Por su lado, reglas de fines, como sería la de la reparación “constituyen también razones perentorias e independientes del contenido para procurar el estado de cosas prescrito. Ello no obstante, presentan diferencias importantes con las reglas de acción en cuanto al modo de guiar la conducta. Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento. Sin embargo, las reglas de fin trasladan al destinatario de las normas el control (o la responsabilidad) de (por) las consecuencias de la conducta”<sup>1204</sup>.

En otro orden de ideas, debe apreciarse que la reparación trata del cumplimiento estricto de otra nota característica de la función judicial: atender al caso concreto. “Si la justicia es dar a cada uno lo suyo, ‘lo suyo’ de cada parte es esta atención a la singularidad del caso”<sup>1205</sup>. La norma que prescribe la reparación es válida, es preexistente y le atribuye poderes al juez por parte del legislador. El deber del juez seguirá siendo no instrumentalizar el caso para

<sup>1201</sup> Asumiendo la estructura propuesta por el profesor GORELLI HERNÁNDEZ, que a su vez toma de D’ANTONA, al distinguir dos momentos dentro de la obligación de readmisión: el momento de la reactivación de la relación del contrato, eliminando los efectos del despido ilegal; y luego, la continuación leal por parte del empresario de la relación laboral, *El cumplimiento específico...*, op. cit., p. 73.

<sup>1202</sup> A diferencia de las reglas de fines que, en general, no se destinan al órgano jurisdiccional, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1996, p. 12.

<sup>1203</sup> ATIENZA, Miguel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas...*, op. cit., p.13, nota 1.

<sup>1204</sup> ATIENZA, Miguel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas...*, op. cit., pp. 12 y 13. Que coincide con lo diagnosticado por FERNÁNDEZ LÓPEZ respecto a lo que el juez ha hecho en base a una norma amplia como la del artículo 17.1 ET, “Igualdad y no discriminación...”, op. cit., p.118 y 121.

<sup>1205</sup> ATRIA LEMAITRE, Fernando, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, *Revista de Estudios Judiciales* N° 5, 2004, p. 136.

finés distintos a los buscados por la norma. Quizás en esto, y dada la novedad de la misma dentro de lo que son las funciones normales del juez, vale decir, corregir situaciones pasadas, (siendo su máxima expresión el intentar retrotraer la situación al estado anterior), la precaución principal del tribunal deberá ser la incompatibilidad de “la atención al caso con la comprensión del caso como una oportunidad para algo distinto que resolver el caso en justicia. En particular, el caso no es una oportunidad para avanzar alguna finalidad, loable o no, del juez”<sup>1206</sup>. Cuestión que hace ineludible la pregunta sobre la finalidad de la norma.

Es en ello que radica el gran atractivo, pero a su vez, la dificultad de ser asimiladas. Los derechos fundamentales exigen en forma creciente instrumentos de promoción o de prevención de su quebrantamiento, apuntando a crear una cultura en torno a ellos.

### **C) La obligación de readmisión, su lugar como consecuencia del despido nulo por lesión de derechos fundamentales y la ejecución en sus propios términos.**

En este epígrafe dedicará unas líneas a consignar el valor de la readmisión en un sistema laboral, que es lo que explica su inserción como figura primera de la reparación no monetaria, para después explicar su procedimiento ejecutivo en la ley española.

#### **a) La obligación de readmisión: la subversión de los valores economicistas.**

En una obra clásica sobre la readmisión, específicamente en torno al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano<sup>1207</sup>, (norma cardinal y que hasta el día de hoy es

---

<sup>1206</sup> Ibidem.

<sup>1207</sup> Se refiere a la figura de la Ley 300 de 1970, que antes de la reforma de la Ley N° 92 de 2012, obligaba a la reincorporación de todo trabajador despedido “sin justa causa o justificado motivo” en empresas de más de quince dependientes o cinco si se trataba de empresas agrícolas. Impugnado el despido y una vez reconocida la ilegitimidad del acto de despido, el juez debía decretar la reincorporación en el mismo puesto de trabajo que se ocupaba antes del despido y el pago de los salarios no percibidos. Salvo que el trabajador optara por aceptar el pago de una indemnización de quince mensualidades equivalentes a la última remuneración o una indemnización que iba en aumento de acuerdo a su antigüedad en el servicio. Después de la reforma de 2012, se pasó a distinguir tres tipos de despido. El primer grupo es el de aquellos actos extintivos que son declarados nulos, los cuales imperativamente deben significar la readmisión del trabajador y el resarcimiento económico integral (todos los salarios perdidos y contribuciones no pagadas). La ley establece tres supuestos: el discriminatorio, aquél determinado por motivos de pensamiento político o creencia religiosa, pertenencia a un sindicato, participación en huelgas u otras actividades sindicales; por el sexo, la edad, pertenencia étnica u orientación sexual. El despido verbal y el despido coetáneo al matrimonio o a la paternidad o maternidad. El segundo tipo es el del despido disciplinario, en caso de no acreditarse la causal o que el juez estime que corresponde una sanción menos gravosa, en tal caso la ley entrega la elección al juez entre ordenar la readmisión o una indemnización que va de 12 a 24 mensualidades, sin pago de las contribuciones, graduable de acuerdo a la antigüedad del trabajador, dimensiones de la empresa y conducta de las partes. El tercer grupo es el despido económico en que no se verifique en juicio la causa, en que la sanción es una indemnización que va de 12 a 24 mensualidades, sin pago de las contribuciones, y graduable en los términos

centro de la polémica del Derecho del Trabajo italiano)<sup>1208</sup>, se explicitaba cómo esta norma contenía dos tipos de tutela, una de tipo indemnizatorio- restitutorio, en que el trabajador tiene derecho al resarcimiento del daño y/o de la retribución; y la reintegratoria-inhibitoria, en que el juez ordena al empleador poner fin a la separación ilícita del trabajador. Sus enfoques difieren, pues, en el primer tipo “prevalece el elemento ‘dañosidad’ del despido, en el plano de las expectativas contractuales del trabajador; en el segundo, prevalece el elemento del perjuicio irreparable que el abuso de poder económico provoca sea en la esfera personal del trabajador como en el plano de la efectividad de determinadas reglas del juego en las relaciones empresariales, normativamente establecidas”<sup>1209</sup>.

Visto así, esta diferencia en el énfasis implica una elección de valores que, como veremos, treinta años después es todavía parte esencial del debate<sup>1210</sup>. “Una línea de tendencia

---

recién descritos. Siempre existiendo la posibilidad que se califique la conducta empresarial como “carente de todo motivo plausible” caso en el cual el despido es nulo y apareja las consecuencias del primer grupo.

<sup>1208</sup> Describiendo la secuencia histórica entre la Ley 604/1966, (que establece la exigencia de justa causa como requisito del despido y sobre cuya relevancia histórica se explaya TARELLO en su obra *Teorie e ideologie nel Diritto Sindacale. L’esperienza italiana dopo la Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milán, Italia, 1972), y el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano, Riccardo DEL PUNTA, en su reciente manual (*Diritto del Lavoro*, Giuffré, Milán, Italia, 2012), lo indica como el tercer gran pilar de ese cuerpo normativo, junto con el establecimiento de normas de tutela de la dignidad de los trabajadores y la promoción en los lugares de trabajo de las representaciones de los trabajadores: “Además, el Estatuto ha modificado, en sentido de reforzar la protección del trabajador ilegítimamente despedido, la Ley n. 604/1966, con aquélla del artículo 18 (titulado ‘Reintegración en el puesto de trabajo’), que tanta importancia simbólica y política, más allá de jurídica, ha tenido en la historia sucesiva”, cosa que Del Punta destaca al escribir que “toda la energía se descargó, en los primeros meses de 2012, sobre el Gobierno ‘técnico’ presidido por Mario Monti, al cual las instituciones europeas y los mercados financieros han requerido, entre otras cosas, una reforma del artículo 18, que ha así pagado su propia naturaleza de símbolo”, *Diritto del...*, op. cit., pp. 71 y 568. En un sentido similar, ya en 1983 Lanfranco FERRONI hacía hincapié en la crítica a que el análisis de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer, teniendo como estandarte la obligación de reincorporación, estaba cruzado por posturas políticas, ver *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino, Italia, 1983, pp. 40 y siguientes. En contra, Michele TARUFFO al desmentir por razones procesales el verdadero pero del artículo 18 del Statuto del lavoratori dentro del sistema de relaciones laborales, “Osservazione e chiarimenti in tema di licenziamenti”, *Rivista impresa & Stato*, de la Cámara de Comercio de Milán, N°57, Milán, Italia, 2001. Con mayor detalle, se retomará el punto en la primera parte del Capítulo V.

<sup>1209</sup> D’ANTONA, Massimo, *La reintegrazione...*, op. cit., p. 6.

<sup>1210</sup> Es la base de la toma de posición en la materia de Antonio BAYLOS GRAU, en que conecta el ejercicio del poder privado y los derechos del trabajador, con la incidencia en negativo sobre su posición social y económica, al ser el trabajo la llave de la ciudadanía, que es, en definitiva, el significado del derecho al trabajo consagrado en las constituciones europeas del segundo post guerra, “Por una (re) politización de la

teórica recupera la concepción de la democracia sustantiva o material que reconoce derechos a los ciudadanos en una orientación progresiva hacia la igualdad material y que se apoya en sujetos colectivos clásicos que representan grupos y clases sociales subalternos. Éstos reaccionan contra la producción por parte de la economía de mercado y del sistema de libre empresa de una variada gama de situaciones de desigualdad que genera pobreza y riqueza en términos extremadamente asimétricos y que restringe la libertad desde la extensión de la necesidad y de la exclusión social. Estos sujetos colectivos progresivamente se han ido incluyendo en el área de la plena ciudadanía y han ido ampliando las determinaciones precisas de los contenidos de los derechos fundamentales, especialmente en el reconocimiento de nuevos derechos sociales. De esta manera se aprecia una ‘polaridad’ en tensión entre un ‘liberalismo de los intereses o del mercado (global) y un liberalismo de los derechos o de la ciudadanía (universal)’. Esta tensión se manifiesta en la progresiva capacidad inclusiva de las nociones de ciudadanía y de derechos, y en la afirmación de prácticas sociales que permitan realizarlos y asegurar la efectividad de los mismos”<sup>1211</sup>.

Es que se retorna una y otra vez al juego de la libertad y de la igualdad a la hora de hablar del despido. “El *quantum* y el *quomodo* de la rescindibilidad del contrato de trabajo han sido siempre entendidos por los directamente interesados como los componentes del sismógrafo que mide el ámbito de sus respectivas esferas de autonomía”, basta con mirar nuevamente a su origen: “‘Está en derecho’, sentenciaban los *provibiri* del despeque de la industrialización apenas iniciada en Italia a finales del siglo XIX, que el trabajador puede ser despedido con el único obstáculo del preaviso. ‘Está en derecho’ era la premisa de la que partían, pero era falsa. Era cierto por el contrario que la legislación del siglo XIX tutelaba el interés de los *hommes du travail* a la temporalidad de la obligación de trabajar subordinadamente, mientras la estabilidad de la misma correspondía en todo caso a un interés de los empresarios que éstos pretendían realizar en régimen de totalidad discrecionalidad, apropiándose por tanto de la licencia para despedir. Así, aunque la prohibición de relaciones obligatorias perpetuas pudiera hipotéticamente ser motivo de agrado para los *hommes du travail* cuyo padre o abuelo hubiera sido oprimido por el peso de la servidumbre feudal, no tuvo ni siquiera tiempo de valorar las ventajas del peso de la Ilustración del que era expresión la norma del código napoleónico. Y eso porque la cultura jurídica de la época conjugó inmediatamente la recuperada libertad personal de los comunes mortales con la completa libertad de extinguir la relación a iniciativa unilateral de su patrón”<sup>1212</sup>.

Para D’Antona la elección entre las diversas posibilidades de tutela, además de ser elecciones de valor, lo son también “en cierta medida, de costumbres. Una intervención judicial que se proyecte así en la esfera organizativa de la empresa y que, por tanto empuje la mediación jurídica hasta los confines reales del conflicto entre poder privado e intereses fundamentales del individuo, no puede quedarse a mitad del camino, porque a la mitad del

---

figura del despido”, *Revista de Derecho Social*, Nº 12, 2000, p. 10. Retomada y profundizada su libro en coautoría con Joaquín PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*.

<sup>1211</sup> BAYLOS GRAU, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2009, p. 39.

<sup>1212</sup> Prólogo de Umberto ROMAGNOLI al libro de Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, *El despido o...*, op. cit., p. 13.

camino no se cumple una razonable transacción sino una evidente degeneración del ‘estilo’ de cada parte en el afrontar y resolver un conflicto característico del trabajo”<sup>1213</sup>.

En este modelo teórico se insertan las medidas de reparación no monetarias a las que se dedica esta tesis, las que serán entendidas como el conjunto de medidas de hacer y de no hacer, definidas por el juez de la causa, al emanar una sentencia condenatoria por lesión de derechos fundamentales, que deberán realizarse en el espacio donde se despliega la relación laboral y al que se haya proyectado la lesión respectiva, imponiéndose al empleador que ha ejercido ilícitamente los poderes empresariales que detenta en dicho rol el cumplimiento de estas obligaciones, cuyos objetivos principales son restituir a la víctima - al reconocer su condición-, y asegurar el ejercicio de su o sus derechos, al mismo tiempo que afirma y difunde la vigencia de él o los derechos vulnerados, dentro del ámbito ya indicado.

Las medidas de esta categoría, como la publicación de la sentencia, las disculpas públicas, la anulación o prohibición de determinadas conductas, las capacitaciones en derechos fundamentales, etc., que han ido colmando a través de las sentencias la voz “medidas de reparación” de la ley procesal chilena, pretenden generar una cultura de respeto a los derechos humanos en los lugares de trabajo, propendiendo a su ejercicio y al mismo tiempo dando valor a la posición del trabajador dentro de la sociedad, como plataforma principal para el ejercicio de diversos derechos, que se ha ido enriqueciendo de nuevos contenidos al hilo de la entrada de los derechos fundamentales en los centros privados de poder.

Así, al llegar al usualmente último pero verdaderamente clave problema, de la ejecución forzada, otra vez resultan válidas las reflexiones hechas en torno a la regulación del despido y obligación de reincorporación, al momento en que desmitifica el papel de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer, fuertemente presente en la cultura jurídica italiana: “Como se ha dicho, despido y reintegro son caras opuestas de la misma medalla, ‘conductas’ referibles a un mismo centro decisional. El verdadero problema de técnica ejecutiva suscitado por el art. 18 no está, por tanto, en la alternativa entre coercibilidad e incoercibilidad. La pregunta a la que debemos responder es: cómo inducir a aquél ‘centro decisional’ a adecuar su línea de conducta a la orden de reintegración, ¿cómo imponer aquella que es inevitablemente una elección de política empresarial? Y mientras nada excluye que entre los medios de coacción al cumplimiento pueda ser empleada la ejecución forzada en función ‘adicional’ (MAZZAMUTO), el discurso se traslada hacia las medidas llamadas de coacción indirecta”<sup>1214</sup>.

Es decir, la pregunta se resuelve nuevamente en cómo sujetar a un centro de poder privado a una decisión judicial.

#### **b) La readmisión circunscrita a los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales.**

Si bien no sólo el despido nulo es el que produce la obligación de readmitir<sup>1215</sup>, es en estos casos en que se vuelve un imperativo decretar la orden para el juez. Es por ello que, para

<sup>1213</sup> D’ANTONA, Massimo, *La reintegrazione...*, op.cit., p. 8

<sup>1214</sup> D’ANTONA, Massimo, *La reintegrazione...*, op.cit., p. 10.

<sup>1215</sup> En el improcedente, el contenido de la condena por despido es alternativo: o la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores,

efectos de esta tesis, el interés se centra en la ejecución in natura, a la que se adscriben sólo las sentencias de nulidad, que remiten a situaciones de vulneración de derechos fundamentales del trabajador, sea en relación al despido, caso en el cual es obligatoria la readmisión, o bien a actos distintos al despido que lesionen derechos fundamentales, que implicarán su eliminación y la restauración del derecho al estado anterior, como efecto de la nulidad.

Por la misma razón, se vuelve trascendente la postura que se tenga respecto a las posibles nulidades de casos que impliquen un ilícito mayor que la mera falta de acreditación de la causa que volvía procedente el acto del despido, u otro, como la movilidad geográfica o el cambio de condiciones sustanciales de trabajo, las que en la legislación española de los últimos tiempos han tendido a la extinción de la relación laboral como respuesta última, más allá de quien fuera la parte infractora, es sólo un síntoma del viraje a la “monetización” por la falta de ejercicio de derechos. “La ‘monetización’ del despido que está en la base de la improcedencia ha adquirido tal preponderancia en el debate teórico y práctico que ha trascendido la tradicional contraposición entre estabilidad real y obligatoria, para, mirando exclusivamente a esta última, centrarse en cuánto cuesta el despido. Asumiendo el hecho de que un acto ilícito surta efectos, todo parece centrarse en el simple dato de cuánto hay que pagar por esa arrogancia. Incluso el debate sindical se ha visto arrastrado a la óptica del coste del despido, de forma que la defensa de indemnizaciones razonables y de reparación ha adquirido tal centralidad que el mantenimiento del puesto de trabajo ha pasado a ser un elemento marginal”<sup>1216</sup>. Tendencia totalmente opuesta a una búsqueda de respuestas normativas que creen incentivos a que los derechos puedan ser ejercidos por los trabajadores sin que necesariamente signifique el sacrificio del puesto de trabajo.

La ejecución del fallo en sus propios términos, contemplada en los artículos 282 y siguientes de la LRJS, se inserta en el proceso especial de despido que concluyera con una sentencia condenatoria, en los casos de declaración de nulidad por violación de derechos fundamentales y otras libertades públicas, o bien, si se trata del despido de un representante de los trabajadores - delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical<sup>1217</sup> - que habiendo tenido el derecho de opción, eligió la readmisión, o, el supuesto de despido colectivo nulo. Esta última corresponde a la categoría de despido que no se funda en conductas imputables al trabajador sino en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que tiene una serie de requisitos legales para ser válido: causas<sup>1218</sup>, umbrales de trabajadores para despedir, determinados lapsos para la contabilización de las extinciones, cumplimiento de la llamada fase de consultas<sup>1219</sup>. Hasta antes de la reforma laboral del RDL y la Ley 3/2012, incluía el supuesto del despido

---

según prescribe el artículo 110. 1 LRJS; o, o indemnización, “hallándose sujeto a plazo el ejercicio de la opción”, CACHÓN VILLAR, Pablo, “La reforma de los...”, op. cit., p. 101.

<sup>1216</sup> BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2009, p. 151.

<sup>1217</sup> Artículo 282 b) LRJS.

<sup>1218</sup> La definición de qué significa causa es objeto de uno de los debates más intrincados de la actualidad, al que se aludió en el apartado 3.1., del Capítulo II.

<sup>1219</sup> Causa de extinción del contrato contemplada en el artículo 49, i) del Estatuto de los Trabajadores español y regulado en el artículo 51 del mismo cuerpo legal.

colectivo que se hiciese sin autorización administrativa<sup>1220</sup>. Omitido este requisito, se ha declarado nulo por la jurisprudencia, el despido colectivo que tiene vicios en su período de consultas con los representantes de los trabajadores, fase que debe preceder al despido<sup>1221</sup>. A continuación expondré algunos puntos interesantes de previsiones específicas sobre ejecución en sus propios términos en la sentencia de despido, como complemento a lo ya señalado sobre el mandato del artículo 241 LRJS y la fórmula de coerción que contiene.

**c) Observaciones sobre la facultad de elegir entre readmisión o cumplimiento por equivalente.**

Dentro de la regulación del despido, el derecho de opción por la readmisión o la sustitución por indemnización queda en manos de distintos titulares, dependiendo de que se trate de despidos calificados de improcedentes o nulos, y en ambos casos, se pueden subdistinguir ciertas situaciones. Tratándose de despidos improcedentes, es el empresario quien elige si readmitir o indemnizar (artículo 110.1 LRJS). Excepción a lo anterior es que el despido sea de un representante legal o sindical de los trabajadores, caso en el cual la opción es del trabajador (artículo 110.2 LRJS).

Esta categoría es objeto de críticas, pues deja en manos del infractor si se cumple o no lo que es la primera orden del tribunal según el precepto legal: readmitir. Por lo mismo, se

---

<sup>1220</sup> Se trataba de la exigencia del artículo 56.1 del ET, para el caso de concluirse el período de consultas sin acuerdo, la Autoridad Laboral debía evaluar si autorizar o no los despidos, teniendo que hacerlo en caso de que de “la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines de su viabilidad o de superación de su negativa situación económica”, en caso contrario, denegándose. De no cumplirse en los casos legalmente previstos, se sancionada con la nulidad, según el artículo 24 de la antigua LPL y la redacción del artículo 124 de la LRJS previo a la reforma laboral del RDL 3/2012. A la explicación del surgimiento de la autorización administrativa como requisito, partidarios y críticos de su remoción, se refiere la sección V del Capítulo II.

<sup>1221</sup> Es una línea jurisprudencial en actual desarrollo. Por todas y recientemente, la STS de 3 de marzo de 2013, declaró la nulidad del despido colectivo por no haberse cumplido con entregar la “memoria explicativa”, al dársele ciertos contenidos a este documento. De esta forma la sentencia establece como hecho probado: “ Con la notificación de la apertura del expediente la empresa entregó la memoria económica, sin relacionar los documentos que se entregaban, sin que se aportasen los anexos relativos a los detalles y gráficos de facturación que se indicaban en la memoria, y sin que se entregasen las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos” (fundamento de Derecho primero, punto 1), concluyendo entonces “[d]esde la perspectiva del anterior resumen y de los extensos 19 hechos probados de la sentencia recurrida, en ella se llega en primer término a la conclusión de que la existencia y relevancia de los graves defectos formales en la tramitación del expediente que habría de conducir a la extinción de los contratos, determinaba la nulidad de los ceses, de conformidad con lo previsto en el artículo 124, 11. c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la redacción dada por el R.D.L. 3/2013, por cuanto que no se había dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del R.D. 801/2011 -entonces vigente- en lo relativo a la tramitación del expediente y la entrega necesaria de documentación a los representantes de los trabajadores para proceder a la extinción de los contratos de trabajo”, (fundamento de Derecho número dos).



produce una especie de inmediato desmentido de lo que pareciera ser la valoración de la ley, en cuanto a que un despido que no ha logrado verificar en juicio su causa o el cumplimiento de las formalidades del acto del despido, debe provocar la readmisión del trabajador, que bien podría ser el titular del derecho a decidir si quiere reingresar a su puesto de trabajo o preferir la disolución del vínculo laboral con indemnización.

Opuesto es el caso de los despidos nulos, siendo perentoria la orden de readmitir al trabajador de manera inmediata (artículo 113 LRJS), por lo que en rigor la ley no está dando una opción. Esta negativa radical se funda en que ese es un efecto propio de la nulidad<sup>1222</sup>, pero que parece bastante una conclusión un tanto autómata, explicable en que “[e]videntemente, cuando el ordenamiento diseña la readmisión como mecanismo de reacción adecuado frente al despido nulo, lo hace pensando únicamente en la resistencia empresarial; olvida, de esta manera, cómo cuando el trabajador ha visto violado uno de sus derechos fundamentales, en muchas ocasiones ya no querrá mantener el desarrollo de la relación laboral. No parece de Justicia que el Derecho le fuerce en estos casos a mantenerse bajo el poder de dirección de aquél, so pena de perder cualquier indemnización por abandono”<sup>1223</sup>.

Distinta es la solución legal para los casos en que la nulidad provenga de la existencia de acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, en que la elección de la indemnización más percepción de los salarios de tramitación pertenece a la víctima (artículo 286.2 LRJS) - lo que vuelve a expresar una percepción más individualista del problema del acoso, en que por la situación de la víctima se prepondera cuál sea su voluntad respecto a recuperar su trabajo o no, solución puntual deseable para la víctima de cualquier vulneración de derechos fundamentales<sup>1224</sup>. Pero esto mismo es expresivo de que la regla general: readmisión obligatoria, se ubica en un lugar más cercano al interés público involucrado, en que es importante ante todo borrar las modificaciones a la realidad que provocó el ilícito, y sólo en el decurso y por imposibilidades calificadas pueda no llegarse a verificar la readmisión.

#### **d) Procedimiento ejecutivo de readmisión a consecuencia de la nulidad por vulneración de derechos fundamentales.**

Supuestos de despido que vulneren reglas de protección a la protección de la maternidad y cualquier otro declarado lesivo de derechos fundamentales, implican nulidad del acto; más el caso del despido improcedente del representante de los trabajadores que opta por la readmisión (delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical y, declarada la improcedencia), en todos estos casos las sentencias deben ser ejecutadas en sus propios términos

---

<sup>1222</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 360.

<sup>1223</sup> Planteando que en tales casos el trabajador puede resolver el contrato en forma indemnizada pues la imposibilidad de la prestación en definitiva es imputable a un incumplimiento de deberes de las más alta jerarquía del empleador, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Las obligaciones de hacer y no hacer...*, op. cit., p. 319, nota 1330, donde cita a Juan José Fernández Domínguez y J Fernández - Costales Muñiz, como adherentes a esta tesis.

<sup>1224</sup> Salvo los casos de los representantes sindicales cuyas protecciones traen causa en la función que realizan, por lo que abandonada ésta, debieran caer las garantías.

El fallo deberá ordenar la readmisión del trabajador que, como ya se dijera, se compone de dos aspectos principales: el reingreso a la organización y la recuperación integral del puesto de trabajo detentado antes del despido.

A diferencia del caso de opción por la readmisión en manos del empleador (supuesto de despido improcedente), que le concede diez días a partir de la notificación de la sentencia, para comunicarle por escrito al trabajador la fecha de su reincorporación, que deberá considerar al menos tres días desde la fecha de la recepción del escrito (artículo 278 LRJS), no existe regulación equivalente para el supuesto de nulidad. De ahí, que algunos estimen que deba aplicarse la regla recién expuesta por analogía, y otros, “con mejores argumentos, entienden que es exigible ‘desde luego’ (*quod sine die debetur, statim debetur* –art.1113 CC); en este caso – y a salvo la posible ejecución provisional-, desde la firmeza de la sentencia)<sup>1225</sup>.

Tampoco señala la ley dentro de qué plazo se puede instar la ejecución. De manera que la respuesta jurídica es la aplicación analógica de otras normas. La primera posibilidad es la aplicación por analogía del artículo 279 LRJS, dando al despido “veinte días- ampliables a tres meses, aun cuando no corran los salarios de tramitación en el exceso- desde la finalización de aquél de diez puesto a disposición del empresario para comunicar su decisión a este respecto, o desde el momento en el cual, una vez fijada, no se produjo, o se llevó a efecto pero de manera irregular”<sup>1226</sup>. O bien la aplicación del artículo 243.1 LRJS, es decir, el mismo que existe “en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho”, por lo tanto, para este caso correspondiente a veinte días desde la firmeza del pronunciamiento judicial, “si bien tal previsión debería entonces ser completada, por analogía con lo dispuesto en art. 277.2 LPL [279 LRJS], para permitir también la ejecución durante los tres meses siguientes a la mentada firmeza, sin perjuicio de la pérdida de los salarios de tramitación por cuantos días excedieron a los veinte primeros”<sup>1227</sup>. Este problema no fue resuelto por la LRJS pues su artículo 279 no varió lo previsto sobre el punto en la LPL.

La ley no prescribe formalidades para la petición de ejecución al Tribunal. Una vez solicitado, el Tribunal, sin decretar medidas coercitivas<sup>1228</sup> y sin escuchar al ejecutado, requerirá al empleador para que reponga al trabajador en su puesto en un plazo de tres días. Transcurridos los cuales sin verificarse el cumplimiento o siendo éste irregular, se deberá solicitar nuevamente la ejecución del fallo, “dentro de los veinte días siguientes al tercero que, como plazo máximo para la reincorporación, indicare el juez en el requerimiento previo (art. 281.1 LPL) [artículo 283 LRJS]”<sup>1229</sup>. Todo lo cual era considerada una tramitación bastante inútil y se mantuvo intocada con la nueva ley.

Recién entonces, se cita a las partes en comparecencia, para ser oídas por el juez (artículo 283 LRJS). El juez oídas a las partes en comparecencia, debía dictar auto sobre si la readmisión se ha efectuado o no y, en su caso, si lo fue en debida forma. En el supuesto de que se estimara que la readmisión no tuvo lugar o no lo fue en forma regular, se ordena reponer al trabajador a su puesto dentro de los cinco días siguientes a la fecha de dicha

<sup>1225</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., p. 201.

<sup>1226</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., p. 201.

<sup>1227</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., pp. 201-202.

<sup>1228</sup> Sólo se pueden decretar, a instancia de parte, las medidas del artículo 284 LRJS, que son los salarios de tramitación, estar de alta en la seguridad social y ejercer las funciones de representación.

<sup>1229</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., p. 202.

resolución, apercibiendo al empresario que, de no proceder a la reposición o de no hacerlo en debida forma, se adoptarían las medidas del artículo 284 de la LRJS, que como ya se indicare, no son coerciones propiamente tal pues no ponen al ejecutado en una peor situación que la que tendrían de haber cumplido<sup>1230</sup>. Lo anterior significa que de no haber nuevamente cumplimiento satisfactorio, deberán solicitarse que se hagan efectivos los llamados apremios del artículo 284 LRJS<sup>1231</sup>.

Hasta aquí las previsiones legales, lo que parece dejar la situación más bien en suspenso, pese a que algunos sostienen que debiera poder decretarse la multa coercitiva del artículo 241.2 LRJS, en caso que así lo decida el juez.

El mantenimiento de todos los puntos críticos señalados por la doctrina en la nueva LRJS no sorprende, dada la escasa importancia que se le da a las obligaciones de hacer y de no hacer en general, porque las premisas que justifican la ejecución en sus propios términos, pese a estar contenidas en la Constitución española (derecho al trabajo/tutela judicial efectiva), no son a las que han adscrito los legisladores reformistas, llevando así al acorralamiento de la obligación de readmisión, coherente entonces con toda la normativa sustantiva ha virado a que no sea la respuesta judicial. En ese punto, muy lúcida es la antigua crítica de Tarello a los laboristas que abogaban por el ordenamiento intersindical, refractario a toda intervención heterónoma, por considerarse esta autonomía absoluta como un principio “profundamente revolucionario” que derivaría en un “nuevo Derecho del trabajo”, por lo que podían sostener la compatibilidad del despido libre con el régimen constitucional, sólo por no dar un lugar en su modelo a la tutela heterónoma. La irrelevancia de la tutela estatal fue desmentida por la importancia que tuvo establecer por vía legislativa protección contra el despido libre (Ley N° 604, del 15 de julio de 1966) la que luego fue mejorada por la tutela real consagrada en el artículo 18 del Statuto dei Lavoratori, Ley 300 de 1970, norma consagra la reparación paradigmática del Derecho del Trabajo: la readmisión.

La trascendencia de la estabilidad real, al día de hoy, e intensamente durante la última década, se hace visible al haber dado lugar a una de las luchas legislativas en Italia más ilustrativas sobre la radicalidad del problema que envuelve (simbólico, político y jurídico): la derogación del artículo 18 del Statuto dei lavoratori que la consagra.

Esta norma que obligaba a la reincorporación de todo trabajador despedido “sin justa causa o justificado motivo” en empresas de más de quince dependientes o cinco si se trataba de empresas agrícolas, cuya función clave en el Statuto dei Lavoratori, en los términos antes dichos es reconocido hasta por autores que critican la defensa de la tutela real<sup>1232</sup>.

Lo que demuestra que es un punto que permite separar aguas entre líneas doctrinales laborales. Del Punta es expresivo al respecto cuando describe el ambiente de los primeros años setenta con el Statuto y plantea sus conclusiones. “Hubo entonces, en aquél período, una gran valorización del rol social y del peso político de las clases trabajadoras (con algunas recaídas en términos de abuso, como en la explosión de las tasas de absentismo por enfermedad), que ha empujado al mundo empresarial a la defensiva y ha permitido el

---

<sup>1230</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., p. 202.

<sup>1231</sup> Esta ya tercera solicitud todavía divide a la doctrina permitiendo que se dude en cuanto a que se deba realizar un nuevo trámite o comparecencia para determinar el incumplimiento y otros que sostienen que deben ejecutarse directamente los apercibimientos, por lo que TASCÓN LÓPEZ califica que toda la situación es una “tarea de Sísifo”, *La ejecución de obligaciones...*, op. cit., pp. 202-203.

<sup>1232</sup> Como Riccardo DEL PUNTA en su *Diritto...*, op. cit., pp. 70-71- 94.

Derecho del Trabajo tocar su propio cenit. Exaltando la función protectora y de actuación constitucional. También la jurisprudencia (ennoblecida por el nuevo proceso del trabajo) ha dado un importante aporte en tal dirección, expresando en su mayoría, orientaciones ‘garantistas’, es decir, en defensa de los derechos de los trabajadores. Parecía, entonces, que el futuro estuviese al alcance de la mano, para nuevos progresos en el frente de las tutela de los trabajadores y, por tanto, para ulteriores cambios que aportar a un sistema capitalista del que no pocos todavía anhelan, si no ya que sea abatido violentamente, su superación, o, al menos, su significativa corrección. En cambio, como ha escrito Umberto Romagnoli, al Derecho del Trabajo no le fue dado el tiempo de gozar en paz su alcanzada madurez: la historia (*que tiene siempre razón*) ha propuesto nuevos escenarios<sup>1233</sup>. Sobre esta polémica, una clave de lectura la da Taruffo quien luego de haberla seguido durante toda su trayectoria, destaca cuán simbólico o más bien ideológico es el debate, si se considera que nunca se crearon los instrumentos procesales de ejecución para hacer efectivo el mandato de readmisión del artículo 18 del Statuto dei Lavoratori, que por lo demás sólo rige a las empresas de determinadas dimensiones, lo que en la práctica hace que nunca se haya cumplido en forma importante y malamente se le pueda atribuir el haber rigidizado el mercado de trabajo, por lo que la ideología tras la incesante solicitud de reforma es volver “a la edad de oro”, pre Ley N°604 de 1966<sup>1234</sup>, es decir: libre despido.

#### **D) Los Planes de Igualdad como cargas al empleador para la consecución de la igualdad real.**

Cómo se puede explicar que ante una lesión a la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, pudiera, como plantea alguna doctrina, imponerse una obligación compleja, compuesta por fases para la corrección de las causas que permiten la lesión del derecho. La primera premisa teórica es la doctrina como instrumentos regulatorios y no como “cartas de triunfo”. “Es evidente que la idea de que los derechos se erigen contra la comunidad es demasiado simple, en tanto éstos son intereses especiales a los que nosotros, como comunidad, hemos otorgado protección especial, normalmente porque afectan ‘el interés público’ –es decir, porque implican los intereses de la comunidad en su conjunto o bien el tratamiento justo de sus distintos miembros-. Al reconocer, proteger y financiar los derechos, la colectividad está impulsando lo que en general se interpreta como los intereses más profundos de sus miembros”<sup>1235</sup>.

<sup>1233</sup> PUNTA, Riccardo Del, *Diritto...*, op. cit., p. 71. Cursivas mías a una frase indiscutiblemente ideológica.

<sup>1234</sup> Lo que en todo caso señala como imposible porque la normativa europea (Carta de derechos fundamentales de Niza del año 2000) da discrecionalidad al legislador nacional para tutelar el despido pero no le permite no prever ninguna, TARUFFO, Michele, “Osservazione e chiarimenti in tema di licenziamenti”, *Rivista impresa & Stato*, de la Camara de Comercio de Milán, N°57, Milán, Italia, 2001. Disponible en: [http://impresa-stato.mi.camcom.it/im\\_57/taruffo.htm](http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_57/taruffo.htm). Si la batalla por una reforma representa tanto para ambas partes, es posible deducir que la protección de la posición de trabajador en una sociedad capitalista es clave para definir qué tipo de capitalismo se cultiva. Pero, más allá de la readmisión, como se dijera, las otras medidas de reparación no monetarias discurren por áreas en que se profundiza la defensa de las reivindicaciones de reconocimiento, y en que la acción sindical hasta ahora no ha desempañado una actividad destacada.

Por otro lado, ese redescubrimiento del valor del trabajo en la sociedad es lo que ha venido a legitimar algo que ha trastabillado en encontrar su fundamento jurídico. Porque, paradójicamente, una forma de subordinación se terminó encontrando en forma profunda con la autonomía, ¿cómo podría explicarse, por ejemplo, que una ley que busca la erradicación de la violencia contra la mujer, y, por tanto, apunta a corregir una forma de discriminación, posea un contingente de derechos laborales, que constituyen cargas para el empleador sin que sea necesario que la violencia de género se produzca en la relación de trabajo? Porque parte de la solución del problema se consigue por medio del trabajo, en tanto fuente de autonomía<sup>1236</sup>. Lo mismo cabe decir con respecto a los efectos de la igualdad entre hombres y mujeres al presentarse bajo la forma de derechos concretos, como los de conciliación familiar. Asimismo, puede verse que ha sido conectada la precariedad laboral como causa de una alteración profunda de la percepción de los derechos de ciudadanía (social y política) en lo jóvenes”<sup>1237</sup>.

Sin duda el Derecho del Trabajo surge como una norma “defensiva”: su esencia es brindar “protección” para la corrección de la situación de desequilibrio entre las partes, ese es su “mínimo existencial”. Sucede que al habersele emparentado con la noción de “ciudadanía” o de pre condición para la participación política la conquista de una real autonomía, se puede hablar de mejor y peor Derecho del Trabajo, ya que aquél punto, dentro de una concepción siempre reformista, fue el que estrechó más la brecha de desequilibrio de poder entre las partes, desplegando su tutela desde varios frentes y que permite el análisis crítico de diversos problemas actuales como el empleo juvenil, el trabajo migrante, la violencia de género y, paradigmáticamente la igualdad entre mujeres y hombres en sede laboral.

#### **a) La falta de contenido aflictivo en los planes de igualdad.**

Es importante reiterar, para que se entienda la idea de reparación, que, por más que sean obligaciones que se imponen al litigante vencido, no constituye una pena, en el sentido de

---

<sup>1236</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, España, 2005, p. 10.

<sup>1237</sup> Consignando una observación aguda respecto a la mentalidad que esta generación ha ido adoptando, producto de que “la temporalidad laboral llega a ser percibida como algo ‘normal’ frente a la cual los jóvenes interpretan como privilegiada cualquier otra situación que mejore algunos de los elementos indicados [poco salario, puestos por debajo de la formación, no proyección de carrera al ser contratos por tiempo determinado]” cuyos efectos no son estrictamente laborales sino retumban “sobre todo con la definición del rol de los jóvenes en la sociedad. Por un lado, se puede decir que la condición de joven precario acaba por alterar profundamente la percepción de los derechos de ciudadanía (social y política) favoreciendo una sensación generacional de exclusión e impotencia. Por otro lado imposibilita a los jóvenes empleados a ‘pasar de *status*’, es decir, convertirse en trabajadores y trabajadoras ‘de primera división, amplificando de esta manera, aún más las fragmentaciones de la clase trabajadora ya existentes y enfatizando la competitividad y el individualismo”, BOGONI, Milena, “La conciliación de la vida laboral y familiar: una mirada desde la perspectiva de la precariedad laboral juvenil, en la obra colectiva *Trabajar en femenino, Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 169.

un “mal” que se le inflige<sup>1238</sup>. ¿En qué sentido podrían serlo obligaciones de dar formación en derechos fundamentales, de publicar una sentencia de un Tribunal, la de corregir un reglamento interno, etc.? Tampoco sería una pena entendida de forma más moderna como “una pérdida de derechos o bienes jurídicos”<sup>1239</sup>, ya que a lo sumo son una restricción, característica compartida con sentencias condenatorias de cualquier orden.

Este debate ha adquirido gran actualidad a propósito de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a propósito de los “Planes de Igualdad”, a cuyo desarrollo se dedica la parte final de este capítulo. Se pueden describir, a partir de la definición del artículo 46 de la LOIHM, como “un conjunto ordenado de medidas”, que tiene como objetivo “alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo”. Estos planes “evidencian –tras una labor de diagnóstico- las concretas políticas que cada empresa tiene que poner en marcha para garantizar los requisitos que contempla el plan: medidas antidiscriminatorias y de acción positiva, que eviten las discriminaciones directas e indirectas (...) la implementación de las medidas de igualdad lleva consigo un análisis de su evolución y de los resultados que éstas han arrojado con el fin de modificarlas si resultan ineficaces para conseguir los fines que persigue, o insuficientes, a la luz de la nueva realidad sociolaboral de la empresa”<sup>1240</sup>. Como se expondrá, son la principal manifestación del cambio de signo de la tutela antidiscriminatoria: de una represiva sobre hechos ya acaecidos, a una orientada hacia el futuro “válida para reaccionar frente a fenómenos colectivos de discriminación, que hacen referencia a una situación generalizada existente en una sociedad, producto de práctica, prejuicios y usos sociales que manifiesta

---

<sup>1238</sup> Este es un argumento complejo del Derecho Penal y sobre el punto se recomienda el libro *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Editorial BdeF, Buenos Aires, Argentina, 2009, del profesor José Luis GUZMÁN DALBORA. Pero, por todas y más allá del intenso debate dogmático, nos tomamos de la opinión de Bockelmann en cuanto a que “quien niega el carácter de mal como signo distintivo de la pena, niega en verdad y ante todo la pena misma”, citado por Guzmán, *La pena y la extinción ...op. cit.*, p. 28. Pero apuntamos también la crítica en cuanto a que ese “mal”, en referencia a cómo es percibido por el delincuente, resulta un criterio incierto, ya que puede en realidad hacerlo “en un sentido como en otro, temiéndola o rehuéndola o anhelándola y entregándose a ella, según su mentalidad y convicciones, sus estimaciones e incluso sus intereses o necesidades personales, y que tales actitudes, además, pueden variar según la diversidad de los períodos de su vida o circunstancias personales”, por lo que resulta inadecuado como criterio para resolver un problema social o jurídico, RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de, *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires Argentina, 1993, p. 20.

<sup>1239</sup> Como lo es la pena en la formulación de Binding: “pérdida de derechos o bienes jurídicos que el Estado impone en razón del Derecho a un delincuente, en satisfacción de su irreparable quebrantamiento culpable del Derecho y para mantener la autoridad de la ley violada”, citada por GUZMÁN DALBORA, *La pena y la extinción... op. cit.*, p. 30.

<sup>1240</sup> ZOCO ZABALA, Cristina, “Evaluación de los planes de igualdad en las empresas: hacia medidas de conciliación compartidas”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011, pp. 231 y 232.

sus efectos a la hora de la distribución de bienes escasos o en el ámbito de interrelación de personas o cosas”<sup>1241</sup>.

Son tres los supuestos que obligan a las empresas a la elaboración de un plan de igualdad:

- Obligación legal cuantitativa (artículo 45.2 LOIHM): aquéllas que tengan más de doscientos cincuenta trabajadores.
- Obligación convencional (artículo 45.3 LOIHM): aquéllas empresas cuya obligación deriva de la previsión de un convenio de negociar un plan de igualdad.
- Obligación legal cualitativa (artículo 45.3 LOIHM): el de aquéllas empresas incurso en un procedimiento sancionador, cuando la autoridad laboral haya acordado la sustitución legal cualitativa.

Es este último supuesto el que ha servido para plantear la misma pregunta sobre cuál es su función, si retributiva o de reparación, dado que en ámbito sancionatorio administrativo lo que se permite es la sustitución de sanciones aplicadas por discriminación entre mujeres y hombres en el trabajo, por la elaboración y cumplimiento, por parte de la empresa infractora, de un Plan de Igualdad (artículo 8.17), que es una típica obligación de hacer<sup>1242</sup>. El último supuesto explicado ha llevado a analizar y cuestionar si se está ante la sustitución de una sanción por otra –a efectos de analizar el principio del *non bis in ídem*-<sup>1243</sup>. La profesora Fernández López sostiene que no, por carecer del elemento aflictivo de la sanción, lo que es un elemento en común con las obligaciones de la reparación no monetaria.

En otro orden de ideas, la dilucidación de este punto es central para determinar si deben respetarse las garantías constitucionales de los artículos 24.2 y 25 de la Constitución española. “La respuesta a esta cuestión es compleja, porque depende en gran medida del valor y de la naturaleza que se le reconozca al plan que se impone en este caso. Una

---

<sup>1241</sup> ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, “La eficacia de las políticas públicas de fomento de la contratación de las mujeres como instrumento en la LOI”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011, p. 33.

<sup>1242</sup> “Pero conviene insistir, en este extremo, sobre las consideraciones que se hicieron al inicio de este apartado: la elaboración y el cumplimiento del plan, en este caso de infracción detectada y sancionada, ya no es una posibilidad reforzada con un deber de negociar, que no es de acordar. Es una verdadera obligación para el empresario. Un *facere* concreto que asume en su integridad”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente...*, op. cit., pp. 92 y 93.

<sup>1243</sup> Este supuesto sustenta dos posturas bien diversas, para unos es el caso de imposición del deber de elaborar un plan de igualdad de contenido sancionatorio, GALA DURÁN, Carolina, “Algunas reflexiones en torno a los planes de igualdad”, en la obra colectiva *Los planes de igualdad en tiempos de crisis*, (Encarna Bodelón y Noelia Igareda, editoras), Dykinson, Madrid España, 2013, p. 17, aunque luego lo matiza señalando “podríamos afirmar que la voluntad sancionadora de la ley se transforma aquí en una voluntad orientadora de fomentar la igualdad, como contrapartida a no imponer una sanción de algún tipo”, op. cit., pp.30-31. Y para otros es el caso de deber de implantación del plan de igualdad que entronca con la responsabilidad social de la empresa, porque tendría un claro elemento de “voluntariedad”, al depender de la elección de la empresa la sustitución, BAZ TEJEDOR, José Antonio, Responsabilidad Social Empresarial e igualdad efectiva entre sexos”, en la obra colectiva *Hacia la...*, op. cit., p. 204.

primera respuesta, inducida en parte por el propio tenor literal de la Ley, podría ser entender que la ‘sustitución’ de que habla la Ley es precisamente eso: la sucesión de una sanción por otra, de modo que la correlativa imposición del plan tendría una función sancionadora (...). Pero estimo que no es adecuada la tesis anterior. Por amplia que sea la noción de sanción que empleemos, en ella, técnicamente, han de concurrir unos elementos conceptuales de necesaria observancia, siquiera sea para saber de qué estamos hablando y no disolver tan importante figura en cualquier medida gravosa para el sujeto que sea. Dice el Tribunal Supremo español, Sala III que ‘conceptualmente, una sanción es una medida de contenido aflictivo, que consiste en infligir un mal a su destinatario, esto es, privarle de algún bien o derecho’. La influencia penal se deja sentir asimismo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que, confrontando con el concepto de sanción administrativa, en materia tributaria, sostiene que ésta viene constituida por ‘una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta’ infractora. Y ‘precisamente la función represiva, retributiva o de castigo es lo que (...) distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales con otros fines (coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posible incumplimientos; o resarcimiento por incumplimientos efectivamente realizados)’<sup>1244</sup>.

**b) Líneas que se cruzan: planes de igualdad y reparación no monetaria en derechos fundamentales.**

Los Planes de Igualdad son una obligación de hacer o no hacer, centrada en la producción de cambios culturales en los lugares de trabajo, orientados a garantizar bienes constitucionales. Por lo mismo, son figuras semejantes a las reparaciones no monetarias en derechos fundamentales que existen en el ordenamiento chileno: el artículo 495, del Código del Trabajo chileno prescribe: “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 las indemnizaciones que procedan”.

Sólo tienen sentido en la medida que sean cumplidas. Un primer punto de contacto se da en lo que señalamos ha sido esta fase inicial de los Planes de Igualdad declarativos de intenciones, o reiterativos de deberes que se tienen por mandato de la ley, pero que cumplen esta primera tarea “pedagógica”<sup>1245</sup>.

<sup>1244</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente a la discriminación...*, op. cit., pp. 90 y 91.

<sup>1245</sup> Ver, por todas, las causas RIT S-19 y S-52 de 2009, del Segundo Juzgado Laboral de Santiago. Las reparaciones no monetarias de las sentencias chilenas, tienen la ventaja de ser medidas que contemplan y exigen la publicidad de las declaraciones, lo que les da un radio de repercusión mayor, y que se complementan con otras medidas de carácter formativo, por ejemplo. En otro ámbito, es completamente familiar para la realidad chilena la existencia de contratos colectivos que repiten los términos de la ley, sin mejorar en nada esos pisos legales y que de forma benévola pueden ser justificados por la posibilidad de que su inclusión en el pacto refuerce el compromiso con su cumplimiento.



Un segundo aspecto, más sorprendente, es que han sido recientemente postulados por parte de la doctrina española como aplicables dentro de las reparaciones, dentro de una sentencia de condena por discriminación en el procedimiento de “Tutela de derechos fundamentales y otras libertades públicas”, del artículo 182 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Esta norma es equivalente a la antes citada del ordenamiento chileno. La norma española ordena, dentro de los contenidos de la sentencia condenatoria, la declaración de que la discriminación se ha producido; la nulidad del comportamiento; el cese inmediato del comportamiento discriminatorio y la reposición al estado de las cosas en que se encontraban antes de la discriminación y la indemnización que proceda. Sobre esto último señala en su literal d): “Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera”.

No obstante esta dicción, el significado de la reparación como algo que abarca la indemnización pero que es más que eso, simplemente no tenía desarrollo en España. A partir de lo cual, y a propósito de la LOIHM se ha explicado que “el contenido de la Sentencia sigue siendo un gran desconocido, sobre todo por lo que concierne a aquellos aspectos de la misma en que la finalidad no es la indemnización a la víctima (que en el fondo supone reconocer que los hechos no tienen remedio), sino la restauración de la situación de igualdad vulnerada”<sup>1246</sup>. Ante tales funciones, plantea que la sentencia admite, y más bien requiere, que el juez se centre en los contenidos de la sentencia orientados a la erradicación de los comportamientos discriminatorios o de vulneración de los derechos de conciliación laboral y familiar. Y para ello propone que los jueces condenen a la elaboración de un Plan de Igualdad: “otro posible contenido de la Sentencia, particularmente eficaz para casos como los estudiados, sería la imposición al demandado de elaborar un Plan de Igualdad en corrección de la situación discriminatoria, sobre todo cuando ésta tiene dimensiones colectivas. No existe en mi opinión obstáculo legal para ello a la vista de la amplitud del pronunciamiento resarcitorio que autoriza el artículo 180 LPL, y daría su justa dimensión a la complejidad de la situación de fondo, que puede no ser abarcada en todos sus extremos por el pronunciamiento judicial. Se trataría de imponer al empresario una obligación de hacer, en los términos fijados en la Sentencia, cuya inobservancia atraería sobre el empresario incumplidor los efectos generales de incumplimiento en el marco de la LPL”<sup>1247</sup>.

Es interesante que por caminos bastante disímiles -una ley de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en el trabajo, en el caso español, y una norma incorporada por una Reforma Procesal Laboral, como en el chileno-, se realiza una búsqueda de nuevas consecuencias jurídicas, que tienen en común que prescinden del contenido aflictivo<sup>1248</sup>, pero que apuntan a modificar las prácticas laborales, promoviendo la creación un estado de cosas que garantice la observancia del derecho hacia el futuro.

No es el primer ni único caso. Cabe consignar que el país pionero en materia de igualdad en el trabajo entre hombres y mujeres fue Portugal, al promulgar su llamada Lei de Igualdade, por medio del Decreto Lei 329/79, que incluso antecede a su incorporación a la entonces llamada Comunidad Económica Europea y a su ratificación de la Cedaw (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,

---

<sup>1246</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente...*, op. cit., p. 225.

<sup>1247</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente...*, op. . cit., p. 226.

<sup>1248</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *La tutela laboral frente...*, op. cit., pp. 90-91.

1979)<sup>1249</sup>. Se considera una política asumida sensiblemente por el gobierno post - dictadura, pero que además cuya fuerza propulsora fue obtenida de las redes internacionales de un feminismo que se constituyó de forma “transnacional, gubernamental y no gubernamental”<sup>1250</sup>.

En ese sentido, se distingue por ser una política interministerial. Ello ha sido relevado como una de las diferencias importantes con la política antidiscriminatoria española, que tuvo como mecanismo oficial el Instituto de la Mujer, en 1983<sup>1251</sup>. En Portugal, se estableció inmediatamente un organismo, el Cite (Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego), que fue llamado el “brazo armado”, como instrumento contra la discriminación<sup>1252</sup>, que puede considerarse el precedente de una serie de acciones que luego se desarrollaron con más fuerzas y herramientas en el resto de Europa.

Así, desde 1979 cumple funciones promocionales, pedagógicas y preventivas, a través, por ejemplo, de la creación de premios como el “Igualdade e Qualidade”, políticas de promoción como Equal<sup>1253</sup>, y la elaboración de “Planos de Igualdade”<sup>1254</sup>. Su objetivo fue

---

<sup>1249</sup> “Comemoram-se os 30 anos da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE), criada a 20 de Setembro de 1979 pelo Decreto-Lei n.º 392/79, que ficou conhecido como “Lei da Igualdade” (...). Este Diploma precedeu a adesão à CEE, antecedeu a ratificação do CEDAW (Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres) e destacou-se pela forma inovadora e vanguardista, não só no seu conteúdo, mas no modo como foi discutido, integrando propostas de sindicatos, promovendo o diálogo social e o papel da negociação colectiva na igualdade entre mulheres e homens”, MARCELINO, Catarina, prefacio a la obra colectiva *A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal. Políticas e Circunstâncias*, (Virgínia Ferreira, organizadora), Estudos N.º7, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Lisboa, Portugal, 2010, p. 17. Disponible en: [http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/publics/Igualdade\\_CITE\\_NET.pdf](http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/publics/Igualdade_CITE_NET.pdf)

<sup>1250</sup> MONTEIRO, Rosa, “Genealogia da lei da igualdade no trabalho e no emprego desde finais do Estado Novo”, en la obra colectiva *A igualdade de...*, op. cit., pp. 37 y 38.

<sup>1251</sup> “Espanha só teve um mecanismo oficial representante do “feminismo de Estado” ou feminismo institucionalizado em 1983, com a criação do Instituto de la Mujer. Em Portugal, a institucionalização da Comissão da Condição Feminina, em 1977, foi precedida da acção de Grupos de Trabalho, o primeiro dos quais foi criado em 1970 no Ministério das Corporações, tendo dado lugar a sucessivos grupos e comissões que, embora não institucionalizadas, seriam o seu embrião (Monteiro, 2008). Uma estrutura Interministerial no organismo oficial para a igualdade só existe, em Espanha, desde os anos 1990 a nível regional e desde 2007 a nível nacional. Em Portugal ela existe formalmente desde 1977, embora já anteriormente a articulação se verificasse na CCF”, MONTEIRO, Rosa, “Genealogia da lei da igualdade no trabalho e no emprego desde finais do Estado Novo”, en la obra colectiva *A igualdade de...*, op. cit., p. 38.

<sup>1252</sup> “À época, foi uma legislação arrojada, que não se limitou a definir conceitos de discriminação, mas criou a CITE, um instrumento de combate aos actos discriminatórios, a que o primeiro Presidente da Comissão chamou, compertinência, um ‘brazo armado’, MARCELINO, Catarina, prefacio a la obra colectiva *A igualdade de mulheres...*, op. cit., p. 17.

<sup>1253</sup> Que es un distintivo de igualdad para las empresas, Marcelino, Catarina, prefacio a la obra colectiva *A igualdade de mulheres...*, op. cit., p. 17. En España regulado en los artículos 50 y siguientes de la LOIHM.

la creación de una “cultura de la igualdad empresarial”<sup>1255</sup>, para lo cual se lo dotó de una serie de competencias, entre las cuales se pueden mencionar: recibir quejas, emitir dictámenes, controlar las ofertas de empleo y su compatibilidad con la legislación antidiscriminatoria, realiza investigaciones. Debe obligatoriamente entregar su parecer para proceder al despido de cualquier trabajadora grávida, puérpera o en período de lactancia, durante el ejercicio de su licencia parental inicial, en cualquiera de sus modalidades. Participa de la elaboración y ejecución del Plan Nacional de Igualdad y en las empresas promueve los planes de igualdad<sup>1256</sup>.

Una diferencia importante es que su actuación no es judicial, y recién en el Decreto-Lei N° 76/2012, de 26 de marzo, se expresa y clarifica que, por tener capacidad jurídica puede “acompañar” a las víctimas en sus acciones legales<sup>1257</sup>, quedando entonces detrás del desarrollo de otros países como España o Italia han presentado, sin que se haya desarrollado su intervención en juicio o planteado la posibilidad de que los planes de igualdad sean ordenados por el juez que conoce de una causa de discriminación, como forma de reparación y de garantía del derecho a la no discriminación, cuestión que incipientemente se está dando en España e Italia.

Visto lo anterior, puede que por una historia de acciones más larga en materia de igualdad, Portugal, a la fecha, tenga el particularismo de presentar una tasa superior a la media de participación femenina en el mundo del trabajo, lo que constituye un elemento cultural

---

<sup>1254</sup> MONTEIRO, Rosa, “Genealogia da lei...”, op. cit., p. 51.

<sup>1255</sup> MARCELINO, Catarina, prefacio a la obra colectiva *A igualdade de mulheres...*, op. cit., p. 20.

<sup>1256</sup> En detalle se pueden ver en el texto de Rosa MONTEIRO, “Genealogia da lei...”, op. cit., pp. 50 y 51.

<sup>1257</sup> En el prefacio de la norma se lee “Mantidas as atribuições necessárias à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições do trabalho, nomeadamente quanto ao acompanhamento das vítimas de discriminação e, bem assim, quanto à independência da CITE enquanto garante da igualdade no trabalho e no emprego, clarificadas aquando da transposição da Diretiva n.º 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, o presente diploma mantém a atribuição de personalidade jurídica à CITE e, em consequência, a capacidade judiciária, habilitando-a ao acompanhamento de vítimas de discriminação em razão do sexo no acesso e na manutenção do trabalho, no emprego e formação profissional, como também de pessoas prejudicadas por motivo de violação das normas relativas aos direitos de parentalidade”.

Disponible en: [http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/DecLei\\_76\\_2012.pdf](http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/DecLei_76_2012.pdf)

distinto, y siendo entonces su principal problema el de la mala calidad de ese trabajo femenino<sup>1258</sup>.

Ahora bien, más allá del carácter innovador y pionero de su legislación de la segunda mitad de los años setenta, se concluye que ese singularismo legislativo de avanzada, que casi no ha tenido actualizaciones en 33 años, es un ejemplo de contradicción en su operativización y consiguientes impactos<sup>1259</sup>. De esta forma, una materia explorable y que engarza con la política legislativa que ha tenido en su historia por su objetivo promocional y volcado a generar cambios culturales en los centros de trabajo, es la condena por sentencia a la elaboración de planes de igualdad, que podría desarrollarse con la intervención en juicio del Cite<sup>1260</sup>.

En Italia, “El Código de la paridad de oportunidades entre hombre y mujer”, Decreto Legislativo N° 198/2006, contempla un régimen sancionatorio en su artículo 37, numeral 3, que prescribe “el juez en la sentencia que declara la discriminación sobre la base del recurso presentado en el sentido del inciso 2, además de proveer, si requerido, el

---

<sup>1258</sup> “A possibilidade de haver reflexões tão profundas, sistematizadas e documentadas nestas áreas de intervenção é também fruto de 36 anos de democracia e de desenvolvimento no nosso país, que, apesar das dificuldades e das incongruências inerentes ao desenvolvimento civilizacional, com períodos de avanço pautados por outros de retrocesso, é um país onde as mulheres têm uma elevada taxa de participação no mercado de trabalho, nem sempre coincidindo a equivalência dos seus graus de educação e formação com o sucesso profissional ao nível das carreiras e dos salários, e caracterizando-se muitas vezes por níveis elevados de precariedade laboral que, pelo papel reprodutor e cuidador que as mulheres também têm”, FERREIRA, Virgínia, introducción a la obra colectiva *A igualdade de mulheres...*, op. cit., p. 17. Estadísticas que confirman este “particularismo” de Portugal se pueden ver en la estadísticas que aporta Cristina Aragón Gómez en “la eficacia de las políticas públicas de fomento de la contratación de las mujeres como instrumento de la LOI”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad ...*, op. cit., pp. 23 y ss. Un diagnóstico parecido se realiza sobre las cifras españolas al día de hoy, en que la participación en el mercado de trabajo de la mujer ha aumentado, pero en situaciones de precariedad, CARRASQUER OTTO, Pilar, “Los planes de igualdad...”, op. cit., 34-38-39.

<sup>1259</sup> “Em Portugal, parece haver um problema de concretização das leis, de implementação das políticas e dos planos, e de dotação das instituições criadas dos recursos institucionais, materiais e humanos que as capacitem a cumprir o seu mandato. Somos também um exemplo de contradição entre o pioneirismo na legislação criada e impasses e atrasos na sua operacionalização e consequentes impactos. Daí que alguns/mas autores/as falem num certo juridismo (Aguiar, 1987; Cardoso, 2006; Nicholls, 2007; Ferreira, 2000) –crença de que por termos normas jurídicas, os problema da igualdade estão resolvidos– que motiva a expressão tantas vezes ouvida, até da parte de protagonistas com responsabilidades políticas, de que “a igualdade existe, porque está na lei”, MONTEIRO, Rosa, “Genealogia da...”, op. cit., p. 53.

<sup>1260</sup> Recientemente, se realizó un intercambio de experiencias entre CC.OO de España y el Cite de Portugal, acerca de la elaboración de la negociación planes de igualdad en las empresas, los días 18 y 19 de octubre de 2012, en la conferencia internacional “Contribucións para unha perspectiva de xénero nas relacións laborais: da acción inspectora á negociación colectiva».

Disponible en: <http://www.galicia.ccoo.es/webgalicia/menu.do?Areas:Igualdade:Actualidade:418953>

resarcimiento del daño incluso no patrimonial, ordena al autor de la discriminación definir un plan de remoción de las discriminaciones constatadas, oídas, en el caso de tratarse del empleador, las representaciones sindicales de la empresa, o bien, a falta de ellas, los organismos locales adherentes a las organizaciones sindicales de categoría mayormente representativas en el plano nacional, además de la consejera o consejero de paridad nacional. En la sentencia el juez fija los criterios, también temporales, que deban ser observados a los fines de la definición y ejecución del plan”. Los “Consejeros de paridad”<sup>1261</sup>, son una figura institucional cuya misión es intervenir en modo específico en las temáticas de paridad de oportunidades ligadas al mundo del trabajo<sup>1262</sup>. Entre sus varias funciones está, antes de interponer demandas judiciales en casos de discriminación, proponer este mismo “plan de remoción de los efectos”, con igual característica de escuchar a las representaciones sindicales<sup>1263</sup>.

Otro paralelismo factible de plantearse es el de los llamados litigios complejos o de reforma estructural, que ha sido utilizado para erradicar discriminaciones estructurales de género. Si bien se dirigen contra el Estado, con una estructura similar a la que veremos en el siguiente capítulo existe en el Sistema Interamericano, no es extraño que sea semejante a lo que implicaría la condena a un Plan de Igualdad, respecto de un poder tan amplio como el empresarial. Se puede señalar sobre el litigio complejo o de reforma estructural, que “está dirigido a obtener la revisión de una violación a gran escala, que involucra una situación colectiva, y que requiere una solución que no se agota en una orden única, sino que exige ponderación de múltiples factores, especificación de medidas a adoptar, un cronograma de cumplimiento gradual y evaluación de implementación”<sup>1264</sup>. Lo anterior significa que requiere una etapa ejecutiva entendida de un modo diverso al de una ejecución monetaria: “una de las particularidades del litigio complejo o de reforma estructural es que la actuación judicial no concluye con la declaración de que la situación cuestionada viola un derecho o parámetro legal.

Este es un primer paso necesario, pero el peso de este tipo de litigio radica fundamentalmente en la etapa de ejecución de la sentencia. Dicha etapa -a diferencia del litigio bilateral tradicional- incluye el *diseño concreto de las medidas a adoptar*, el cronograma de cumplimiento, y el seguimiento de ese cumplimiento (...). Un punto importante es que en este tipo de casos, la actuación judicial en la etapa de ejecución no consiste en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente, sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo en el curso de la instancia a partir del

---

<sup>1261</sup> Creada con la Ley 125/91 y actualmente disciplinada por medio del Decreto Legislativo 198/2006.

<sup>1262</sup> “Es una figura de mediación en el ámbito institucional y del trabajo, un punto de referencia para la actuación de políticas en favor de la mujer (...), con la tarea de emprender toda iniciativa útil a favor del respeto del principio de no discriminación y de promoción de la paridad de oportunidades”, palabras extraídas del sitio <http://www.consiglieraparitanapoli.it/>

<sup>1263</sup> Numeral 2 del artículo 37, Decreto Legislativo N° 198/2006, que señala que “si el plan es considerado idóneo para la remoción de la discriminación, la consejera o consejero de paridad promueve la tentativa de conciliación y la respectiva acta, en copia autenticada adquiere fuerza de título ejecutivo con decreto del tribunal en función de juez del trabajo”. Ver PUNTA, Riccardo Del, *Diritto del...*, op. cit., p. 553.

<sup>1264</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate...*, op. cit., p. 88.

‘diálogo’ entre el juez y la autoridad pública”<sup>1265</sup>. Más allá de que esto se haya elaborado a propósito de cambios desde el Estado, se aprecia la necesidad de momentos cognoscitivos para que el juez controle el adecuado cumplimiento del plan de igualdad que incide sobre un privado. El énfasis no se encuentra en la liberación de una persona a un vínculo jurídico<sup>1266</sup>, la ejecución se centra en el cumplimiento cabal de las obligaciones establecidas en la sentencia de condena. Esto debería estar contemplado dentro del diseño legal de una ley de igualdad. Cosa que no ocurre en España con la LOIHM, pues la sanción a los incumplimientos relacionados a los planes de igualdad prevé fundamentalmente sanciones administrativas y no un modo para obtener el cumplimiento en sus propios términos, lo que desdibuja enormemente una política que apunta a cambios culturales y estructurales.

Como suele suceder, no es el aspecto más abordado por los tratadistas. La primera idea que debe manejarse es que el Plan de Igualdad es un instrumento dinámico, que debe estar siendo constantemente evaluado para irse ajustando a la finalidad de la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, pero que, por lo mismo, termina siendo caracterizado por ser temporal: “aunque en la LOI no se diga expresamente, las medidas conformadoras de un concreto plan de igualdad no pueden tener vocación de permanencia o pretensión de perpetuarse indefinidamente en el tiempo (...) la adopción de medidas promocionales, según la interpretación realizada por el T.C. de los arts. 14 y 9.2 C.E., queda necesariamente condicionada a que el colectivo receptor del incentivo o promoción, sea objeto de discriminación social. De donde se sigue que cuando la discriminación se erradique definitivamente, no podrán legalmente adoptarse medidas de estas características promocionales, simplemente porque su existencia no tendrá ya razón de ser”<sup>1267</sup>.

Siguiendo esta idea de base, se deduce que la tempestividad del cumplimiento es primordial, así como que sea ejecutado en sus propios términos. “El plan de igualdad debe ser algo tan cambiante, variable y dinámico como lo es el concreto estado de la cuestión a que intenta hacer frente, la discriminación que debe erradicarse”<sup>1268</sup>. Lo que significa que su ejecución debe estar diseñada de modo que garantice cierta inmediatez entre la constatación de la conducta discriminatoria y la ejecución de la que haya sido determinada como su fórmula de corrección. Sin embargo, su incumplimiento está sancionado con una multa administrativa<sup>1269</sup>. Esta forma de sanción constituye junto a la crítica por el ámbito subjetivo de la obligación (en esencia con más de doscientos cincuenta trabajadores) y la falta de regulación en cuanto a su forma de seguimiento y control, los puntos más cuestionados en la normativa de la LOIHM para los planes de igualdad.

<sup>1265</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate...*, op. cit., p. 90.

<sup>1266</sup> Sobre la liberación del deudor como foco de la ejecución ver CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive...*, op. cit., p. 4.

<sup>1267</sup> FABREGAT MONFORT, Gemma, *Planes de Igualdad como...*, op. cit., p. 75.

<sup>1268</sup> FABREGAT MONFORT, Gemma, *Planes de Igualdad como...*, op. cit., p. 75.

<sup>1269</sup> GALA DURÁN, Carolina, “Algunas reflexiones...”, op. cit., p. 32. Por esta falta de la LOIHM de fijación de plazos para la implantación de los Planes de Igualdad ni sanciones claras y efectivas ante la falta de cumplimiento legal para algunos la conclusión es que marca “una efectividad que podría encuadrarse dentro del *saft law*”, GARRIDO JIMÉNEZ, Lorena, “Las resistencias...”, op. cit., pp.151-152.

### **c) Supuestos de incumplimiento de la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad. Un aspecto débil.**

El primer aspecto a determinar son los supuestos de incumplimiento para las empresas<sup>1270</sup>.

1.- No adopción de un plan de igualdad, existiendo la obligación de hacerlo.

2.- Adopción de un plan de igualdad irregular por no cumplir cuanto define un plan de igualdad.

3.- Incumplimiento de lo contenido en el plan de igualdad: no se aplica o se aplica en términos distintos de los acordados.

La LOIHM prevé un elenco de infracciones para el evento de no negociar un plan de igualdad estando obligado a ello<sup>1271</sup>. La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en su artículo 7.13 califica como infracción grave “el no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación”, de la dicción en plural de esta norma -no cumplir las obligaciones-, Fabregat deduce que esto incluye, sin duda, el no concretar un plan, pero además, envuelve la obligación de negociarlo, lo que agrega dos supuestos más de incumplimiento: que se inicie el período de negociación pero no se llegue a concretar un plan de igualdad; y, no dar siquiera inicio a un período de negociación<sup>1272</sup>. A la luz de la obligación fundamental: garantizar la igualdad según el artículo 45 de la LOIHM, la única posibilidad de quedar fuera de la sanción a la infracción grave es la siguiente: “cuando exista la obligación de que se adopte el plan de igualdad y, no obstante la obligación, éste plan no se adopte, sea cual sea la causa de su no adopción habrá que entender que se está incumpliendo la obligación empresarial de planes de igualdad en los términos fijados en el art. 45 LOI. Y, por extensión, que se está incurriendo en la conducta que tipifica como infracción el art. 7.13. LISOS. De hecho, sólo entiendo que queda al margen de la infracción comentada aquella actuación empresarial que, pese a no haber adoptado un plan de igualdad estando obligado a ello, ha hecho todo lo posible para que éste sí se elaborase de buena fe y agotando todas las posibilidades imaginables, incluso ofreciendo soluciones extrajudiciales que, no obstante, no logran garantizar la adopción del plan de igualdad”<sup>1273</sup>. Para Fabregat, distinto es el caso de la sustitución de sanciones administrativas accesorias, en cuanto al deber de negociar. Se le denomina consulta, cuestión que se debe interpretar en relación a la relatividad de la diferencia entre negociación y consulta a partir de la jurisprudencia de la reforma laboral 2012<sup>1274</sup>. Sin embargo, el empleador aquí podrá adoptar un plan de igualdad pese a no haber llegado a acuerdo con los trabajadores en la fase específica de consulta<sup>1275</sup>. La infracción de elaborar un plan de igualdad en este supuesto también, sea por no elaborar, no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo

---

<sup>1270</sup> En este punto sigo el planteamiento de FABREGAT MONFORT, Gemma, *Planes de Igualdad como...*, op. cit., pp. 87 y siguientes.

<sup>1271</sup> Como se dijera corresponden a los supuestos de empresa de más de doscientos cincuenta trabajadores; por imposición de convenio colectivo de ámbito superior y en el caso de sustitución de otras sanciones accesorias en materia de discriminación.

<sup>1272</sup> FABREGAT MONFORT, Gemma, *Planes de Igualdad como...*, op. cit., pp. 87 y 88.

<sup>1273</sup> FABREGAT MONFORT, Gemma, *Planes de Igualdad como...*, op. cit., p.89.

<sup>1274</sup> Ver Capítulo II, sección V y jurisprudencia post- reforma laboral 2012 allí citada.

<sup>1275</sup> FABREGAT MONFORT, Gemma, *Planes de Igualdad como...*, op. cit., p.89.

incumpliendo manifiestamente los términos previstos, es una infracción grave, la específica del artículo 8. 17 LISOS.

Toda otra infracción en materia de igualdad y no discriminación, distinta a las aquí explicadas, será igualmente reconducible a la calificación de infracción grave pues estará comprendida por las figura de los artículo 8.12; 13 y 13 bis de la LISOS: decisiones empresariales que impliquen discriminación directa o indirecta; acoso sexual o acoso por razón de sexo.

La segunda posibilidad de incumplimiento es la de la adopción de un plan irregular, esto es cuando se adopte como plan de igualdad “un plan que en realidad no debe (o debería) considerarse como tal por incumplir cuanto debe definirlo y, especialmente, por no ajustarse a la realidad a erradicar que demuestra el diagnóstico de situación; es decir, por no contemplar las medidas necesarias para garantizar la igualdad real. Lo anterior puede ocurrir en el caso de que el plan esté conformado por medidas poco contundentes o simplemente distintas de las necesarias; o también cuando no ha diseñado unos objetivos, estrategias o sistema de evaluación en los términos anteriormente descritos en el sentido de tener que ajustarse a los resultados reflejados por el diagnóstico de situación.”<sup>1276</sup>. De ahí la importancia de conocer y cumplir todas las fases que dan como producto un plan de igualdad. Careciendo de cualquiera de ellas, o habiendo incoherencia entre sí, significa que no se está ante un plan de igualdad, que no se ha cumplido y, por ende, se ha incurrido en una infracción grave sancionada por los artículos 7.13 y 8.17 de la LISOS. Por otro lado, se observa que se entrega una amplia competencia al juez para la valoración del cumplimiento de cada una de las fases y de su sistematicidad entre sí<sup>1277</sup>.

#### **d) Sanciones anexas.**

---

<sup>1276</sup> FABREGAT MONFORT, Gemma, *Planes de Igualdad como...*, op. cit., p.91.

<sup>1277</sup> Esto mitigaría la crítica a que no se haya establecido un deber de negociar y de llegar acuerdo, porque pasaría a un exigente control judicial la evaluación de esa negociación que haya derivado en la adopción de medidas no acordadas con las representaciones de trabajadores. Sobre esa crítica y en general sobre la mala técnica en la redacción de los deberes legales que impone la LOIHM ver CORDERO GONZÁLEZ, Julio, “Las medidas y los planes de igualdad: ¿hacia un sistema de gestión de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la empresa?”, en la obra colectiva *Hacia la igualdad*, op. cit., p. 244 y siguientes. Sobre las formas de impugnación, es un aspecto poco estudiado y que como se verá de inmediato ha sido objeto de pocos pronunciamientos judiciales. FABREGAT MONFORT señala que las formas de impugnación judicial son: 1.- Procedimiento de impugnación de convenios colectivos, cuando se encuentra regulado en un convenio colectivo o acuerdo de empresa, artículos 163 y siguientes LRJS; 2.- Procedimiento de conflicto colectivo, que abarcaría los casos en que la obligación de elaborar el plan no proviene de un convenio colectivo, artículo 153 y siguientes LRJS; 3.- Por procedimiento de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales en base a la garantía de la no discriminación, por cualquier trabajador afectado, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24 CE, artículo 177 y siguientes; 4.- Si la irregularidad dice relación con medidas de conciliación familiar el procedimiento será el del artículo 139 de la LRJS, *Planes de Igualdad como...*, op. cit., pp. 90 y 91.



Se trata de las sanciones administrativas antes apuntadas: de pérdida automática, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. Fabregat, destaca la opción del juez de poder decretar siempre una indemnización en favor del trabajador afectado<sup>1278</sup>. Pero básicamente, es un sistema de sanciones administrativas sobre el cual se ha comentado: “[o]tro dato que también sería de destacar, de cara a la eficacia de la Ley, es que el sistema de sanciones regulado no ayuda a la consecución de este objetivo. El incumplimiento de la Ley acarrea sanciones administrativas y la pérdida o la no consecución del distintivo de igualdad pero nada más (...) Por lo tanto, sería necesario idear algún tipo de sanciones específicas en el caso de incumplimientos, al menos con la misma efectividad que la nulidad en los actos discriminatorios”<sup>1279</sup>.

La adopción de las medidas específicas de acoso sexual y acoso por razón de sexo, implican la posibilidad de evitar las sanciones administrativas del artículo 8.12, 13 y 13 bis de la LISOS<sup>1280</sup>, que, como se dijera, constituyen infracciones muy graves las decisiones unilaterales del empleador que impliquen discriminación; el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, pero su no implementación no está sancionada por la ley.

Llama la atención que luego de una elaboración tan potente en torno a la figura, engarzada a una obligación de garantía de derechos fundamentales, en que se crea una instancia fuerte de intervención en el ejercicio de los poderes empresariales, las sanciones ante el incumplimiento sean tan débiles, lo que razonablemente permite pensar que el empleador, haciendo un juicio de conveniencia, considere que le valga más pagar indemnizaciones y restarse de la obtención de beneficios fiscales o no obtención de un distintivo<sup>1281</sup>, que

---

<sup>1278</sup> FABREGAT MONFORT, Gemma, *Planes de Igualdad como...*, op. cit., p. 94.

<sup>1279</sup> SIERRA HERNÁIZ, Elisa, “La regulación del principio de la igualdad de oportunidades en la Ley Orgánica de Igualdad como límite al poder de organización y dirección del empresario”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad...*, op. cit., p. 228.

<sup>1280</sup> ZOCO ZABALA, Cristina, “Evaluación de los planes de igualdad en las empresas: hacia medidas de conciliación compartidas”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad...*, op. cit., p. 249.

<sup>1281</sup> “Artículo 50 LOIHM. Distintivo para las empresas en materia de igualdad: 1. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios. 2. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados. 3. Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas. 4. Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa. 5. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan

cumplir y negociar ámbitos de poder tan detallados, salvo que su óptica haga que esta nueva forma de ejercicio del mando en la empresa, le parezca una estrategia empresarial eficiente y competitiva, como algunos comentaristas señalan ha sucedido en esta materia<sup>1282</sup>.

Esto explica que la judicialización en la materia y los problemas que se han abordado en las causas promovidas no se centren en el cumplimiento cabal del plan de igualdad. “Las ocasiones en las que los tribunales de nuestro país se han pronunciado sobre los PI son aún muy escasas. Sin duda se debe a la juventud de la regulación, pero también cabe pensar que la litigiosidad no será muy elevada a la vista del reducido alcance de la imperatividad de la elaboración de los mismos, tanto por lo que hace al tamaño de la empresa, como por lo que afecta al hecho que la obligatoriedad se ciñe al deber de negociar, y no así, al de alcanzar acurdo alguno”<sup>1283</sup>. Estas materias conocidas por la judicatura laboral han versado sobre: qué se entiende por empresa; si la implementación de un plan de igualdad subsana un ilícito de discriminación anterior a su elaboración; el derecho del sindicato a participar en la elaboración y gestión del plan; la definición del ámbito subjetivo que vinculará al plan (que se resolvió debe incluir necesariamente a toda la plantilla); si la falta de acuerdo en el plan de igualdad anula el convenio (a lo que se respondió negativamente); sobre la nulidad de la cláusula que conceda al Comité Paritario facultades de modificación del plan (es nula porque el Comité sólo puede gestionar el plan); qué eficacia tienen medidas positivas en los casos en que no está en vigor un plan de igualdad; incidencia procesal del Plan de Igualdad en relación al ejercicio de la acción del artículo 139.1 a) LRJS en que deben dirimirse las controversias sobre derechos de conciliación entre empresa y trabajador y, finalmente, un juicio sobre el modo qué definió una medida del plan de igualdad para el acceso a los puestos de trabajo y promoción<sup>1284</sup>.

Con esta visión de conjunto, se verifica que el compromiso serio con una política legislativa<sup>1285</sup> exige poner atención en las consecuencias jurídicas de su inobservancia y

---

permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo”.

<sup>1282</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “Conciliación y corresponsabilidad...”, op. cit., pp. 165-176.

<sup>1283</sup> ARASTEY SAHÚN, María Lourdes, “Los planes de igualdad en la doctrina de los tribunales”, en la obra colectiva *Los planes de igualdad en tiempos de crisis*, (Encarna Bodelón y Noelia Igareda, editoras), Dykinson, Madrid España, 2013, p. 53.

<sup>1284</sup> Recopilación elaborada por ARASTEY SAHÚN, María Lourdes, “Los planes de igualdad...”, op. cit., pp. 53 y siguientes.

<sup>1285</sup> Sobre el punto, es ilustrativo que muchas medidas de la LOIHM son “técnicas jurídicas nuevas” que buscan incentivar la aplicación del principio de igualdad en diferentes ámbitos, pero que dada su voluntariedad, se insertan dentro de la “Responsabilidad Social de la empresa”. Aquí se ubicarían las ventajas o desventajas para contratar con las administraciones –que no es lo mismo que la exclusión- la obtención de distintivos, la designación de mujeres en cargos directivos (dado que es un “propender a”) e incluso la opción de sustituir sanciones administrativas por la elaboración de un Plan de Igualdad, porque finalmente es una elección para el empleador sancionado, ver BAZ TEJEDOR, José Antonio, “Responsabilidad Social Empresarial e igualdad efectiva entre sexos”, en la obra colectiva *Hacia la...*, op. cit., p. 204. Cosa distinta es lo que sucede con los Planes de Igualdad, característica compartida por una serie de deberes jurídicos de la

franquear un modo de ejecución compulsivo acorde con las características de lo que se intenta ejecutar y de conseguir al máximo posible el objetivo de la ley incumplida. Lo que en el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer significa propender a la ejecución en sus propios términos<sup>1286</sup>.

---

mayor jerarquía, que carecen de sanciones proporcionales al ilícito y de técnicas ejecutivas adecuadas que garanticen el cumplimiento del Derecho.

<sup>1286</sup> Que sería la que le correspondería si el plan de igualdad o la elaboración del protocolo en caso de acoso son impuestas como medidas de reparación en los juicios respectivos.



## CONCLUSIONES

1.- La Reforma Procesal chilena, articulada a través de las Leyes N°s 20.022, que crea los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional; 20.023, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad Social, ambas del año 2005 y la 20.087, que modifica el procedimiento de juicio del trabajo, del año 2006, estableció, como fórmula de reparación por la lesión de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, sistemas alternativos a la indemnización. Se trata de medidas que no formaron parte del debate durante la tramitación legislativa de la reforma y que no han tenido desarrollo normativo posterior. Esa ausencia de debate doctrinal y de desarrollo legislativo, en el contexto chileno, suscita el interrogante sobre cuál debe ser el alcance y contenido de esas medidas, alternativas a la condena indemnizatoria, para que las mismas cumplan adecuada y eficazmente su objetivo de garantizar la reparación del derecho fundamental lesionado.

2.- En la búsqueda de respuestas a estas cuestiones, la primera conexión jurídica que se hizo fue con la reparación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del que Chile forma parte, porque cuenta con un extenso desarrollo sobre la reparación vía “medidas positivas no materiales”, que es a su vez la expresión más potente de la obligación internacional de garantía de los derechos fundamentales que este sistema impone a sus Estados miembros. Esta obligación de garantía implica que en cada una de sus actuaciones, por medio de sus diversos poderes, el Estado se imponga como función principal la de asegurar el ejercicio futuro de los derechos fundamentales, y esa obligación también vincula al Poder Judicial. Una vez afirmada la obligación de garantía de los derechos fundamentales y expuesto cómo desde ahí se desarrolló la reparación no monetaria -con la orientación hacia el futuro que ésta tiene- es allí donde engarza la Reforma Procesal Laboral chilena y la figura que incorpora medidas de reparación diversas a la indemnización, como forma de cumplimiento en si misma de una obligación que posee un carácter internacional

El análisis del contexto jurídico internacional de referencia es imprescindible porque si el problema del trabajo supera al Estado Nación, la respuesta jurídica tendrá que articularse en un marco de igual alcance que el que presenta el problema. En los instrumentos y soluciones manejados y aportados en el ámbito internacional se encontró la consagración de la llamada “ciudadanía social”, esa que hace opaco el dato de la nacionalidad de la persona que trabaja para ofrecerle el conjunto de derechos que constituirán su ciudadanía en sus diversas acepciones.

3.- En los conflictos que ha resuelto vinculados al Derecho del trabajo, es posible apreciar como el Sistema Interamericano ha acogido las demandas de carácter redistributivo, obligando a pagar sumas adeudadas por el Estado, en su faceta de empleador pero, más importante aún, en caso que todavía tuviese sentido -teniendo en cuenta el lapso de tiempo transcurrido-, condenando a la readmisión de trabajadores ilícitamente separados de sus puestos. La Corte Interamericana, también adoptó una decidida postura a través de la reparación no monetaria para contrarrestar lo que detectó y calificó como efectos amedrentadores propios de las conductas antisindicales, que sobre todo proyectan sus consecuencias hacia el futuro, exigiendo disculpas públicas, declaraciones de respeto a la libertad sindical, cursos de formación sobre este derecho fundamental, etc.

Junto a ello, en otro tipo de causas, el Sistema Interamericano ha ido manifestando un interesante grado de apertura hacia las demandas de reconocimiento. El análisis de estos

conflictos y de las resoluciones judiciales emitidas al respecto ofrece importantes resultados, en mayor medida dada su potencial incidencia para la resolución de los nuevos problemas a los que debe responder el Derecho del Trabajo en la actualidad. Que esto signifique o no la postergación de la reivindicación material depende del manejo simultáneo de ambas líneas, sin que necesariamente resulten excluyentes.

De esta forma, es interesante advertir el esfuerzo de la Corte Interamericana por dar una nueva lectura sobre el derecho de propiedad (conectado al derecho a la cultura que también consagra) para incorporar las visiones del mundo indígena en la toma de decisiones, que precisamente son modos de comprender la realidad distintos a aquél del cual proviene el instrumento con el que se trabaja en la resolución de los conflictos: el Derecho de matriz europea y occidental. Éste un paso importante para la redistribución y reconocimiento en igual medida. El que la Corte Interamericana adopte medidas de reparación con perspectiva de género para contrarrestar prácticas cotidianas que estigmatizan a la mujer, o declare la ciudadanía social para resolver problemas migratorios, también lo es. El recorrido detenido por estas líneas de actuación de la Corte Interamericana resulta especialmente sugerente para el lector europeo, por ser una variación de conceptos base de la teoría del Derecho, como la propiedad o la sanción jurídica como retribución de un daño ya perpetrado, o que un derecho deducido en juicio es una carta de triunfo en que es el individuo en contra de cualquier consideración social, separando sin filtraciones lo que es la actividad judicial y lo que es el lugar de la política. Pero es trascendente tomar el pulso de estas decisiones internacionales ya que cumplen un fin quizá mucho más esencial y común a cualquier Derecho: actuar como instrumento de paz social. Sin todos esos elementos sobre la mesa, las reparaciones no monetarias quedarían en un nivel sólo simbólico, es decir, por sí solas la condena a la publicación de la sentencia condenatoria, o la exigencia de petición de disculpas públicas a las víctimas, no produce mayor reequilibrio en las relaciones de poder en la sociedad a la que esas decisiones se dirigen, sí satisfacen y restituyen un alto grado a la víctima, pero no colman todas las necesidades de la garantía de los derechos.

Para contrarrestar el posible rasgo de “exotismo” que puede manifestar el Sistema Internacional Interamericano con estas decisiones, fue preciso hacer un análisis paralelo de elementos de la evolución del Derecho del Trabajo, sustantivo y procesal, dando cuenta de lo disruptivo que fue su surgimiento para las construcciones jurídicas clásicas, en que se incorporan derechos e intereses colectivos, diversos cauces jurídicos para ejercerlos, intervenciones en el proceso de sujetos colectivos que hacen defensa de intereses entre lo público y lo privado y no sólo del titular del derecho quebrantado, etc., para con ello lograr decir que el Derecho del Trabajo está en mejor situación que otras disciplinas, para abrirse a nuevos contextos, más si son internacionales, porque en su ADN existe una vocación universalista, pero que no significa “homogeneizante”. Cabe decir también que mucho de lo señalado no es un mero “particularismo interamericano”, sin interés fuera de ese marco geográfico concreto. Idéntica obligación de garantía presenta la normativa antidiscriminatoria emanada de la hoy Unión Europea, que, entre otros aspectos, fundamenta la legislación que establece los planes de igualdad. Esto explica que se trate de técnicas jurídicas que cambian de signo. No se centran en la represión del infractor sino en modificar las condiciones que dieron lugar a la lesión de derechos y de eliminar las consecuencias perniciosas para la víctima y el ámbito laboral donde se inserta.

Pero, además, el conocimiento del Sistema Regional de Protección, es especialmente útil para dar sustento jurídico a las argumentaciones nacionales -que es donde el Derecho tiene imperio-, lo que será así en la medida que la Corte Interamericana sigue dependiendo de instancias de negociación política con los Estados para hacer cumplir sus sentencias. Por lo

tanto, la que se hace en esta tesis es la conexión mínima o más suave que puede tener un sistema nacional con el Derecho Internacional de referencia. Al margen de cómo evolucione en tanto Sistema Internacional, la Corte hasta ahora ha sido constante en mantener que su función es coadyuvante a los Estados y, por ende, es relevante hacer uso de sus fallos y dictámenes.

5.- Realizado este análisis, el estudio requirió abrir el foco de atención y ampliarlo más allá de la cuestión específica de la reparación no monetaria de un juez, lo que resultaba imprescindible para ubicar el estudio de la reparación de los derechos fundamentales dentro de un sistema de garantías. La cuestión nuclear es la de “cómo se garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales en un sistema de relaciones laborales”. Y la respuesta exigió revisar los elementos centrales de garantía del Derecho individual del Trabajo, del Derecho Colectivo del Trabajo, de las sanciones jurídicas previstas para la vulneración de derechos fundamentales y, por supuesto, al proceso judicial de tutela de los derechos fundamentales, con especial atención a las formas de ejecución.

6.- Por lo que se refiere al ámbito tradicionalmente identificado como “derecho individual de Trabajo”, el ordenamiento jurídico laboral chileno reposa, en lo esencial, sobre la aceptación del libre despido indemnizado. Únicamente existen tres grandes excepciones vinculadas a libertad sindical y a protección a la maternidad, en los que se obliga a readmitir, y a los casos de discriminación grave, en los que la víctima vencedora en juicio puede optar por ser readmitida. Estos son antecedentes importantes, pues a lo explicado sobre el modo un tanto “irreflexivo” del surgimiento de la reparación no monetaria -que suele suceder con figuras que no comprometen mayores cambios en los modelos -, nacen en un país que ni siquiera califica de nulo el despido o las actuaciones contrarias a derechos fundamentales, situación que sorprendentemente se mantiene tras una reforma procesal producida después de más de veinte años de terminada la dictadura y que, además, incorpora la figura de la tutela de derechos fundamentales al sistema.

7.- Sin embargo, la principal forma de garantía de los derechos laborales, incluidos los fundamentales, es la autonomía colectiva. Esta afirmación puede constatarse fácilmente si se advierte cómo la destrucción de los modelos de relaciones laborales, si cuentan con ideólogos claros en sus razonamientos, van directos al Derecho Colectivo. Así sucedió en Chile con el Plan Laboral de José Piñera de 1979 y en España con la Reforma Laboral del 2012. Por lo que se refiere a esta última, el análisis de su contenido permite concluir que su principal objetivo ha sido precisamente ese: el de reducir los mecanismos de tutela colectiva del trabajador, hasta el punto de que el restante contenido de la reforma son sólo astillas de esa construcción, que ante todo lo que hace es llevar a los derechos sindicales al ámbito de la empresa.

En este contexto, es importante subrayar como la tutela judicial no puede suplir ni reactivar las carencias del Derecho Colectivo. Y ello porque este último cumple una función esencial: el Derecho Colectivo cuestiona el poder, imponiéndole siempre nuevos problemas y objetivos a la política y a la democracia, esa es su función en tanto órgano de representación, para ser ejercida ante su contraparte patronal y estatal. En ese sentido, contribuye a la articulación de la sociedad. Es importante decirlo porque, sentado esto, se puede ubicar la importancia de un tema como las reparaciones no monetarias ordenadas por la sentencia condenatoria emanada de un juez. En un país como Chile, cuyo Derecho Colectivo es débil porque fue diseñado para que lo fuera, las medidas de reparación no monetarias resultan especialmente atractivas porque resultan una posibilidad concreta y dotada de la eficacia del imperio del Derecho, para limitar y corregir el poder empresarial de acuerdo al orden constitucional.

Sin embargo, estas medidas sólo pueden coadyuvar al Derecho Colectivo pero no lo pueden suplir en su función. Es por ello que se subraya, para mostrar esa diferencia irremontable, cómo una dictadura puede articular un sistema de relaciones laborales centrada en una de las más importantes medidas de reparación no monetarias –la readmisión, y, por ende, la estabilidad real del empleo- pero nunca estará por fortalecer la autonomía colectiva, como demuestra la historia del Derecho del Trabajo español. Como lúcidamente señalara la sentencia T-20-2012 del Juzgado del Trabajo de La Serena en Chile, si el Derecho Colectivo estructura sistemas de relaciones sindicales débiles, centradas en el sindicato de empresa, como sucede en Chile y ahora en España, esto da como resultado sindicatos sin poder. Ese desequilibrio no puede ser subsidiado por ninguna acción judicial y existirán lesiones a derechos fundamentales que escaparán a las posibilidades reparadoras del Derecho en el ámbito del conflicto judicial. Esa corrección sólo puede provenir de voluntades políticas que rediseñen los entramados legales del Derecho Colectivo.

8.- Siendo el trabajo subordinado un elemento constitutivo de la sociedad capitalista (todas las sociedades a que pertenecen los sistemas jurídicos tenidos a la vista en esta tesis lo son), se transforma en un elemento ineludible para la construcción de una noción de ciudadanía contemporánea, carente, además, de elementos elitistas. Pero es necesario sentar que la tesis, inserta en el estudio de economías capitalistas, afirma que en ellas existen derechos fundamentales de igual jerarquía y que friccionan entre sí: el derecho al trabajo y el derecho de propiedad y las libertades económicas. Calificarlos a todos como derechos fundamentales resulta una lectura más realista respecto al sistema al que se adscribe y no pretender crear una jerarquía entre ellos a partir de la ubicación en que se encuentren los derechos dentro de las Constituciones ni hacer depender su calificación del tipo de acciones judiciales a las que accede.

Dicho esto, el análisis recoge la interpretación de que no es (o no debiera ser) la propiedad de los bienes la que limita los derechos fundamentales de los trabajadores- precisamente para evitarlo surge el Derecho del Trabajo-, y que el conflicto se centrará con las libertades económicas. El Derecho del Trabajo no existe o no sería necesario sin las libertades económicas y es la vía por la que el sistema económico consiguió una fundamentación moral en la medida que “trabajar” se transformó en una posición deseable y valorada dentro del orden social. A partir de ese momento, el problema se jugará en las formas en que se argumenten cada uno de los derechos en pugna.

Establecidos estos alcances ya se puede explicitar la relación con el concepto de ciudadanía. Ésta ingresa al discurso laboral por una cuestión muy simple: la constatación de que si las personas no son tratadas como titulares de derechos constitucionales en sus lugares de trabajo, la ciudadanía tendería a volverse un concepto poco relevante. De esta forma, pudieron distinguirse diversos sentidos para ella puesta en relación al trabajo. El primero, que el trabajo se transforma en una posición valiosa para ubicarse dentro de la sociedad, porque entrega los aspectos materiales y simbólicos imprescindibles para ejercer efectivamente otros derechos de participación social. No sólo vinculados a la subsistencia sino al desarrollo intelectual y de inclusión social que sirvan de plataforma para ejercer derechos de ciudadanía política como puede ser el voto. Por eso cobra total sentido que el Estado desarrolle una normativa protectora del trabajo.

Como segundo derivado de la vinculación trabajo y ciudadanía, se adscribió a la noción de “ciudadanía en la empresa”, en el sentido que le confirió parte de la doctrina italiana desde los años sesenta, en que ésta implica el ejercicio efectivo de derechos dentro de la relación laboral sin que sea suficiente la mera compensación económica como pago por su no



ejercicio, logrando con ello limitar efectivamente el poder privado del empleador y democratizando en consecuencia las relaciones laborales. Pero, dependiendo del sector dentro del Derecho del Trabajo en que actúen esos derechos, la forma de incidir sobre el poder privado varía en su signo y en su fuerza. La ciudadanía como garantía del ejercicio efectivo de los derechos adscritos a la posición de trabajador o trabajadora, es la que fundamenta las restantes piezas de la tesis.

El Derecho del Trabajo advirtió tempranamente que entre dos de sus ámbitos - el individual y el colectivo-, uno de ellos poseía un nervio político y capacidad mayor de acción en ese ámbito: el de las relaciones colectivas. Teniendo el Derecho Colectivo la ventaja añadida de que, a su vez, la asociación y la reivindicación, elaboradas autónomamente por las organizaciones, podían ser dirigidas hacia el poder privado del empleador así como al poder político del Estado. El nivel más político se posicionó primero en la negociación o concertación con el Estado, cuestión que se ha ido relativizando con el tiempo al modificarse las correlaciones de fuerzas entre poderes públicos y privados. Pero en los dos casos al menos teóricamente siempre podían y debían definir el qué y el cómo de lo que se iba a negociar. Respecto de ambos le permitía incidir en la toma de decisiones que luego incidirían en las condiciones de trabajo de sus representados, y con el valor irremplazable de ser un instrumento de autonomía, no sólo careciendo con ello de elementos paternalistas sino que constituyendo exactamente lo opuesto.

En cambio, la incorporación de los derechos fundamentales inespecíficos se relaciona con la ciudadanía de una forma menos directa, pues lo que genera no es participación sino ámbito de autonomía para el trabajador dado que limitan las intervenciones del empleador en ella.

Finalmente, se da cuenta de la técnica usada en las políticas de igualdad, que tiene también un cariz distinto a los descritos pues apunta a modelar los poderes de organización empresarial, con instrumentos mixtos: obligaciones definidas por ley como elaborar planes de igualdad, que son un conjunto sistemáticos de medidas, los que a su vez generan -con mayor o menor éxito- ámbitos de participación de los agentes sociales. Pero su objetivo es, por medio de distintas vías, ojalá lo más concretas posibles, realizar ese ajuste constitucional a los poderes empresariales.

9.- La historia del derecho al trabajo, contenido en la Constitución española en el artículo 35, es sintomático las tendencias legislativas en España, porque en igual medida que se debilita la protección en el Derecho del Trabajo se niega el carácter constitucional y se transforma en un “no derecho” al seguirse la doctrina de los derechos programáticos. O bien, se ha entendido -lo que también es sólo una forma de comprensión-, que al llamarsele “principio” se le resta todo valor vinculante. Un ejemplo claro de las consecuencias que se ligan a semejante interpretación es la política legislativa para la protección de las condiciones pactadas en el contrato, que si bien no dicen relación directa con derechos fundamentales, son expresivas de una legalidad ordinaria que no promueve el ejercicio de derechos sino que la resolución indemnizada en caso de reclamo de derechos, con obtención de sentencia favorable para el trabajador o trabajadora demandantes. Eso genera una cultura jurídica y empresarial en que se naturaliza el no ejercicio de derechos.

Pero, además, el Derecho al trabajo y a la no discriminación, según la normativa europea, las políticas de igualdad tienen su base tanto en la no discriminación como en el derecho al trabajo. Este derecho luego de un largo camino para fijar su calidad de tal, terminó acotándose al ámbito del despido. Esa lectura es reduccionista. El derecho al trabajo fundamenta el acceso a una normativa de protección y es la base de la llamada ciudadanía social. El Derecho del Trabajo, por lo tanto, sigue teniendo dos bisagras suficientes e

intercomunicadas, para solventar el enriquecimiento de sus contenidos y desafíos dentro de la sociedad: a las demandas reivindicativas más vinculadas a condiciones materiales de trabajo de un grupo subalterno, la clase trabajadora, incorpora demandas de reconocimiento de otros grupos que conforman la clase, que aspiran simultáneamente a condiciones materiales de trabajo y la valoración de sus propias identidades dentro del ámbito laboral, como en el caso de las mujeres, los discapacitados, los migrantes, etc. Por eso, es que en este tipo de sanciones cobra protagonismo quién es la víctima concreta y cuál y en qué modo ha sufrido una vulneración de derechos y el mejor modo de restablecerla en su condición de sujeto de derechos, marcando una radical diferencia con las sanciones más graves del ordenamiento, las del Derecho Penal, que se centra en la retribución del infractor.

10.- Un elemento clave, junto con la relación entre ciudadanía y trabajo, para armonizar la inserción de las medidas de reparación no monetarias, cuyo fundamento es la obligación de garantizar el goce efectivo de los derechos en el trabajo, es un aspecto siempre estudiado dentro de las relaciones de trabajo: su proyección en el tiempo. Eso explica también que el Derecho del Trabajo haya llegado por distintas figuras a formas de reparación que tienen igual pretensión de actuar en el tiempo. A través de esa búsqueda en las discusiones laborales tradicionales, que fueron gestando la disciplina jurídica, se observa que siempre el binomio individual/colectivo ha estado en el centro de la polémica. Cómo es encarado por las teorías comunitarias y contractualistas permite iluminar la realidad laboral, evaluar las concreciones históricas de las cuales proviene y las que lo han ido adoptando en el decurso. En el mismo sentido, se pudo ver que los apremios personales en el Medioevo no se explican en una sola causa: incide en la organización estamental, tanto por el acusado sentido de autoridad como por la falta de patrimonio de los deudores. A principios del siglo XX estas figuras resultaron funcionales para los totalitarismos, que encontraron una fundamentación para negar el conflicto y pluralidad de intereses en la sociedad, disolviendo todo en el magma del interés único nacional. En el liberalismo de la ilustración se produce una exaltación de la voluntad libre y la igualdad formal ante la ley. Después ello fue tomado por el capitalismo al resultarle funcional el principio de abstracción de los bienes y de las personas, derivando en considerar suficiente la tutela por equivalente, en vista a que todo es reducible y homologable a dinero. En suma: un procedimiento, una reparación.

Los derechos fundamentales exigieron nuevos cauces procesales, adecuados para tutelar al conjunto de derechos que abarcan, algunos de carácter colectivo y otros de corte más individual, diversas funciones dentro de las democracias occidentales. En otras palabras: procedimientos modalizados y diversidad de reparaciones.

12.- Los derechos fundamentales reconectan al Derecho con la moral y redefinen el Derecho del Trabajo sustantivo y procesal. Son el decantado de una ética de posguerra que al cruzarse con el Derecho del Trabajo le aportan una vía para mitigar el sentido paternalista, propio del Derecho individual del Trabajo, al reconocer derechos para ser ejercidos al trabajador que le permitan limitar el poder del empleador, como ocurre especialmente en el caso de los derechos inespecíficos, y participar de la toma de decisiones del poder privado y público, gracias al fenómeno colectivo. Pero además le va proporcionando cauces jurídicos adecuados -que han tomado nota y propendido a corregir la asimetría de poder que caracteriza a la relación laboral también en ese ámbito- para defenderlos y restablecerlos, en los que se canalizarán parte de los conflictos del trabajo.

El énfasis de un sistema de relaciones laborales en la tutela heterónoma o autónoma, remite a un sistema de pesos y preferencias cambiantes según la coyuntura histórica. En el caso español, el análisis revela, respecto de la tutela jurisdiccional, un fenómeno más complejo

aún: el que puede presentar líneas simultáneas y contradictorias. Así, mientras emana una sentencia de amparo retrógrada como la fallada sobre el derecho a la intimidad (la STC 241/2012, de 17 de diciembre), en relación al acceso a un chat de dos trabajadores, en que enarbola un potente sentido de la propiedad de la empresa sobre sus bienes y, por efecto reflejo, sobre sus trabajadores, a nivel de Jurisdicción Social ordinaria se recurre a una noción renovada de negociación de buena fe, para contrarrestar el embate dado a la otra tutela, la colectiva, reforzando al máximo el contenido de las pocas instancias negociadoras de importancia que dejó la Reforma Laboral del Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, y de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Para comprobar nuevamente que estas discusiones tradicionales no por serlo significa que están resueltas y superadas, basta decir que el sólo hecho que el poder privado transnacional sea más fuerte que un Estado Nación, es suficiente para saber que se deben reformular los modelos de solución y que los límites y contrapoderes que pueda ofrecer el Derecho del Trabajo se vuelven cruciales. Las nuevas versiones de problemas tradicionales también se aprecian al ver que el uso de la negación del conflicto es una técnica que se cuele al día de hoy cuando la legislación mueve el eje del Derecho del Trabajo de su función protectora a la función de la generación de empleo, fin que no es conflictivo sino que sería el más importante y compartido por toda la sociedad, y que además presupone que el Derecho del Trabajo tiene capacidad de cumplirlo. Ante ese escenario, será válido entonces cuestionar las herramientas del Derecho para regularlos, sin que se pueda cerrar el debate con la sola mención de su antecedente histórico porque el fenómeno de subordinación de una persona a un poder privado subsiste, pero con formas distintas y a escala global.

13.-Sentados los dos pilares básicos de la garantía de los derechos fundamentales en un sistema-ciudadanía como garantía de ejercicio efectivo de los derechos y autonomía colectiva-, se vuelve a la primera pregunta: qué hacer para reparar un derecho fundamental una vez que ya ha sido lesionado. Y la respuesta remite inexcusablemente al ámbito del proceso laboral, aquel donde se deben encontrarse los instrumentos para garantizar la efectiva reparación del derecho, una vez que éste ha sido ya lesionado.

Adentrado ya el estudio en la tutela heterónoma proveniente de una sentencia judicial, la búsqueda de la solución idónea para reparar el derecho fundamental lesionado nos conduce a analizar las diversas medidas de reparación. En este ámbito, la categoría más relevante es la que distingue entre reparaciones monetarias y no monetarias. La diferencia se da en que aquéllas buscan compensar con dinero un daño ya perpetrado. La reparación sin contenido económico directo intenta, por el contrario, restablecer al trabajador en la posición de ejercer derechos y de modificar las condiciones que permitieron su vulneración y la corrección del estado de cosas resultante de la lesión. Claves para entenderlo resultan las categorías que distinguen entre reglas de acción y reglas de fines. Las reglas de acción se definen por estar destinadas a que, cuando se dan las condiciones para su aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla, y son las que suelen guiar la conducta del juez. Por su lado, reglas de fines, como sería la de la reparación, constituyen también razones perentorias e independientes del contenido para procurar el estado de cosas prescrito, trasladando al destinatario de las normas el control (o la responsabilidad) de las consecuencias de la conducta. El cambio de signo de la reparación no monetaria en tanto regla de fin, es que se dirige o es un mandato para el juez, describiendo un ámbito de competencia relativamente distinto al usual.

La cuestión esencial es determinar cuál de estos tipos de reparación es más adecuado y eficaz cuando se trata de reparar la lesión de un derecho fundamental en el ámbito de la relación laboral.

A estos efectos, la idea central es que se trata de bienes principales cuya vulneración no se compensa con dinero: la línea doctrinal italiana, tanto sustantiva como procesal, puso de relieve que la indemnización como garantía del derecho a no ser privado ilegítimamente del puesto de trabajo ya no podía ser la respuesta del Derecho ante tal acto antijurídico, al menos desde que la Constitución de 1947 había ubicado al trabajo como la base de la sociedad. Por ello, se defendió la estabilidad real en ambos frentes y, al menos doctrinalmente, a indicar cuáles eran los instrumentos idóneos para que ese derecho fuese “viviente”, es decir, se cumpliera en la realidad.

A medida que la política legislativa va redefiniendo el valor de determinados bienes, de manera que su vulneración hace especialmente inidónea a la indemnización monetaria como reparación, se va haciendo relevante la importancia de la orden inhibitoria: la exigencia de cese de la conducta lesiva se transforma en un mandato de no volver a lesionar, que enlaza con la función de las restantes medidas de hacer y de no hacer, dotando de efectividad a las reparaciones judiciales por medio del sistema de coerciones que inciden sobre la voluntad del contumaz. Y ello no solo para el concreto caso de la reparación del derecho fundamental lesionado por el despido o extinción de la relación laboral, sino para cualesquiera otros supuestos de lesiones de tales derechos en el ámbito de las relaciones laborales.

El foco del problema es cómo eliminar los efectos del acto lesivo y crear un estado de cosas que garanticen a futuro el mayor grado de vigencia posible de los derechos. Para ello es imprescindible articular respuestas jurídicas proporcionales a tal fin, teniendo en cuenta que serán desplegadas en los centros de poder más importantes de las sociedades contemporáneas: aquéllos de carácter privado. En ello está en juego la reparación del derecho lesionado. Esta es la razón por la que se analizan sistemas en los que se conjugan distintas formas de sanción que no significan penas privativas de la libertad o que dejan a ésta como última opción, y que centran su atención en sanciones que se vinculan a reglas de participación en el mercado, que es el bien más valioso para la empresa y cuya privación o restricción puede tener mayor grado de eficacia disuasoria. Un caso ejemplar de esta “conjugación de sanciones” es el noruego y su política de igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo. Con un mandato concreto de lograr la participación equitativa en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles fija una cuota y un plazo para ello, constituyéndose, por tanto, como obligación de hacer. El primer incumplimiento se sanciona con la exclusión de contratar con el Estado. Transcurrido un nuevo plazo sin verificarse la exigencia de paridad, la sanción es la disolución de pleno derecho de la persona jurídica.

Al buscarse principalmente que no se produzca de nuevo la lesión, se dota de coherencia al razonamiento que parte de que la declaración contenida en las Constituciones referida a que existen bienes que no tienen reemplazo en dinero y en cuyo respeto se fundan las sociedades para las cuales se promulgan los referidos pactos constitucionales porque las consecuencias jurídicas anexadas cumplen con esa lógica. Pero de la racionalidad y la proporcionalidad emana otra consecuencia querida en un ordenamiento jurídico: la adhesión social al Derecho.

La ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer responde a su vez a la constatación de que las lesiones a derechos fundamentales se producen a través de conductas que a veces pueden estar expresadas en actos jurídicos, pero no necesariamente. Por lo tanto, la nulidad no es una categoría suficientemente explicativa. No se trata sólo de eliminar el acto

jurídico del ordenamiento y pagar por los perjuicios generados. El objetivo ha de ser el de recomponer un sistema de relaciones en que se verifican conductas lesivas de derechos. Es por ello que, en la medida que se pretenda garantizar su efectividad, debe asumirse la tarea de buscar modelos de ejecución que logren finalmente imperar el Derecho.

14.- La legislación procesal admite una revisión de su función en la garantía de los derechos ante la constatación de su irreductible lógica liberal. Se expresa claramente en su dogma de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y no hacer. Ante todo, debe explicarse que estas obligaciones no chocan con el argumento central y del todo respetable que es la inviolabilidad del fuero interno de las personas, incluidos los infractores del Derecho. Es importante constatar, a estos efectos, que este ámbito inviolable remite, en primer término, a las personas naturales y, en la actualidad, la figura del empleador no se corresponde normalmente con dicho concepto. Se tratará normalmente de la corrección de actuaciones que emanan de voluntades que se articulan por medio de diversos órganos y redes. Pero debe precisarse que incluso siendo una persona/empleador, el objetivo es que dicho sujeto adecue el ejercicio de sus poderes empresariales al Derecho, de acuerdo a las directrices dada por una sentencia judicial condenatoria. Adecuación de conductas que es el objetivo de todo el Derecho, y para lo cual el sistema normativo ofrece una batería de apremios y de sanciones de diversa intensidad. No está en juego la libre expresión de la personalidad en exigir que el poder privado que autoriza el Derecho se ajuste a sus reglas fundamentales. Por ello es que, constatado que el modelo de ejecución idóneo implica darle mayor margen de maniobra al juez, la primera decisión de ejecución que él deberá tomar es descartar que el cumplimiento pueda ser eficientemente realizado por un tercero a costa del deudor contumaz. Ello sin perjuicio de mostrar que existen soluciones de mayor intensidad interventora en la empresa cuya incorporación al sistema podría ser evaluada para determinados casos de especial gravedad. Si no es posible entonces la ejecución directa, el juez deberá tener a su alcance medidas concretas de compulsión. El derecho comparado occidental ofrece ejemplos de medidas coercitivas orientadas a esa finalidad, tales como la *astreinte* francesa, el *cotempt of court* anglosajón, o el modelo alemán que incorpora instrumentos de distinto signo en función del tipo de obligación incumplida.

15.- La orden de cese se convierte en elemento esencial de cualquier reparación: no sólo impone la inhibición de la conducta lesiva en caso de que ésta continúe, sino que además pasa a centrarse en la garantía del ejercicio futuro del derecho, exigiendo que el infractor se abstenga de vulnerarlo en lo sucesivo. Pero ello, a su vez, requiere de apremios y sanciones a su desacato. Como se apreció en el caso de prácticas antisindicales en Chile de Starbucks y, como lo ha subrayado la doctrina en España, es importante que la ejecución de la orden de cese sea reestructurada, y no como sucede en la actualidad, que no tiene previsiones legales propias pese a la importancia que ha adquirido. Esto significa que se acorte la distancia entre la fijación de estas medidas y la ejecución compulsiva en caso de no cumplimiento, poniendo a disposición del juez instrumentos tanto de cumplimiento directo, que prescindan de la voluntad de infractor salvo que sea estrictamente necesario, como de la posibilidad de exigir el cumplimiento por el infractor mediante una batería de apremios eficaces. De ese conjunto de medidas se proveerá el juez para cumplir el mandato de cese de acuerdo al caso concreto. Estos razonamientos son extrapolables a toda medida de hacer y no hacer contenida en la sentencia (el modelo es el mismo, ya que, por lo demás, la orden de cese en sí puede ser compleja e implicar ambos tipos de deberes).

En este punto se revela la previsión normativa de diversas medidas o instrumentos a disposición del juez para que seleccione la más adecuada para el caso concreto. Lo imprescindible es que sean medidas pensadas para incidir en la voluntad del incumplidor y no que sea la extrapolación de juicios de optimización que el deudor pueda hacer respecto

a diversas consecuencias jurídicas que establecen normas cuyo objeto es regular otros problemas. Con esto se quiere decir que el pago de salarios de tramitación, el mantener en alta en la seguridad social u obligar que el representante sindical siga cumpliendo su función pueden ser analizados desde este punto de vista, pero, como señala la doctrina, su objeto es distinto y por ello no se puede decir que compelan al cumplimiento pues son consecuencias que el ejecutado tiene que soportar por otro tipo de razones. En igual medida, el uso de la amenaza penal por el juez, parece una opción arriesgada si es que no producto de una reformulación específica sobre los casos en que procedería.

16.- Las medidas de reparación no monetaria han abierto un ámbito de intervención inexplorado en Chile sobre los poderes empresariales, principalmente el de dirección. Cuestión bastante significativa ya que no se cuenta con una tradición de participación sindical en su reglamentación, ni con una serie de acciones específicas, como sucede en el sistema procesal español, que permite la declaración de nulidad respecto de actos empresariales por medio de diversos cauces jurídicos. Por eso, en Chile, la previsión normativa de la reparación no monetaria adquiere una relevancia esencial por la incidencia de la misma en un esquema basado en la autoridad empresarial y en la falta de mecanismos eficaces de control del poder empresarial.

Sin embargo, la garantía real de que las medidas de reparación no monetarias puedan determinar un auténtico cambio hacia el futuro, tanto en Chile como en España depende de que su contenido sea respaldado por sanciones a su incumplimiento, coerciones que lleven a su ejecución en sus propios términos y controles por parte del órgano judicial de tal actuación, debido a que se trata de una ejecución que tampoco tiene como fin primordial la liberación del deudor, sino que se realicen cabalmente las medidas o programa de medidas. De lo contrario, tales planes, o medidas ordenadas como pedir disculpas públicas, publicar la sentencia condenatoria, llevar a cabo cursos de formación en derechos fundamentales para los mandos empresariales, por nombrar algunas, no pasarán de ser una política legislativa irrelevante, sin efectos ni redistributivos ni de reconocimiento.

27.- La doctrina ha advertido de este riesgo. En España, los planes de igualdad son uno de los ejemplos más lamentables de una política estatal fuertemente publicitada, emblemática para el sector político que la implementó y que se fija los más altos y ambiciosos objetivos como es la producción de cambios culturales y la consecución de la igualdad real, desmentida por el aparato sancionador que lo acompaña. Descuidado este aspecto, la política de igualdad se convierte en una política débil, sin efectividad y, teniendo en cuenta las expectativas generadas, decepcionante. Mientras su incumplimiento se contrarreste con sanciones administrativas, será difícil conseguir los objetivos perseguidos. La solución puede venir de la mano de algunas propuestas teóricas, tales como la previsión de sanciones judiciales ante casos de discriminación ejecutables en sus propios términos. Estas propuestas pueden iniciar ciertos cambios que hagan razonable dar una batalla a los trabajadores y sus colectivos por su implementación.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Bomarzo, Albacete, España, 2006.
  - *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002.
  - “Futuros posibles. El derecho laboral en la encrucijada”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, N°s 1-2, 1997, p. 151.Disponible en:  
[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica08.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica08.pdf)
  - “Los anillos de la serpiente. Transformaciones del Derecho entre el trabajo y el consumo”, *Revista Jueces para la Democracia*, N° 22, 1994.
- 2.- ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés, “Alcance de la competencia contenciosa de la Corte a la luz del artículo 23 de su reglamento”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N°14, Bogotá, Colombia, 2009.
- 3.- AGUADO, Ángel Martín, “Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador: límites constitucionales al poder de dirección empresarial”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.
- 4.- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y CONTRERAS ROJAS, Cristián, “El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile”, *Ius et Praxis*, volumen 13, N°1, Talca, Chile, 2007.
- 5.- ALEMAÑ CANO, Jaime; BALLESTER LAGUNA, Fernando; RIVERA SÁNCHEZ, Juan Ramón y SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy, “La tutela jurídica del acoso laboral”, en la obra colectiva *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*, (Gema Fabregat, directora), Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- 6.- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993.
  - *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, España, 2008.
- 7.- ALFONSO, César, “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur”, en la obra colectiva *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, (Kai Ambos y Ezequiel Malarino editores), Konrad – Adenauer, Tomo I, Montevideo, Uruguay, 2010.
- 8.- ALFONSO MELLADO, Carlos y SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Negociación colectiva y acoso en el trabajo”, en la obra colectiva *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*, (Gema Fabregat, directora), Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- 9.- ALFONSO MELLADO, Carlos; FABREGAT MONFORT, Gemma y SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “A modo de introducción. El tratamiento tradicional del acoso”, en la obra colectiva *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*, (Gema Fabregat, directora), Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- 10.- ALFONSO MELLADO, Carlos, “El control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista de Derecho Social*, N°62, Bomarzo, Albacete, Madrid, 2013

- “Reforma Laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Número Monográfico Reforma Laboral, *Revista de Derecho Social*, Nº 57, 2012.
- 11.- ALONSO OLEA, Manuel, “La reforma laboral de 1993-1994. Origen e idea general de su carácter”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995.
- *El despido, (un estudio del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudio Políticos, Madrid, España, 1957.
- 12.- ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo*, (Vigésima edición), Editorial Ramón Areces, Madrid, España, 2012.
- *Derecho del Trabajo*, (segunda edición), Editorial Ramón Areces, Madrid, España, 1994.
- 13.- ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada, España, 2011.
- 14.- ANDERSON, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford and Portland, Oregon, USA, 2005.
- 15.- APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU Antonio, presentación de *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.
- 16.- APARICIO TOVAR, Joaquín y RENTERO ROVER, Jesús, “El juez laboral, imparcial pero no neutral”, *Revista de Derecho Social*”, Nº4, 1998.
- 17- APARICIO TOVAR, Joaquín, “Las causas del despido basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa”, Número Monográfico Reforma Laboral, de la *Revista de Derecho Social*, Nº 57, 2012.
- “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificación del despido”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- “Empresas ideológicas y derechos fundamentales”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.
- 18.- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, “La eficacia de las políticas públicas de fomento de la contratación de las mujeres como instrumento en la LOI”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011.
- 19.- ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, “Las *astreintes* (su aplicación en el proceso español)”, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1985.
- 20.- ARASTEY SAHÚN, María Lourdes, “Los planes de igualdad en la doctrina de los tribunales”, en la obra colectiva *Los planes de igualdad en tiempos de crisis*, (Encarna Bodelón y Noelia Igareda, editoras), Dykinson, Madrid España, 2013.
- 21.- ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, traducción Guillermo Solana, Alianza Editorial, Madrid, España, quinta impresión, 2011.
- *Hombres en tiempos de oscuridad*, Gedisa, (segunda edición), Barcelona, España, 2008.
- *La condición humana*, traducción Ramón Gil Novales, Paidós, (primera Edición en español), Barcelona, España, 2005.
- *¿Qué es la política?*, traducción de Rosa Sala Carbó, Paidós, Barcelona, España, 1997.
- 22.- ASTUDILLO, Omar; CABALLERO, Rodolfo; CHAIT, Christian; CORVERA, Diego; CUADRA, Alejandra; DÍAZ, Paola; FLORES, Álvaro; PÉREZ, Álvaro; REYES, Natalie; ROSSEL, Ariel; SARRIEGO, Paulina; VERGARA, Mónica, *Bases para la reforma al sistema de elección en el proceso laboral*, texto no publicado.



- 23.- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1996.
- 24.- ATIENZA, Manuel, “Virtudes judiciales. Sobre la formación y selección de los jueces en el Estado de Derecho”, en la obra colectiva *Jueces y Derecho*, Porrúa, (Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vásquez, coordinadores), México, 2004.
- *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid, España, 1983.
- 25.- ATRIA LEMAITRE, Fernando, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, *Revista de Estudios Judiciales* N°5, 2004.
- “Existen los derechos sociales”, *Discusiones Doxa*, N°4 2004.
- Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=203013>
- 26.- BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María y GARCÍA-PERROTE, Ignacio, “La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales: una síntesis de jurisprudencia” en la obra colectiva *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, España, 2005.
- 27.- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades de la Ley 3/2012”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma 2012*, (Antonio Baylos, coordinador), Editorial Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- “La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales”, Ponencia al XXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián 17 y 18 de mayo de 2012.
- 28.- BARASSI, Ludovico, *Il contratto di lavoro*, Società Editrice Libreria, Milán, Italia, 1901.
- 29.- BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, nota de presentación a Gierke, Otto Von, *Las raíces del contrato de servicios*, traducción Germán Barreiro González, primera edición española, Civitas, Madrid, España, 1982.
- 30.- BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2009.
- 31.- BAYLOS GRAU, Antonio, y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, España, 1997.
- 32.- BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Instituciones del Derecho procesal laboral*, Editorial Trotta, 1995.
- 33.- BAYLOS GRAU, Antonio, “Desde el sur de Europa: notas sobre la ciudadanía en los tiempos de crisis”, en la obra colectiva *Estudios en Homenaje a Klaus Lörcher*, WSI y Fundación Böckler, de la universidad de Hamburgo y Nadine Zeibig, (por publicar); y en *Revista Laboral y de la Seguridad Social* N°4, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013, (por publicar).
- “La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la Ley 3/2012”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- “Constitución, poder constituyente, democracia (a propósito del 25 N)”, 2012.
- Disponible en:  
<http://baylos.blogspot.com.es/2012/09/constitucion-poder-constituyente.html>
- *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, España, 2009.
- “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo”, *Revista de Derecho Social*, N°46, 2009.

- “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en la obra colectiva *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, España, 2005.
- “Democracia política y Sistema Sindical: reflexiones sobre la autonomía del Sindicato”, en la obra colectiva *Sindicatos y cambios económicos y sociales*, (Wilfredo Sanguinetti, coordinador), Salamanca, España, 2002.  
Disponible en: [www.uclm.es/organos/vic.../SALAMANCA](http://www.uclm.es/organos/vic.../SALAMANCA).
- “Por una (re) politización de la figura del despido”, *Revista de Derecho Social*, N° 12, 2000.
- “Aportaciones al mandato legal sobre ejecución de sentencias en sus propios términos”, *Revista de Derecho Social*, N° 11, 2000.
- “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y proyecto”, *Cuaderno de relaciones laborales* N°15, Servicio de publicaciones Universidad Complutense, Madrid, España, 1999.
- *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, España, Trotta, 1991.
- “Control obrero, democracia industrial, participación, contenidos posibles”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.
- 34.- BAZ TEJEDOR, José Antonio, Responsabilidad Social Empresarial e igualdad efectiva entre sexos”, en la obra colectiva *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, (Manuel Carlos Palomeque, coordinador), Comares, Granada, España, 2008.
- 35.- BERBEL SÁNCHEZ, Sara, “La administración pública en el fomento y control de la igualdad a las empresas”, en la obra colectiva *Los planes de igualdad en tiempos de crisis*, (Encarna Bodelón y Noelia Igareda, editoras), Dykinson, Madrid España, 2013.
- 36.- BIANCA, Massimo, “Riflessioni sulla pena privata”, en la obra colectiva *Le pene private*, (Francesco Busnelli y Gianguido Scalfi, coordinadores), Giuffrè Editore, Milán, Italia, 1985.
- 37.- BIRULÉS, Fina, prólogo a *¿Qué es la política?*, Arendt, Hannah, traducción de Rosa Sala Carbó, Paidós, Barcelona, España, 1997.
- 38.- BLANCO, Rafael; DÍAZ, Alejandra; HESKIA, Joanna y ROJAS, Hugo, “Justicia Restaurativa: marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de políticas públicas”, *Colección de Investigaciones Jurídicas* N° 6, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2004.
- 39.- BLASCO PELLICER, Ángel, “Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial”, *Revista de Derecho Social*, N°12, Bomarzo, Albacete, España, 2000.
- 40.- BLÁSQUEZ VILAPLANA, Belén, “Las políticas públicas de igualdad de género en España”, en la obra colectiva *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, (Olimpia Molina Hermosilla, editora), Albacete, Madrid, 2009,.
- 41.- BOBBIO, Norberto, *Autobiografía*, Alberto Papuzzi, (primera edición), Madrid, España, 1998.  
- *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giapicchelli Editore, Turín, Italia, 1994.  
- *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, España, 1991.  
- “Libertá e potere”, en *Politica e cultura*, Reprints Einaudi, (segunda edición en el Reprints Einaudi), Turín, Italia, 1977.
- 42.- BOGONI, Milena, “La conciliación de la vida laboral y familiar: una mirada desde la perspectiva de la precariedad laboral juvenil, en la obra colectiva *Trabajar en femenino, Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, (Laura Mora Cabello de Alba, editora), Bomarzo, Albacete, 2013.

- 43.- BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, (sexta edición), Tecnos, Madrid, 1989.
- 44.- BORRÉ, Giuseppe, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Eugenio Jovene, Nápoles, Italia, 1966.
- 45.- BOSETTI, Francesco, “L’indegnità di succedere: una ipotesi di ‘pena privata’?”, en la obra colectiva *Le pene private*, (Francesco Busnelli y Gianguido Scalfi, coordinadores), Giuffré Editore, Milán, Italia, 1985.
- 46.- BOURDIEU, Pierre, “La realidad no visible de la realidad formal”, en “La fuerza del Derecho”, Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, traducción Carlos Morales, Nuevo pensamiento jurídico, Siglo de Hombres editores, Bogotá, Colombia, 2000.
- 47.- BOVERO, Michelangelo. “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 103, México, 2002.  
Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=292751>
- 48.- BRICOLA, Franco, “Le ‘pene private’ e il penalista”, en la obra colectiva *Le pene private*, (Francesco Busnelli y Gianguido Scalfi, coordinadores), Giuffré Editore, Milán, Italia, 1985.
- 49.- BRONSTEIN, Arturo, “La protección contra el despido improcedente en América Latina: evolución y tendencias recientes”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1994.
- 50.- BRUNI, Alessandra, “Clausola penale e poteri riduttivi del giudice”, en la obra colectiva *Le pene private*, (Francesco Busnelli y Gianguido Scalfi, coordinadores), Giuffré Editore, Milán, Italia, 1985.
- 51.- BUSNELLI, Francesco, “Riscoperta delle pene private”, en la obra colectiva *Le pene private*, (Francesco Busnelli y Gianguido Scalfi, coordinadores), Giuffré Editore, Milán, Italia, 1985.
- 52.- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina”, en la obra colectiva, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, (José Vidal - Beneyto, coordinador), Amela, Valencia, España, 2009.
- 53.- CAAMAÑO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.
- 54.- CAAMAÑO ROJO, Eduardo y UGARTE CATALDO, José Luis, *Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2009.
- 55.- CABEZA PEREIRO, Jaime, “La supresión de la autorización administrativa en despidos colectivos”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- 56.- CACHÓN VILLAR, Pablo, “La reforma de los procesos de despido”, en la obra colectiva *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996). Los problemas de aplicación de las últimas reformas procesales: jurisdicción, procesos especiales y sistemas extrajudiciales de composición*, Pablo Cachón Villar y Aurelio Desdentado Bonete, Aranzadi Social, Madrid, España, 1996.  
- *Diccionario Procesal Social*, (Juan José Fernández Domínguez, coordinador).
- 57.- CANESSA MONTEJO, Miguel F., “Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Disponible en: [http://www.escribnet.org/caselaw\\_more/caselaw\\_more\\_show.htm?parent\\_id=400300&attrib\\_Lang\\_id=13441](http://www.escribnet.org/caselaw_more/caselaw_more_show.htm?parent_id=400300&attrib_Lang_id=13441)
- 58.- CARINCI, Franco, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, en *Working papers Centro Studi Diritto del Lavoro Europeo* Massimo D’Antona, N° 133, 2011.

Disponible en: [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/carinci\\_n133-2011it.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/carinci_n133-2011it.pdf)

59.- CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La igualdad en las transformaciones y en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2012.

- “Las reformas 2012 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012.

- Nota editorial de la *Revista Relaciones Laborales*, N° 4, año 28, febrero de 2012.

- “Evolución constitucional y derecho al trabajo”, en la obra colectiva *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, (Abdón Pedrajas, coordinador), Lex Nova, Valladolid, España, 2000.

- “La nulidad del despido y sus efectos”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995.

- “Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario”, *Relaciones Laborales*, tomo 2, 1994.

60.- CACHÓN VILLAR, Pablo, “La reforma de los procesos de despido”, en la obra colectiva *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996). Los problemas de aplicación de las últimas reformas procesales: jurisdicción, procesos especiales y sistemas extrajudiciales de composición*, Pablo Cachón Villar y Aurelio Desdentado Bonete, Aranzadi Social, Madrid, España, 1996.

- “Ejecución provisional”, en la obra colectiva *Diccionario Procesal Social*, (Juan José Fernández Domínguez, coordinador), Civitas, Madrid, España, 1995.

61.- CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *Modificaciones de las condiciones del contrato. La movilidad funcional y geográfica y las modificaciones sustanciales a las condiciones de las condiciones de trabajo*, Tirant Lo Blanc, Valencia, España, 1994.

62.- CARRASQUER OTTO, Pilar, “Los planes de igualdad en las empresas: un impulso necesario”, en la obra colectiva *Los planes de igualdad en tiempos de crisis*, (Encarna Bodelón y Noelia Igareda, editoras), Dykinson, Madrid España, 2013.

63.- CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y de no hacer*, Bosch, Barcelona, España, 1998.

64.- CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Giuffré, Milán, Italia, 1980.

65.- CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de expresión, *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2010.

Disponible en: [http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA\\_2010\\_ESP.pdf](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf)

66.- CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 3/09. 30 de diciembre de 2009. Disponible en:

<http://www.cidh.org/pdf%20files/Estandares%20para%20radiodifusion%20incluyente.pdf>

67.- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Exigencia comparadas de justiciabilidad*, Serie de Derecho Humanos y Estado de Derecho, Ginebra, 2010.

68.- CONTESSÉ SINGH, Jorge, “Constitucionalismo Interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en la obra colectiva *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, (César Rodríguez Garavito, coordinador), Siglo XXI editores, Madrid, España, 2011.



69.- Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 18.

- *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 5.

Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)

- *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. Opinión Consultiva 10 de agosto de 1990. Serie A N° 11.

Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_11\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf)

- *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC- 14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14.

Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_14\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf)

70.- D'ANTONA, Massimo, *La reintegrazione nel posto di lavoro: Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Padova, Cedam, 1979.

71.- DE GREIFF, Pablo, *The handbook of reparations*, (Pablo de Greiff, editor), Oxford University Press, Inglaterra, 2006.

72.- CORDERO GONZÁLEZ, Julio, “Las medidas y los planes de igualdad: ¿hacia un sistema de gestión de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la empresa?”, en la obra colectiva *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, (Manuel Carlos Palomeque, coordinador), Comares, España, 2008.

73.- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivos tras la Reforma 2012”, Número Monográfico Reforma Laboral, *Revista de Derecho Social*, N° 57, 2012.

- “Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral 2012”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012.

- “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.

- “Constitución y proceso del trabajo”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal – Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991.

- “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal – Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, , Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991.

74.- D'ANTONA, Massimo, *La reintegrazione nel posto di lavoro: Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Padova, Cedam, 1979.

75.- PUEBLA PINILLA, Ana de la, “La tutela judicial frente a la discriminación por razón de sexo”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011.

- “Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario”, *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, Tomo 2, 1994.

76.- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, prólogo a Nogueira, Magdalena, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, España, 1997.

- 77.- DESDENTADO BONETE, Aurelio y PUEBLA PINILLA, Ana de la, “La reforma del despido en la ley 35/ 2010”, en la obra colectiva *La reforma del mercado de trabajo*, (Ignacio García-Perrote y J.R. Mercader Uguina, directores), Lex Nova, Valladolid, 2010.
- 78.- DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Los despidos económicos tras la Reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, Ponencia de la Jornada de Estudio 20 de diciembre de 2012, “El Despido Colectivo en la práctica: criterios judiciales y nuevos reglamentos de ERES”, Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO, 2012.
- “Sobre el despido y su violencia. Una lectura de ‘El despido o la violencia del poder privado’ de Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey”, *Revista de Derecho Social* N° 51, 2010.
  - “La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales”, en la obra colectiva *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996). Los problemas de aplicación de las últimas reformas procesales: jurisdicción, procesos especiales y sistemas extrajudiciales de composición*”, Pablo Cachón Villar y Aurelio Desdentado Bonete, Aranzadi Social, Madrid, España, 1996.
- 79.- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Tecnos, (segunda edición), Madrid, España, 1979.
- 80.- DRANS DE CLÉMENT, Zlata, “Las reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2010.  
Disponible en: <http://www.astrea.com.ar/author/MLC1500>
- “La construcción de valores comunes en materia de protección internacional de derechos humanos”, en *Nos Ad Justitiam Esse Natos. Libro de homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911-2011)*, Volumen II, (José Luis Guzmán, coordinador), Edeval, Valparaíso, Chile, 2011.
- 81.- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, Inglaterra, 1977.
- 82.- EMBID IRUJO, Antonio, “El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado”, *REDA*, N°25, 1980.
- 83.- FABREGAT MONFORT, Gemma, “Marco normativo del acoso y perspectiva de género”, en la obra colectiva *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*, (Gema Fabregat, directora), Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- *Planes de Igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, Albacete, España, 2009.
  - “Habilidades y competencias en materia de negociación colectiva con incidencia en el ámbito de la igualdad, según la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en la obra colectiva *Gestión práctica de los Planes de Igualdad*, (Olimpia Molina Hermosilla, editora), Bomarzo, Albacete, España, 2009.
- 84.- FERNÁNDEZ DOMÍGUEZ, Juan José, en la presentación de Tascón, Rodrigo, *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, Aranzadi, Madrid, España, 2012.
- 85.- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el derecho del trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave”, *Relaciones laborales*, N°4, La Ley, 2009.
- *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, España, 2008.
  - *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, España, 2005
  - “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.
  - *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, España, 1991.

- “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, Tomo 2, 1985.
- 86.- FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, *La prescripción gradual aplicada a los delitos de lesa humanidad*, Tesis para optar al grado de magister en Derecho por la Universidad de Chile, 2010.
- 87.- FERRAJOLI, Luigi, *Poteri Selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Editorial Laterza, Bari, Italia, 2011.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, (séptima edición), traducción Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, 2010.
- “El derecho como sistema de garantías”, *Revista Jueces para la democracia*, N° 16-17, 1992.
- 88.- FERREIRA, Virgínia, introducción a la obra colectiva colectiva *A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal. Políticas e Circunstâncias*, (Virgínia Ferreira, organizadora), Estudos N°7, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Lisboa, Portugal, 2010.
- Disponible en:  
[http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/publics/Igualdade\\_CITE\\_NET.pdf](http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/publics/Igualdade_CITE_NET.pdf)
- 89.- FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Edizioni scientifiche italiane, Camerino, Italia, 1983.
- 90.- FRASER, Nancy y HONNETH, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, traducción Magdalena Holguín, Isabel Cristina Jaramillo, Ediciones Morata, A Coruña, España, 2006.
- 91.- FRASER, Nancy, *Escalas de Justicia*, traducción Antoní Martínez Riu, Editorial Herder, Barcelona, España, 2008.
- *Iustitia Interrupta*. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”, Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 1997.
- 92.- GABINETE JURÍDICO DE CC.OO, “Ejecución en sus propios términos de las sentencias recaídas en procedimientos sobre impugnación de traslados y modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social* N°7, Bomarzo, Albacete, España, 1997.
- 93.- GAETA, Lorenzo, “La dignidad del trabajador y las ‘perturbaciones’ de la innovación”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.
- 94.- GALA DURÁN, Carolina, “Algunas reflexiones en torno a los planes de igualdad”, en la obra colectiva *Los planes de igualdad en tiempos de crisis*, (Encarna Bodelón y Noelia Igareda, editoras), Dykinson, Madrid España, 2013.
- 95.- GALASSO, Alfredo, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Jovene Editore, napoli, Italia, 1974.
- 96.- GALGANO, Francesco, “Las instituciones de la sociedad post- industrial”, *Revista General de Derecho* N° 591, Valencia, España, 1993.
- 97.- GALLARDO, Rosario y GAETA, Lorenzo, en el prólogo a la obra colectiva *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, (Rosario Gallardo y Lorenzo Gaeta, directores), Editorial Bomarzo, Albacete, España, 2010.
- 98.- GALLINO, Luciano, *Il lavoro non é una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Bari, Italia, 2007.
- 99.- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis, *Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo*, XX Congreso Mundial de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 25-28 de septiembre de 2012.
- 100.- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Trabajo y Derecho*, Legalpublishing (segunda edición), Santiago de Chile, 2012.

- 101.- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011*, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, Civitas, Madrid España, 2011.
- *Constitución y Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Thompson Reuters, Madrid, España, 2009.
- 102.- GARCÍA BECEDAS, Gabriel, “Los principios informadores del proceso laboral (algunas reflexiones críticas en torno a la oralidad, celeridad y concentración)”, en la obra colectiva *El Proceso Laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid, 2001.
- “Interés colectivo e interés sindical ¿Un lugar para el interés individual?”, en la obra colectiva *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Alonso Olea*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1990.
- 103.- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Procedimiento de regulación de empleo en el despido colectivo”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995.
- 104.- GARGARELLA, Roberto y OVEJERO, Félix, “Introducción: El socialismo, todavía” en la obra colectiva *Razones para el socialismo*, (Roberto Gargarella y Félix Ovejero, compiladores), Paidós, Barcelona, España, 2001.
- 105.- GARGARELLA, Roberto, “¿Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina?”, en la obra colectiva *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, (César Rodríguez Garavito, coordinador), Siglo XXI editores, Madrid, España, 2011.
- 106.- GARRIDO JIMÉNEZ, Lorena, “Las resistencias en el desarrollo de los planes de igualdad en las empresas: una aproximación socio – jurídica”, en la obra colectiva *Los planes de igualdad en tiempos de crisis*, (Encarna Bodelón y Noelia Igareda, editoras), Dykinson, Madrid España, 2013.
- 107.- GIERKE, Otto Von, *Las raíces del contrato de servicios*, traducción Germán Barreiro González, primera edición española, Civitas, Madrid, España, 1982.
- 108.- GIL Y GIL, José Luis, *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1993.
- 109.- GIUGNI, Gino, *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, Italia, 2006.
- 110.- GOERLICH PESET, José María, *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1994.
- 111.- GOLDIN, Adrián, “Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N°14, 2010.
- 112.- González Morales, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009.
- “La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas”, *Revista de Derecho Universidad del Norte* N°16, Baranquilla, Colombia, 2001. Disponible en: [http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/search\\_result](http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/search_result)
- 113.- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “El despido colectivo”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012.
- 114.- GOÑI SEIN, José Luis, *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Tecnos, Madrid, España, 1996.



- 115.- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario*, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, Sevilla, España, 2010.
- *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Estudios de Derecho Laboral, Civitas, Madrid, España, 1995.
- 116.- GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe, *La subsanación de los defectos procesales*, tesis para optar al grado de doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, 2012, p. 220. Disponible en:  
<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/94488/tfga.pdf;jsessionid=4E06EFEDFC7EB41E2DF05CAC258EE3A1.tdx2?sequence=1>
- 117.- GROSSMAN, Claudio, “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva *Nos Ad Justitiam Esse Natos. Libro de homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911-2011)*, Volumen II, (José Luis Guzmán, coordinador), Edeval, Valparaíso, Chile, 2011.
- 118.- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y le extinción de la responsabilidad penal*, Editorial BdeF, Buenos Aires, Argentina, 2009.
- *Introducción a los delitos contra la Administración pública*, Instituto de estudio e Investigación Jurídica, Managua, Nicaragua, 2008.
- 119.- HABERMAS, Jürgen, *Factividad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, España,
- 120.- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, traducción Stella Mastrangelo, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, Argentina, 2011.
- 121.- HONNETH, Alex, *Capitalismo e riconoscimento*, (Marco Solinas, coordinador y traductor), Firenze University Press, Florencia, Italia, 2010.
- 122.- IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “Conciliación y corresponsabilidad en los planes de igualdad en las empresas”, en la obra colectiva *Los planes de igualdad en tiempos de crisis*, (Encarna Bodelón y Noelia Igareda, editoras), Dykinson, Madrid España, 2013.
- 123.- JEAMMAUD, Antoine, “Desde el arrendamiento de servicios del Código civil napoleónico hasta el contrato de trabajo del vigente Derecho francés”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2012.
- “Los derechos de participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.
- 124.- JIMENA QUESADA, Luis, “Praxis y efectividad de la Carta Social Europea en España: el papel de los operadores jurídicos y de los actores sociales”, en la Jornada de Estudio Reforma Laboral, Derechos Sociales y Carta Social Europea, 20 de septiembre de 2013, Fundación 1 de mayo.
- 125.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Tomo VII, Editorial Losada SA, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- 126.- KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, traducción Jesús María Galiana Moreno, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1987.
- 127.- KORSCH, Karl, *Lucha de clases y Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, España, 1980.

128.- KRSTICEVIC, Viviana, “Líneas de trabajo para mejorar la eficacia del sistema”, en la obra colectiva *El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, (Juan E. Méndez y Francisco Cox, editores), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

129.- LAGO, Manuel, “Reforma Laboral: contra la mayoría social”, *Cuadernos de la Fundación 1 de mayo*, N° 26, 2012.

Disponible en: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Cuaderno26.pdf>

130.- LINARES POLAINO, Juan Antonio, “La movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las cláusulas de inaplicación salarial”, en la obra colectiva *Las reformas laborales del 2010*, (Josep Moreno Gené y Ascensio Solé Puig, coordinadores), Huygens, Barcelona, España, 2012.

131.- LOFFREDO, Antonio, “Masculino y femenino en el trabajo. Singulares y plurales, individuales y colectivos”, en la obra colectiva *Trabajar en femenino, Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, (Laura Mora Cabello de Alba, editora), Bomarzo, Albacete, 2013.

132.- LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Bomarzo, Albacete, España, 2013.

- “La Ley de la Jurisdicción Social: una primera aproximación”, *Actualidad Laboral*, N°s 21-22, 2011.

133.- LUXEMBURGO, Rosa de, *Reforma o Revolución*, Editado por Diario Público, Madrid, España, 2009.

134.- MALARINO, Ezequiel, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en la obra colectiva “Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional”, (Kai Ambos y Ezequiel Malarino editores), Konrad – Adenauer, Tomo II, Montevideo, Uruguay, 2010.

- “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra colectiva “Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional”, (Kai Ambos y Ezequiel Malarino editores), Konrad – Adenauer, Tomo I, Montevideo, Uruguay, 2010.

135.- MANCINI, Francesco, *Il Diritto al lavoro rivisitato*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, Italia, 1963.

136.- MARCELINO, Catarina, prefacio a la obra colectiva *A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal. Políticas e Circunstâncias*, (Virgínia Ferreira, organizadora), Estudos N°7, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Lisboa, Portugal, 2010.

137.- MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, traducción de Aldo Zela Villegas, Palestra editores, Lima, 2007.

- “La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos en el Derecho brasileño”, *Revista uruguaya de Derecho Procesal*, N°2, Montevideo, Uruguay, 2003.

Disponible en: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18235-18236-1-PB.pdf>

- “A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer)”, *Revista Forense*, v. 93, n. 338, Rio de Janeiro, Brasil, 1997.

Disponible en:

<http://estagiariodedireito.br.tripod.com/html/Artigos/tutelaantecipatoria.htm>

- 138.- MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012.
- 139.- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*, tercera edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- 140.- MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “Despido objetivo por causas económicas”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995.
- 141.- MATÍA PRIM, Javier, *El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el Ordenamiento español*, Consejo económico Social, Madrid, España, 1996.
- 142.- MAZZAMUTO, Salvatore, *L’attuazione degli obblighi di fare*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, Italia, 1978.
- 143.- MAZZARESE, Silvio, “Clausola penale e pena privata”, en la obra colectiva *Le pene private*, (Francesco Busnelli y Gianguido Scalfi, coordinadores), Giuffré Editore, Milán, Italia, 1985.
- 144.- MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte”, *Anuario de derechos humanos Universidad de Chile*, N° 7, Universidad de Chile, Centro de derechos humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011.
- “Los cuarenta años de la Convención Americana de derechos humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, Centro de derechos humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/anuario2009.tpl>
- 145.- MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “La suspensión del contrato y reducción temporal de jornada tras las reformas laborales de 2012”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012.
- 146.- MERCADER UGUINA, Jesús y PUEBLA PINILLA, Ana de la, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, 2013.
- 147.- MERCADER UGUINA, Jesús, "El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultraactividad", en la obra colectiva *La aplicación práctica de la Reforma Laboral. Un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, (Ignacio García-Perrote y Jesús Mercader Uguina, directores), Lex Nova, 2013.
- “La parte general de la Ley Orgánica para la Igualdad de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo”, en la obra colectiva *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2007.
- 148.- MERINO SEGOVIA, Amparo, “Sentido y alcance de las reformas 2012: nuevos (des) equilibrios entre los distintos instrumentos de autonomía negocial”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- 149.- MILANI, Paola, “La tutela dell’identità personale e l’istituto della rettifica”, en la obra colectiva *Le pene private*, (Francesco Busnelli y Gianguido Scalfi, coordinadores), Giuffré Editore, Milán, Italia, 1985.

- 150.- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “La nueva modalidad procesal de impugnación judicial del despido colectivo”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012.
- 151.- MONEREO PÉREZ, José Luis, “El trabajo precario”, en la obra colectiva *El Trabajo*, (Luis Enrique De La Villa, coordinador), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2011.
- 152.- MONTALVO CORREA, Jaime, “Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo”, “La reforma laboral de 1993-1994. Origen e idea general de su carácter”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995.
- 153.- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Curso de procedimiento laboral*, (octava edición), Tecnos, Madrid, España, 2010.
- *Derecho del Trabajo*, Tecnos, (décima edición), Madrid, España, 2008.
  - “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, N° 33, 2001.
  - “La nueva configuración del poder de dirección del empresario”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995.
  - “La protección constitucional de los derechos laborales”, en la obra colectiva *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1980.
  - *El poder de dirección del empresario*, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1965.
- 154.- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Análisis de la nueva ley de la jurisdicción social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, La Ley, Madrid, España, 2012.
- 155.- MONTEIRO, Rosa, “Genealogia da lei da igualdade no trabalho e no emprego desde finais do Estado Novo”, en la obra colectiva *A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal. Políticas e Circunstâncias*, (Virgínia Ferreira, organizadora), Estudos N°7, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Lisboa, Portugal, 2010.
- 156.- MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al proceso laboral*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, España, 2000.
- *El proceso Laboral*, Bosch, Barcelona, España, 1979.
  - *Los tribunales del trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Universidad de Valencia. Secretaría de publicaciones, Valencia, España, 1976.
- 157.- MORALES ORTEGA, José Manuel, “Las relaciones interempresariales como fuente de la relación laboral”, *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, (María Fernanda Fernández López, coordinadora), Trotta, Madrid, España, 2004.
- 158.- MORENO MOLINA, Ángel Manuel, “Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas”, en la obra colectiva *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, (Ignacio García Perrote Escartín y Jesús Mercader coordinadores), Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2007.
- 159.- MÜNCH, Ingo Von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en la obra colectiva *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, (Pablo Cardoch, coordinador), Civitas, Madrid, España, 1997.

- 160.- MUÑOZ LÉON, Fernando, “Ciudadanía laboral: los peligros políticos de un mal concepto jurídico”, *Revista Red Seca- Revista de actualidad política, social y cultural*. Disponible en: <http://www.redseca.cl/?p=3351>
- 161.- MUSCO, Enzo, *Bene giuridico es tutela dell'onore*, Giuffré, Milán, Italia, 1994.
- 162.- NASH ROJAS, Claudio, *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Tesis doctoral Universidad de Chile, 2008. Disponible en: [http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Tesis\\_Nash.pdf](http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Tesis_Nash.pdf)
- *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de derecho humanos (1ª edición)*, Universidad de Chile, Centro de derechos humanos, Santiago de Chile, 2004.
- *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, (segunda edición), Centro de derechos humanos, Santiago de Chile, 2009.
- 163.- NIKKEN, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos”. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo 1. San José, CorteIDH, 2001. Disponible en : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>
- “Perfeccionar el sistema Interamericano de derechos Humanos sin reformar al Pacto de San José”, en la obra colectiva *El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, (Juan E. Méndez y Francisco Cox, editores), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.
- 164.- NIN DE CARDONA, José María, “Sobre los derechos humanos. El derecho al trabajo y su problemática.” *Revista de estudios políticos*, N° 176-177, 1971.
- 165.- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “Tutela judicial del principio de igualdad y no discriminación”, en la obra colectiva *Gestión práctica de los Planes de Igualdad*, (Olimpia Molina Hermosilla, editora), Bomarzo, Albacete, España, 2009.
- *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, España, 1997, pp. 70 y siguientes.
- 166.- O'DONNELL, Guillermo, “Teoría democrática y política comparada”, en *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 39, N° 156, 2000.
- 167.- OJEDA AVILÉS, Antonio, “La previsión contractual en las relaciones laborales anteriores al contrato de trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *Revista de Derecho Social*, N°35, Bomarzo, Albacete, España, 2006
- 168.- OLARTE ENCABO, Sofía, “Los planes y medidas de igualdad en la negociación colectiva tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en la obra colectiva *Gestión práctica de Planes de Igualdad* (Olimpia Molina Hermosilla, editora), Bomarzo, Albacete, España, 2009.
- 168.- OLÁSOLO ALONSO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo, “La Influencia en la Corte Penal Internacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas”, en la obra colectiva “Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional”, Konrad – Adenauer, V, Tomo I, Montevideo, Uruguay, 2010.
- 169.- ORTIZ LALLANA, Carmen, “La ejecución definitiva de las obligaciones de hacer y de no hacer”, en la obra colectiva *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral* (Bartolomé Ríos Salmerón y Antonio Vicente Sempere, coordinadores), Aranzadi, España, 2001.



- 170.- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Eliasta, Ed. 27º, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- 171.- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, La Reforma Laboral de 2012, un año después”, en la obra colectiva *La aplicación práctica de la Reforma Laboral. Un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, (Ignacio García-Perrote y Jesús Mercader Uguina, directores), Lex Nova, 2013.
- “La construcción jurídica del contrato de trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2012.
  - “Sindicato y proceso del trabajo”, en *Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Editado por Salamanca, Salamanca, España, 2004.
  - “La versión 2001 de la reforma laboral permanente”, en *Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Editado por Salamanca, Salamanca, España, 2004.
  - “La tutela de los derechos fundamentales. Una sinécdoque procesal”, en *Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Editado por Salamanca, Salamanca, España, 2004.
  - “El derecho al trabajo de los penados y la efectividad de los derechos fundamentales”, en *Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Editado por Salamanca, Salamanca, España, 2004.
- . *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, (sexta edición, revisada), Madrid, España, 2002.
- “La abusiva utilización del Decreto – Ley por la política de empleo”, *Revista de Derecho Social*, N° 19, 2002.
  - “La calificación del despido como improcedente o nulo”, Martínez Emperador, Rafael, “Despido objetivo por causas económicas”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995.
  - *Despidos discriminatorios y Libertad Sindical*, Cuadernos Civitas, Madrid, España, 1983.
  - Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución”, en la obra *colectiva Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1980.
- 172.- PARDO IRANZO, Virginia, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2001.
- 173.- PAZ – ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en la obra colectiva *Estudios jurídicos en homenaje a Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Thompson Civitas, Madrid, España, 2003.
- Disponible en:  
[http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDer echo/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20 Working%20Papers/CPA%20y%20JAAR%20-%20libertad.pdf](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDer echo/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20 Working%20Papers/CPA%20y%20JAAR%20-%20libertad.pdf)
- 174- PECES-BARBA, Gregorio, “El socialismo y el derecho al trabajo”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* 97, Julio de 1990.
- “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y de Derecho”, en la obra colectiva *El fundamento de los derechos humanos*, (Javier Muguerza y Gregorio Peces Barba, coordinadores), Editorial Debate, Madrid, España, 1989.

- 175.- PELLEGRINI, Lisandro, “El incumplimiento de las sentencias del Sistema Interamericano”, en la obra colectiva *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, (Kai Ambos y Ezequiel Malarino editores), Konrad – Adenauer, V, Tomo I, Montevideo, Uruguay, 2010.
- 176.- PERDICES HUETOS, Antonio, “Apuntes sobre el género del Consejo de Administración de las Sociedades Mercantiles”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011.
- 177.- PÉREZ-AMORÓS, Francisco y ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Movilidad geográfica”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995.
- 178.- PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier, “La reforma a la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* N° 14, Editorial La ley, Madrid, España, 2010.
- 179.- PERSIANI, Mattia, “Il potere direttivo e l’organizzazione del lavoro”, en el volumen IV “Contratto di Lavoro e organizzazione”, del *Trattato di Diritto del Lavoro* (Mattia Persiani y Franco Carinci, directores), Cedam, Padova, Italia, 2012.
- “Il potere disciplinare”, en el volumen IV “Contratto di Lavoro e organizzazione”, del *Trattato di Diritto del Lavoro* (Mattia Persiani y Franco Carinci, directores), Cedam, Padova, Italia, 2012.
- 180.- PIÑERA ECHEÑIQUE, José, *La revolución laboral en Chile*, Editorial Zigzag, Santiago de Chile, 1990.
- 181.- PISARELLO, Gerardo, “El régimen constitucional español, 34 años después: ¿reforma o ruptura democrática?”  
Disponibile en: <http://noticias.pcc.cat/2013/01/gerardo-pisarello-el-regimen.html>
- “¿Por qué Portugal sí y aquí no?”  
Disponibile en: <http://www.caffereggio.net/2013/04/13/por-que-en-portugal-si-y-aqui-no-de-gerardo-pisarello-en-zona-critica-de-eldiario-es/>
- *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, España, 2011.
- *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, España, 2007.
- 182.- PROTO PISANI, Andrea, “Appunti sulla tutela di condanna”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año XXXII, N°3, Giuffré, Milán, Italia, 1978.
- 183.- PUNTA, Riccardo Del, *Diritto del Lavoro*, Giuffré, Milán, Italia, 2012.
- 184.- QUESADA SEGURA, Rosa, “La protección y las medidas preventivas frente al acoso sexual en el trabajo, en desarrollo de la Ley 3/2007”, en la obra colectiva *Gestión práctica de los Planes de Igualdad*, (Olimpia Molina Hermosilla, editora), Bomarzo, Albacete, España, 2009.
- 185.- RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “La incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la ejecución laboral”, *Revista de Derecho Social* N°10, Bomarzo, Albacete, España, 2000.
- “Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Número monográfico Estudios sobre el despido. Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar*, N°19, Madrid, España, 1996.
- 186.- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, “La racionalidad del ordenamiento como presupuesto de la dogmática jurídica en materia penal”, en *Violencia y Justicia*, (Silvio Cuneo y otros, coordinadores), Universidad de Valparaíso, (primera edición), Valparaíso, Chile, 2002.

- *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires Argentina, 1993.
- 187.- ROBINSON, Patrick L., “La estructura del Sistema Interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos. Evaluación y desafíos”, en la obra colectiva *El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, (Juan E. Méndez y Francisco Cox editores), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.
- 188.- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, “Las reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos”, *Revista IDH*, Vol. 23. San José, IIDH, 1996.
- 189.- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La reforma laboral”, *Relaciones Laborales* N° 5, 2012.
- 190.- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, Presentación del especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012.
- “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007”, *Relaciones Laborales*, N° 8, 2007.
- 191.- RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín, “La ordenación de la estructura salarial”, en la obra colectiva *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, España, 1995.
- 192.- ROJAS MIÑO, Irene, *Manual de Derecho del trabajo. Derecho individual*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004.
- 193.- ROJAS RIVERO, Gloria, y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en la obra colectiva *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, (María Fernanda Fernández López, coordinadora), Trotta, Madrid, España, 2004.
- 194.- ROJAS RIVERO, Gloria, *La ejecución de sentencias en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- “La igualdad entre hombres y mujeres. Comentarios al anteproyecto de ley orgánica de Igualdad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 11, 2006.
- Presentación de la obra colectiva *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, (Miguel Rodríguez – Piñero y Bravo-Ferrer, coordinador), Colección Relaciones laborales, La Ley, Madrid, España, 2005.
- *El proceso de ejecución laboral*, LexNova, Valladolid, España, 2001.
- *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, España, 1994.
- *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid España, 1991.
- 195.- ROMAGNOLI, Umberto, “El derecho del trabajo ante la crisis”, *Revista de Derecho Social*, N° 58, 2012.
- Prólogo a Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey en *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2009.
- “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D’Antona”, *Revista de Derecho Social*, N°9, 2001.
- “Globalización y derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, N°5, Bomarzo, Albacete, España, 1999.
- “Del derecho ‘del’ trabajo al derecho ‘para’ el trabajo”, *Revista de Derecho Social*, N°2, 1998.
- “Weimar, ¿y después?”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.
- 196.- ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Editorial Grapheus, Valladolid, España, 1992.



- 197.- ROSSETTI, Andrés, “Sobre las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humano”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XVIII 2009, Lerner-Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, Argentina, 2010.
- 198.- RUIZ CABALLERO, Carlos “El silencio de los periodistas ante la censura empresarial”, en la obra colectiva *La ética y el derecho de la información en los tiempos del postperiodismo*, (Ion Egúzquiza y Vicente Vidal, coordinadores), Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y de la Sociedad, Valencia, España, 2007.
- 199.- RUIZ CASTILLO, María del Mar, “El despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en reformas 2012”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- 200.- SALVIOLI, Fabián, “Derechos, acceso y rol de las víctimas”, en la obra colectiva *El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, (Juan E. Méndez y Francisco Cox editores), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.
- 201.- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Subcontratación de actividades productivas y derechos laborales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, N° 2, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013.
- .
- “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.
- “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, en [\*Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales\*, N° 244, 2011.](#)
- 202.- SASTRE IBARRECHE, Rafael, *Derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1996.
- 203.- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Despido y presunción de inocencia”, en la obra colectiva *Estudios sobre el despido. Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de derecho del Trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, España, 1996.
- 204.- SIERRA HERNÁIZ, Elisa, “La regulación del principio de la igualdad de oportunidades en la Ley Orgánica de Igualdad como límite al poder de organización y dirección del empresario”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011.
- 205.- SIMITIS, Spiros, “Il Diritto del Lavoro e la riscoperta dell’individuo”, (Lorenzo Gaeta, traductor), *Giornale del Lavoro e delle Relazioni Industriali (GDLRI)*, N°45, 1990.
- 206.- SOLINAS, Carlos, presentación a Alex Honneth, *Capitalismo e riconoscimento*, (Carlos Solinas, coordinador y traductor), Firenze University Press, Florencia, Italia, 2010.
- 207- SOUSA, Boaventura de, “Para una teoría socio- jurídica de la indignación”, Conferencia del 5 de marzo de 2012, en el marco de la conferencia de clausura del Seminario de Teoría Crítica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III. Disponible en: <http://dl.dropbox.com/u/65692446/Boaventura%20de%20Sousa%20Santos3%281%29.mp3>
- *Sociología Jurídica crítica*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

208.- TARELLO, Giovanni, “Ideología setecentistas da codificação e estrutura dos codigos”, *Revista Meritum*, Volumen 3, N° 02, 2008.

- “Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile”, en *Dottrina del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, (Ricardo Guastini y Giorgio Rebuffa, directores), Il Mulino, Bologna, Italia, 1989.

- “L’opera di Giuseppe Chiovenda”, en *Dottrina del proceso civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, (Ricardo Guastini y Giorgio Rebuffa, directores), Il Mulino, Bologna, Italia, 1989.

- *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoría e metateoria del diritto*, Bologna, Italia, Il Mulino, Bologna, Italia, 1974.

Disponibile en

: <http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/search/titles?searchPage=3>

- *Teorie e ideologie nel Diritto Sindacale. L’esperienza italiana dopo la Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milán, Italia, 1972.

209.- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, Aranzadi, Madrid, España, 2012.

- *La renovación de la Justicia Social. El éxito del Proceso Social, su envejecimiento prematuro y la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Fundación Justicia Social, Aranzadi, Navarra, España, 2012.

- “Breve balance de la Reforma procesal en España”, Ponencia presentada en el X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, España, 21 al 23 de septiembre de 2011.

- *La ejecución de obligaciones de hacer y no hacer en el orden social de la jurisdicción*, Editorial Comares, Granada, España, 2004.

- *Las obligaciones de hacer y no hacer en el Derecho del Trabajo*, Universidad de León, León, España, 2004.

210.- TARUFFO, Michele, “Osservazione e chiarimenti in tema di licenziamenti”, *Rivista impresa & Stato*, de la Camara de Comercio de Milán, N°57, 2001, Milán, Italia.

Disponibile en: [http://impresa-stato.mi.camcom.it/im\\_57/taruffo.htm](http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_57/taruffo.htm).

- “Problemi in tema di esecuzione della condanna alla reintegrazione de lavoratore”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffré, Milán, Italia, 1976.

- “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ANNO XLII, N°1, 1988.

211.- TOLEDO CORSI, César, *Tutela de la Libertad Sindical*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013.

- “El derecho de sindicación y su protección. Su tratamiento en los distintos modelos normativos que han regido en Chile”, en la obra colectiva *Cincuenta años de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Homenaje*, (Irene Rojas Miño, coordinadora), Abeledo Perrot/Legalpublishing, Santiago de Chile, 2011.

212.- TONELLI, Patrizio, “El trabajo no puede quitarnos la vida”, Fundación Sol, 2013.

Disponibile en: <http://www.theclinic.cl/2013/04/07/fundacion-sol-el-trabajo-no-puede-quitarnos-la-vida/>

213.- TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco, “Extinción del contrato de trabajo en período de prueba”, en la obra colectiva *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar*, *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, España, 1996.

214.- TRENTIN, Bruno, *La ciudad del trabajo. Izquierda y crisis del fordismo*, (traducción José Luis López Bulla) Bomarzo, Albacete, España, 2013.

215.- UGARTE CATALDO, José Luis, *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Legalpublishing, Santiago, Chile, 2013.

- “Canto de sirenas: los jueces y el Plan Laboral”, *Revista Laboral y de la Seguridad Social* N°2, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013.

- “La rehabilitación de los principios del derecho del Trabajo y el concepto de Derecho”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, N°1, 2013.

- *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad*, Tesis para optar al grado de doctor por la Universidad de Salamanca, 2012.

- “Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011.

Disponible en:

[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071868512011000100004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071868512011000100004&script=sci_arttext)

- *Derechos, Trabajo y Privacidad*, Abeledo Perrot, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2011.

- “El trabajador en su soledad- El modelo de relaciones laborales chileno y la promesa no cumplida-.”, 2010, (inédito).

- *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2009.

- “Los derechos fundamentales y el nuevo procedimiento de tutela laboral” en *El Nuevo Derecho del trabajo*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.

- *Derecho del trabajo, Flexibilidad laboral y Análisis Económico del Derecho*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004.

Disponible en:

<http://www.tesisred.net/handle/10803/649/browse?value=Ugarte+Cataldo%2C+Jos%C3%A9+L.&type=author>

216.- VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, “La ejecución de sentencias firmes de despido”, en la obra colectiva *El proceso Laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de La Villa Gil*”, Lex Nova, Madrid, España, 2001.

- *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, Consejo Económico y Social, Madrid, España, 1994.

217.- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La reforma de la negociación colectiva”, en el especial monográfico “La Reforma Laboral 2012”, de la Revista *Relaciones Laborales*, N°s 23-24, 2012.

- “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en la obra colectiva *Autoridad y democracia en la empresa*, (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, coordinadores), Trotta, Madrid, España, 1992.

- Prólogo a *Poder de dirección y contrato de trabajo*, de María Dolores Román, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Editorial Grapheus, Valladolid, España, 1992.

- “Las claves de la reforma procesal laboral”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal – Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, , Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991.

- “El nuevo proceso laboral”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal – Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991.

- “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Valdés Dal – Ré, Fernando y Cruz Villalón, Jesús, , Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991.

218.- VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “El espacio de la movilidad funcional en los nuevos sistemas de clasificación profesional”, en la obra colectiva *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales. La reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, España, 2012.

- “El nuevo espacio de la flexibilidad laboral interna”, *Revista de Derecho Social*, N°57, Bomarzo, Albacete, Madrid, 2012, p. 123.

219.- ZAGREBLESKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción Marina Gascón, Editorial Trotta, (décima edición), Madrid, España, 2011.

220.- SINZHEIMER, Hugo, “El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, (Felipe Vásquez Mateo traductor y director), Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1984.

- “La esencia del Derecho del Trabajo”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, (Felipe Vásquez Mateo traductor y director), Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1984.

- “La crisis del Derecho del Trabajo”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, (Felipe Vásquez Mateo traductor y director), Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1984.

- “El problema del hombre en el Derecho”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, (Felipe Vásquez Mateo traductor y director), Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1984.

221.- ZOCO ZABALA, Cristina, “Evaluación de los planes de igualdad en las empresas: hacia medidas de conciliación compartidas”, en la obra colectiva *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, (Elisa Sierra Hernáiz, directora), Civitas, Madrid, España, 2011.