

autor del texto, propias de un jurista que conoce su disciplina, la recorre desde sus raíces más profundas, y que no duda en acompañar con una cabal comprensión de la realidad.

El ensayo de Thayer representa un valioso aporte para quienes se dedican al estudio y práctica de esta rama del ordenamiento jurídico. Su mérito estriba no tanto en representar un instrumento útil y directo para los *operadores del derecho laboral*, sino porque permite entender, desentrañar y aprehender el verdadero espíritu que impregna al Derecho del Trabajo. De este modo, el libro significa una rica herramienta hermenéutica. Gracias a trabajos como el emprendido por el destacado académico, hemos de mirar más allá de la *historia fidedigna de la ley*, aplicando en su verdadera dimensión el Derecho del Trabajo, la más humana de todas las disciplinas jurídicas.

Finalmente y parafraseando al autor: “quien firma esta monografía introductoria solo ha pretendido estimular una discusión sobre un asunto fascinante y actual”.

ROBERTO CERÓN REYES

UGARTE CATALDO, José Luis. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Santiago: LegalPublishing, 2009, 102 pp.

En el laboralismo conservador vinculado a la dogmática legalista, identifica Ugarte Cataldo el paradigma ya superado ante al arribo de la Constitución al Derecho Laboral. Paradigma caracterizado por el estudio estricto de los derechos laborales propiamente tales, como salarios mínimos, jornadas máximas, descansos semanales, etc., dejando entre las sombras a los derechos fundamentales específicos, como libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y expresando, asimismo, un nulo interés por los derechos fundamentales laborales inespecíficos, tales como intimidad, integridad, honra, libertad de expresión y otros. Dicha situación empeoró con la “desregulación salvaje”, que significaron las “reformas modernizadoras” del régimen militar.

Con el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, regulado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, se concibió normativamente la doctrina de la aplicación directa de la Constitución, lo que sumado al artículo 5° inciso primero del Código del Trabajo, le da nueva forma y contenido al derecho del trabajo tradicional. Dicha doctrina no goza de unánime acogida en la dogmática constitucional, en el ámbito del derecho privado. Por esa razón piensa Ugarte Cataldo que debe hacerse cargo de su *principal lanza argumentativa*, proveniente de los autores del derecho privado, relativa a la ilegitimidad de la intromisión del Estado en la relaciones entre particulares, cuyo contenido está fijado por las mismas partes en virtud de la presunción de igualdad de los agentes. Esta presunción estaría ampliamente superada en el ámbito del Derecho del Trabajo, por lo tanto, todo lo que se diga para el resto del derecho privado, es inaplicable al Derecho del Trabajo en atención a sus fines específicos.

El Procedimiento de Tutela vino a mejorar sustancialmente las condiciones procesales en que el trabajador podía hacer valer sus derechos. Antes de la reforma, la acción constitucional de protección cumplía precariamente dichos objetivos, pues no se hacía

cargo de la dificultad probatoria que recaía en el trabajador, no daba garantías de indemnidad laboral (el trabajador podía sufrir las represalias del empleador), y no protegía el derecho a la no discriminación laboral. El Procedimiento de Tutela se estructura, sustancialmente, de acuerdo con las reglas del Procedimiento de Aplicación General, salvo aquellas reglas particulares creadas al efecto; el objeto de la acción es distinto (derechos fundamentales establecidos en el artículo 485 CT); los titulares de la acción; las reglas sobre la prueba (prueba indiciaria) y la estructura de la sentencia definitiva.

En general, no existe titularidad exclusiva de la acción de derechos fundamentales, la organización sindical que invoque un interés legítimo, e inclusive la propia Inspección del Trabajo puede realizar la denuncia ante la vulneración de derechos fundamentales del trabajador afectado; el procedimiento podrá seguir aun cuando el propio trabajador no manifieste interés en seguir adelante. Esta titularidad ampliada o titularidad remota encuentra su excepción en la vulneración derechos fundamentales con ocasión del despido, en cuyo caso, solo el trabajador afectado es el titular de la acción de tutela de derechos fundamentales.

La titularidad ampliada, en aquella parte que incluye a la Inspección del Trabajo, es criticada por el académico reseñado, dada la circunstancia de necesitar una instancia de mediación como requisito de procesabilidad de la denuncia de derechos fundamentales. Tales derechos de rango constitucional no admitirían mediación ni transacción, señala Ugarte. Resulta paradójico además, que dicha facultad se encuentre vedada a los propios Tribunales de Justicia, los cuales no pueden autorizar un arreglo en la etapa de conciliación, que implique la subsistencia de la vulneración del derecho. Dicha facultad establecida por la legislación a la Inspección del Trabajo, en opinión de Ugarte, debería ser derogada en una próxima modificación legal.

El empleador es el sujeto pasivo de las acciones de tutela, y por empleador debe entenderse lo que el artículo 3° del Código del Trabajo establece como tal (la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo). Sin embargo, el artículo 485 del Código del Trabajo establece la facultad de denunciar cuando los derechos en ese artículo mencionados resulten lesionados en el *ejercicio de las facultades del empleador*. Eso abre la puerta para que el sujeto pasivo sea incluso la empresa usuaria respecto de los trabajadores suministrados por una empresa de servicios transitorios, pues la ley le reconoce a la empresa usuaria las facultades de empleador; el trabajador está sujeto a la dirección y control de dicha empresa, y le son oponibles las disposiciones del reglamento interno de esta. No obstante, respecto de la otra figura triangular por excelencia –la subcontratación–, la ley no le reconoce a la empresa principal las facultades de empleador, por lo tanto, difícilmente podría ser sujeto pasivo de una denuncia de derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, el autor sostiene que si la empresa principal excede las facultades que la propia ley le reconoce, y utiliza su poder de dirección, control y mando incluso respecto de trabajadores subcontratados, sería procedente una denuncia por parte de estos últimos, por una eventual vulneración de derechos fundamentales de la empresa principal.

El derecho a la no discriminación es objeto de tutela por parte del Derecho del Trabajo. No obstante, dicha tutela es solo parcial, anota el autor, porque no sanciona cualquier forma de discriminación, sino solo aquellas establecidas en el artículo 2 del

Código del Trabajo, relativa a la prohibición de discriminación, raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social. Critica el autor la fórmula utilizada por el legislador, mucho más mezquina de haber hecho objeto de tutela la prohibición de discriminación del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, al señalar que el empleador solo podrá usar los criterios relativos a la capacidad o idoneidad personal del trabajador. Y por otro lado, otro recorte del legislador, a saber, la exclusión de la tutela a la discriminación preocupacional, al señalar expresamente el artículo 485 que quedan excluidas aquellas discriminaciones del inciso sexto del artículo 2° del Código, el que señala que son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, sea directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas, cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto (categorías prohibidas de discriminación señaladas anteriormente).

Un nuevo derecho fundamental ha venido a inaugurar la legislación laboral, al señalar el mismo artículo 485 del Código del Trabajo que en igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales. La doctrina la denomina *garantía de indemnidad*, y reviste especial importancia atendida la circunstancia de que el sistema de despido en la legislación chilena, parece más bien un sistema de libre despido que de estabilidad relativa en el empleo, dada la vaguedad en que está redactado el artículo 161 inciso primero del Código que contempla la causal de necesidades de la empresa, sumado a una interpretación sumamente extensiva de la causal por parte de la Corte Suprema, que ha llegado a confundir las necesidades de la empresa (causal esencialmente objetiva) con el incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato al trabajador (causal esencialmente subjetiva).

En el caso de la garantía de indemnidad, la principal distinción de Ugarte, es que la garantía tiene toda la fisonomía de una regla más que de un principio, esto es, habiéndose verificado que la conducta del empleador se debe a una represalia en contra del trabajador por haber realizado una denuncia administrativa o una acción judicial, se entiende lesionada la garantía de indemnidad. Tiene una aplicación del todo o nada, más que orientar las decisiones en un sentido determinado. Naturalmente, la principal consecuencia de esta distinción, es que no cabría aplicar el principio de proporcionalidad o ponderación, si no se entiende que dicha conducta afecta una garantía *per se*, deviniendo de inmediato la sanción del juez sin pasar por el ya denominado *test alemán*.

Otro de los elementos importantes en materia procesal laboral, en particular en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, es la prueba indiciaria. El legislador laboral, frente a la dificultad que implica probar la existencia de una vulneración a un derecho fundamental, o la desigualdad (esta vez ya no solo sustantiva sino también procesal de las partes), ha concebido en materia probatoria la prueba indiciaria. Este mecanismo implica una alteración a la regla general del *onus probandi* (1698 C.C.; “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”). Sin embargo, se trata no de una alteración de la carga de la prueba, sino a un mecanismo más débil que redundaría en la atenuación de la carga de la prueba al trabajador. Esto es, el trabajador, bien puede probar

por sí solo la existencia de una conculcación ilegítima a un derecho fundamental, pero bastaría con demostrar la existencia de indicios suficientes, que le permitan al juez razonablemente presumir que se ha producido dicha conculcación. En dicho caso, se traslada al denunciado no la carga de probar la inexistencia de la conculcación a un derecho fundamental (que equivaldría a la prueba diabólica de un hecho negativo), sino a probar *los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*. Ahora bien, más que una cantidad relevante de indicios, señala el autor, podría ser suficiente solo uno indicio relevante e importante. Por ejemplo el despido masivo de trabajadores justo al día siguiente de terminado el fuero laboral. Claramente resulta insuficiente para probar que se trata de un despido con ocasión de la vulneración de los derechos fundamentales, pero suficiente para provocar al juez una presunción de que el despido tiene motivaciones anticonstitucionales, y trasladar al empleador la carga de demostrar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Naturalmente, existe la posibilidad para el trabajador de demandar el despido con ocasión de vulneración de derechos fundamentales. En general, puede entablar una acción en subsidio de la otra, vale decir, denuncia de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, y en subsidio el despido injustificado. En consecuencia, el empleador tiene dos objetos en este juicio, destruir el indicio de conculcación de derecho fundamentales y, por otro lado, demostrar la justificación del despido. Por lo tanto, los resultados del juicio pueden ser diversos, como puede suceder por ejemplo que el empleador destruya el indicio de vulneración de derechos, pero el despido se considere justificado, o al contrario, no destruya el indicio de vulneración de derechos, y sea condenado por dicha circunstancia, no obstante que logre justificar el despido propiamente tal.

Uno de los problemas fundamentales que se vislumbran con la aplicación directa de estas garantías constitucionales, es la colisión de derechos fundamentales de igual jerarquía. Uno de los criterios de interpretación constitucional de mayor aplicación actual es la ley o principio de ponderación de Alexy. Pero antes de eso debemos hacer un primer ejercicio, señala Ugarte, que es delimitar o limitar el ámbito protegido de dicho derecho vía interpretación iusfundamental, y luego ponderar su aplicación ante la eventual colisión con otro derecho fundamental. Sin embargo, como es de suponer, no existe acuerdo sobre cuál es la manera correcta de establecer el ámbito protegido por la garantía constitucional. Desde el punto de vista de la teoría amplia del ámbito protegido, hay que primero delimitar el ámbito de protección inicial de un derecho, y luego, una vez efectuada la ponderación, determinar cuál es el contenido efectivamente protegido de ese derecho. Sin embargo, para una teoría estrecha del ámbito protegido, "los derechos fundamentales tienen un contenido definitivo fijado de antemano, o preformado, que cuenta desde el inicio con unas determinadas limitaciones". El profesor Ugarte rechaza la teoría estrecha del ámbito protegido, pues es absolutamente complejo determinar con precisión el ámbito protegido de un derecho de acuerdo a las reglas tradicionales de interpretación jurídica, y no comprende un procedimiento que pondere su aplicación con otros derechos en colisión en los casos difíciles.

Ahora, para la determinación o delimitación del ámbito protegido de un derecho fundamental, se utilizarán; a) en primer lugar las reglas tradicionales de la interpretación

jurídica, esto es, el método gramatical, teleológico, sistemático e histórico; b) las reglas de interpretación constitucional como unidad constitucional; fuerza formativa de la Constitución o el principio de concordancia práctica; c) las reglas de interpretación propias de los derechos fundamentales como el principio *pro homine*; principio de la posición preferente de los derechos fundamentales; principio de progresividad de los derechos fundamentales. Si bien a través de estos elementos es posible determinar el ámbito de protección inicial del derecho fundamental, ante su colisión con otro derecho, esto es, ante la solución de un caso pesadilla, el juez debe ponderar. Cabe anotar que esto no es precisamente pasivo, partiendo de la base que desde la teoría del positivismo jurídico de H.L.A. Hart, dicho autor negó que existieran pautas lógicas o racionales que pudiera utilizar un juez para determinar la respuesta correcta al caso concreto, sino que ante el potencial de indeterminación del lenguaje, el juez debe usar su discreción (discreción en sentido fuerte, dice Dworkin, esto es, sin sujeción a parámetros de ningún tipo). Y hasta hoy día se sostiene, según Guastini, que la teoría de la ponderación de Alexy, supone una actividad radicalmente subjetiva del juez.

Según Ugarte, es la tesis de la ponderación de Alexy la que se presenta como más apropiada para efectos de la solución de conflictos sobre derechos fundamentales, con sus tres subprincipios relativos al examen de idoneidad, de necesidad, y de proporcionalidad propiamente tal. De acuerdo al subprincipio de la idoneidad, el juez debe determinar si la medida o actuación que se estima vulneratoria de derechos fundamentales, es efectivamente idónea para lograr el objetivo propuesto. Luego, el juicio de necesidad, implica determinar si la medida ya considerada idónea por el juez es menos lesiva que cualquier otro tipo de medida que pueda utilizar el agente (es un juicio estrictamente comparativo). Habiendo pasado el juicio de necesidad, el juez debe utilizar el criterio de la proporcionalidad propiamente tal, en que debe asignar un peso relativo a cada derecho en colisión, a través de la relación triádica de leve, medio o grave. En caso de empate, entonces efectivamente el juez deberá usar su discreción, a través de una argumentación irremediabilmente política, lo que Alexy llama cargas de la argumentación.

Para terminar diremos que el libro del profesor Ugarte resulta de sumo interés para los estudiosos del derecho del trabajo y para los operadores jurídicos, pues entrega no solo herramientas teóricas para el correcto entendimiento de las tesis de última generación neoconstitucional, como el principio de proporcionalidad de Alexy, sino que propone soluciones que resultan útiles al juez laboral o al abogado litigante tomar en cuenta.

Existe una discusión pendiente en relación a la interpretación constitucional o a la aplicación directa de la Constitución en el Derecho del Trabajo. Ugarte se hace cargo de lo que él denomina la principal lanza argumentativa, relativa a la ilegitimidad de la intromisión del Estado en la relación entre particulares, cuyo contenido está fijado por las mismas partes en virtud de la presunción de igualdad de los agentes. Sin embargo, la otra tesis basada en Hart, relativa a la inexistencia de parámetros objetivos para determinar lo correcto en casos difíciles, se basa en la necesaria distinción entre conceptos y concepciones. Los conceptos son abstractos e incontrovertibles –libertad e igualdad– pero necesitan ser llenados de contenido con una concepción particular de lo que ese concepto debe decir, y es normal que esas concepciones sean políticamente controvertibles (misma distin-

ción que ha sido tomada por Rawls y por el filósofo republicano Jeremy Waldron). Por esa razón, las conclusiones de la deliberación política pública pasan a detentar definitividad jurídica a través de las reglas del derecho. El derecho es un sistema de reglas, al juez se le pide no que falle en justicia, sino que falle conforme a derecho. Ante el chorreo de normas de textura abierta que tiene nuestro ordenamiento jurídico, se le entrega un enorme rango para que el juez decida por sí mismo cuál es la concepción política que ese concepto encierra. Ante ese escenario, el derecho pierde su calidad de sistema, y el principio de proporcionalidad a solucionar ese problema. Cuando el juez decide cuál es el peso de cada derecho, no le queda otra alternativa que anteponer su voluntad política, y eso unido a la pretendida fuerza obligatoria del precedente judicial, convertiría al Poder Judicial en una especie de senado permanente, que es justamente lo que Montesquieu rechazaba. Estos argumentos no son enfrentados directamente por el profesor Ugarte Cataldo.

PATRICIO EDUARDO YÁÑEZ MONJE

VALENZUELA CORI, Rodrigo, *Retórica. Un ensayo sobre tres dimensiones de la argumentación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, 178 pp.

Una reivindicación de la retórica, forma de pensamiento que ha tendido a ser despreciada por nuestra tradición occidental, es lo que nos propone el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Rodrigo Valenzuela Cori, en su último libro. En estilo de ensayo, constituye la natural continuación de las reflexiones del autor sobre el saber *no fundado* ya abordado en sus anteriores obras *Los sueños de la razón*¹ y *Conflicto y humanidades*². Decimos reivindicativa pues nuestra cultura globalizada y adicta a la inmediatez ha dejado de lado los espacios para interiorizarse e intervenir en las cuestiones públicas, además, una visión patológica del conflicto, que le soslaya y evita, tiende a alejarnos aún más del escenario natural de este *saber hacer, el agón*.

Quien conozca los anteriores aportes del autor sobre la materia, se dará cuenta que no se trata de una obra que redunde en temas o tópicos –usando la terminología de Valenzuela– trillados. Pues en esta oportunidad la perspectiva es más genérica, con un objeto menos jurídico que en *Conflicto y humanidades*, obra que se centró en lo que hace el abogado como *asesor, juez o litigante*. Sin embargo, se aprecia una admirable coherencia entre los postulados que solo puede ser resultado del estudio y preocupación por conocer cómo han comprendido los antiguos esta forma de pensar, y quizá más importante en este tema sea la propia práctica del autor.

El primer capítulo aborda el *quid* de la cuestión. Así, es un hecho que nuestra naturaleza nos hace seres capaces de optar, podemos o no seguir a quien requiere nuestro apoyo para un objetivo determinado en la oficina, la familia, tribunal, en el destino del Estado; pero, si somos seres *civilizados y activos*, más importante es cómo lograr que sean

¹ Valenzuela Cori, Rodrigo, *Los sueños de la razón: Un ensayo sobre la interpretación jurídica*, Ril, Santiago, 1999, 126 pp.

² Valenzuela Cori, Rodrigo, *Conflicto y humanidades. Un ensayo sobre argumentación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, 258 pp.