ESTUDIOS

Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales

Sergio Gamonal C.
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad Adolfo Ibáñez

1. Eficacia horizontal y procedimiento de tutela de derechos.

En los años recientes la doctrina laboral, la jurisprudencia y también el legislador han aceptado con entusiasmo la aplicación horizontal de los derechos fundamentales no propiamente laborales como límite a los poderes del empleador.

A fines de los cincuenta la jurisprudencia alemana postuló la idea de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares[1], bajo la denominación de teoría de la *"Drittwirkung der Grundrechte"* u *"Horizontalwirkung"*[2]. En otros ordenamientos se habla del sentido polivalente de los derechos esenciales[3], de la Ciudadanía en la Empresa[4] o de los derechos laborales inespecíficos[5].

La *horizontalidad de derechos* implica, en su versión más fuerte, que los derechos humanos no sólo tienen una *eficacia vertical*, entendida como límites del Estado frente a las libertades del ciudadano, sino también una *eficacia horizontal entre particulares.*

Consideramos que la más acertada denominación es la de *Ciudadanía en la Empresa*, al expresar la idea de la proyección de los derechos ciudadanos del trabajador al interior del contrato de trabajo, específicamente como límites al poder del empleador. La referencia es una noción de ciudadanía amplia, comprensiva de cualquier trabajador, incluso los inmigrantes y los ilegales[6].

Por ello, junto con los derechos humanos laborales propiamente tales (por ejemplo, la libertad de trabajo y su protección, la justa retribución y la libertad sindical), encontramos los derechos humanos que detenta el trabajador en cuanto persona y ciudadano, derechos civiles que no debieran quedar postergados por el hecho de ser parte de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que sean adaptados, restringidos o modulados para dar cumplimiento al contrato.

El legislador de nuestro país ha recogido con entusiasmo esta tesis, en numerosas leyes tales como la Nº 19.759 y la 20.087. En esta última, relativa al nuevo procedimiento laboral, se estatuye un procedimiento de tutela de derechos que busca velar por la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en cuanto límite de las potestades del empleador[7].

[1] Pérez Luño, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 312 y ss.

[2] Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 512 y 513.

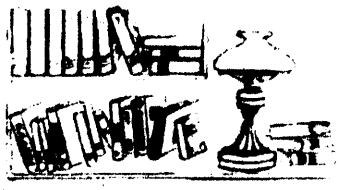
[3] Ghezzi, Giorgio y Romagnoli, Umberto, *Il rapporto di lavoro*, 2ª edición, Bologna, Zanichelli, 1987, p. 15.

[4] Rivero y Savatier, *Droit du travail*, PUF, 1993, p. 539.

[5] Palomeque López, Manuel-Carlos, *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 31 y ss.

[6] Se trata de una noción extensiva de "ciudadanía", no en el sentido ocupado por la dogmática constitucional que diferencia entre derechos de la personalidad y de la ciudadanía (Ferrajoli), correspondiendo estos últimos sólo a los ciudadanos, como el derecho a voto. Quizás sería más claro hablar de "derechos de la persona en la empresa" o "derechos humanos en la empresa", pero preferimos mantener esta denominación por ser la más utilizada, sin perjuicio de esta aclaración. Al respecto, ver Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, La Ley del más Débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 40.

[7] Ver Gamonal Contreras, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, 2ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2008 y Ugarte Cataldo, José Luis, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Santiago, LegalPublishing, 2009.



Este procedimiento constituye una innovación muy trascendente en nuestro derecho. En estas breves reflexiones abordaremos dos de sus principales críticas, a saber, el rol de la ley y la afectación del principio de autonomía privada.

2. Críticas a esta eficacia: el rol de la ley y la autonomía privada en peligro.

Existen numerosas críticas a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en todas sus versiones (mediata o inmediata)[8]. Con todo, éstas se centran más en el alcance de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares que en negar radicalmente esta eficacia.

En el desarrollo actual del constitucionalismo contemporáneo difícilmente puede postularse que los derechos constitucionales no mantengan vigencia en el ámbito de las relaciones privadas. "Tanto el papel de las constituciones, como el propio análisis de la realidad jurídica, corroboran lo anterior. Sin embargo, lo que ya no está tan claro es la fuerza de los derechos en ese ámbito privado"[9].

Los argumentos en contra plantean que la noción originaria e histórica de los derechos humanos los configura, en forma exclusiva, en contra del Estado y no de particulares[10]. Además, se postula que las relaciones *inter privatos* son reguladas democrática y objetivamente por el legislador, a diferencia de la relación *Estado/ciudadanos* donde el legislador, por razones obvias, no es imparcial[11]. Se dice también que la horizontalidad implica un peligro para el derecho privado, ya que operaría como un límite excesivo de la autonomia privada afectando la tradición argumentativa de esta área del derecho[12]. Otro argumento precisa que la textura abierta de los derechos fundamentales podría ampliar más allá de lo razonable las potestades del juez y caer, de esta forma, en una abierta discrecionalidad judicial, afectándose gravemente la seguridad jurídica[13].

No concordamos con estos argumentos[14]. En este trabajo nos centraremos en los relativos al rol de la ley y a la autonomía privada.

Sobre el rol de la ley y del legislador, se postula que en las relaciones *inter privatos* son reguladas democrática y objetivamente por el legislador. A diferencia de la relación *Estado/ciudadanos* donde el legislador, por razones obvias, no es imparcial. Como los derechos fundamentales son normas abiertas e indeterminadas, su vigencia *inter privatos* afecta de certeza del derecho y expone al Poder Judicial a tener que lidiar con las distintas concepciones de los mismos.



Precisando esta observación, cabe señalar que los derechos fundamentales tienen una textura abierta y, por lo mismo, permiten varias lecturas y pareciera que estas lecturas debieran concordarse más en el debate democrático (a través de la ley) que en las decisiones judiciales.

Sobre la indeterminación de los derechos fundamentales, nos señala Zagrebelsky que existen dos grandes "horizontes" que ilustran las declaraciones de derechos, a saber, la libertad y la justicia, y especifica que la interpretación de las mismas dependerá de las concepciones que se sostengan. Este autor indica que "ambas concepciones pueden hablar en nombre de la dignidad del hombre, pero mientras para la primera la naturaleza digna consiste en la libertad, para la segunda consiste en la justicia". Agrega que "si se les quisiera dar un valor absoluto,

[8] Sobre las críticas a la eficacia mediata o efecto de irradiación en la doctrina alemana, vid. Cruz, Luis M., *La Constitución como Orden de Valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Editorial Comares, 2005, pp. 41 y ss.

[9] Asís Roig, Rafael de, *Prólogo* a la obra de Venegas Grau, María, *Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 9.

[10] Correa, Rodrigo, "En Defensa de una Aplicación Exclusivamente Vertical de los Derechos Constitucionales", pp. 2 y ss. Este trabajo inédito se basa en la ponencia presentada el 13 de enero de 2004 en el VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional, Santiago de Chile.

[11] Ferreres Comella, Víctor, "La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares", *Los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, SELA 2001, p. 48.

[12] Jana Linetzky, Andrés, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, SELA 2001, pp. 64 y ss.

[13] Ferreres, op. cit. en nota 11, p. 49.

[14] Ver Gamonal, op. cit. en nota 7, pp. 67 y ss.

cada una de las dos posiciones podría excluir a la otra."[15].

Por otra parte, Atria sostiene que las concepciones de los derechos fundamentales deben plasmarse en el debate democrático y no en el Poder Judicial. En sus palabras: "Una comunidad política se constituye al entender que hay algo que es común a sus miembros. En su mejor comprensión, ese algo son los derechos fundamentales"[16]. En este contexto: "Para hacer aplicables las normas constitucionales que garantizan derechos, es necesario negar su carácter común, entender que ellas consagran concepciones de algunos en contra de otros (una constitución neoliberal, por ejemplo). Pero entonces aquellos cuyas concepciones son ignoradas no son ciudadanos iguales, son oprimidos por el derecho"[17]. A mayor abundamiento, este autor explica que "La función de la ley es especificar cómo el conflicto entre ambos sujetos dotados de derechos ha de resolverse. Por eso entender que los derechos constitucionales son derechos de unos individuos contra otros es incompatible con la función de la ley."[18].

En cuanto a la autonomía privada o de la voluntad se sostiene que ésta puede verse afectada y disminuida por una aplicación indiscriminada de los derechos fundamentales entre particulares. Por ejemplo, en un litigio por un no pago de renta de arrendamiento de un bien raíz las partes tienen claro el alcance de sus derechos. Por el contrario, si fuera posible la aplicación directa de normas constitucionales, el grado de incerteza podría ser abismante según las ideas y convicciones del juez, privilegiando el derecho de propiedad y ordenando lo más rápidamente posible el lanzamiento de los arrendatarios si su ideología personal es de derecha, o, por el contrario, dilatando el lanzamiento si privilegia la integridad psíquica del arrendatario insolvente y de su familia o su derecho a una vivienda digna, si su ideología personal es de izquierda, etc.

Es cierto que en nuestro actual sistema constitucional, desde el año 2005, se terminó el control difuso y, en el caso en cuestión, si el juez estima inconstitucionales las normas del arriendo debiera enviar la o las normas al tribunal Constitucional. Con todo igualmente estimamos relevante este planteamiento.

En principio, ambas objeciones son sensatas. ¿Cómo es posible entonces que los laboralistas estemos tan entusiasmados con la eficacia horizontal?

En primer lugar tendríamos que expresar lo siguiente: más allá de las críticas casi toda la doctrina comparada considera que los derechos fundamentales tienen algún tipo de eficacia entre particulares[19].

En segundo lugar, cuando el juez debe decidir frente a un vacío (art. 76 inciso segundo de la Constitución), perfectamente puede recurrir a los derechos fundamentales para justificar su decisión.

En tercer lugar, estas críticas sin inoponibles al derecho laboral. A esta última afirmación destinaremos el párrafo siguiente.

3. Potestades del empleador y eficacia diagonal de derechos fundamentales.

En cuanto a la autonomía privada, la doctrina chilena habla de la ostensible declinación del dogma de la autonomía de la voluntad, señalando que "Salta a la vista que la identidad de lo contractual con lo justo es una falacia. Únicamente en circunstancias de real igualdad entre los contratantes, podría tal idea tener alguna verosimilitud"[20] agregando que "Demasiado a menudo el contrato ha sido instrumento para establecer cláusulas draconianas injustas. El incrédulo no tiene más que recordar el contrato de trabajo durante la revolución industrial..."[21].

[15] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 1997, p. 76.

[16] Atria Lemaitre, "Seguridad jurídica y derechos fundamentales: Sobre predecibilidad y autogobierno", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Andrés Bordalí Salamanca (coordinador), Santiago, LexisNexis, 2006, p. 15.

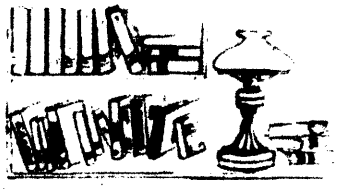
[17] Atria, op. cit. en nota anterior, p. 16.

[18] Atria Lemaitre, Fernando, *Mercado y Ciudadanía en la Educación*, Santiago, Flandes Indiano, 2007, p. 53.

[19] Asís, op. cit. en nota 9, p. 9.

[20] López Santa María, Jorge, *Los contratos.* Parte general, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 239.

[21] Ibid.



Para el derecho laboral la aplicación horizontal de los derechos fundamentales sólo refuerza su construcción dogmática, lejana de la del derecho privado y de la autonomía de la voluntad, ya que su consolidación se ha basado en los límites que se imponen al poder del empleador y, perfectamente, estos límites pueden ser replanteados desde los derechos fundamentales.

Por otra parte, los ataques a la libertad contractual indiscriminada en el derecho civil europeo decimonónico se basan precisamente en la situación de los trabajadores. La carencia de regulación del contrato de trabajo es considerada la mayor laguna del Código Civil francés y esta regulación constituirá un primer paso para insertar en el derecho privado los valores de justicia y de solidaridad[22]. Incluso autores críticos de la eficacia horizontal, como Hesse, reconocen los particularismos del derecho laboral[23].

Respecto de la objeción sobre el rol de la ley y del legislador, con el consecuente aumento de la discrecionalidad del juez y de la pérdida de seguridad jurídica, cabe comentar, para efectos del derecho laboral, que la potestad de mando del empleador configura de suyo una textura abierta e indeterminada en su favor, que debe ser ponderada por el juez y, en este contexto, claramente la horizontalidad de derechos constituye una guía insustituible para la judicatura.

Es por ello que, aunque la horizontalidad de derechos fundamentales pueda tener reparos desde la "óptica del derecho privado", en el derecho laboral no ocurre lo mismo. Si, en definitiva, no es el juez quien valora estas situaciones será el empleador, por sí y ante sí, unilateralmente, quien modulará los derechos fundamentales del trabajador según sus propias convenencias, dada la relación de poder asimétrica existente en este vínculo.

Para el derecho del trabajo la aplicación directa de los derechos fundamentales resulta de toda lógica dado los intensos poderes que tiene el empleador sobre el trabajador. Se trata no sólo de poderes económicos sino también jurídicos, que nos permiten sostener que más que una eficacia horizontal entre iguales, es más bien una **eficacia diagonal** de los derechos fundamentales entre empleador y trabajador[24].

En efecto, el empleador tiene potestades y poderes directivos y sancionatorios muy importantes que en alguna medida lo asimilan al Estado[25].

El poder directivo puede ser definido como el conjunto de atribuciones del empleador en la relación de trabajo, en cuanto facultades atribuidas al titular de la organización productiva con el objetivo de ejercer una actividad económica[26].

Estas potestades, inseparables de cualquier ordenamiento laboral, constituyen en palabras de Lyon-Caen estándares o nociones de contenido variable e indeterminado[27].

[22] Venegas, op. cit. en nota 9, p. 89.

[23] Este autor indica: "En todos los ámbitos vitales que afectan a la suerte de la gran mayoría uniforme de individuos económicamente dependientes y no autónomos ha retrocedido la pretensión de vigencia del Derecho Civil y de su ideal jurídico. En la misma medida han avanzado hasta el primer plano los momentos colectivos y sociales como fuerzas determinantes del orden jurídico. Este desarrollo ha llevado, de manera especialmente clara por ejemplo en el Derecho del Trabajo, a que materias esenciales hayan escapado del ordenamiento jurídico obligatorio para todos los ciudadanos, a la formación de nuevos ámbitos jurídicos y, con ello, a la desintegración de la unidad del viejo sistema de Derecho Privado y de sus clásicos conceptos fundamentales". Ver Wieacker y otros citados por Hesse, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 72.

[24] La idea de una eficacia diagonal ha sido sugerida por la profesora Pamela Prado, en su tesis de Magíster en derecho, titulada "Reparación del daño moral ocasionado por el empleador al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo", Universidad de Chile, 2005 (inédita), p. 92, donde cita una sentencia española de 25 de septiembre de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que hace referencia a la **eficacia diagonal de los derechos fundamentales entre empleador y trabajador.**

[25] Sobre la noción de protección flexible y sus consecuencias, ver Gamonal Contreras, Sergio, *El daño moral en el contrato de trabajo*, 2ª edición, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 4 y ss.

[26] Valdés dal Ré, Fernando, "I Poteri dell'Imprenditore e la Persona del Lavoratore", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 49, año XIII, 1991, 1, p. 50.

[27] Lyon-Caen, Antoine, "Politique(s) Jurisprudentielle(s) et Droit du Travail: quelques Réflexions a partir de l' Experience Française", *Les Juges et le Droit Social* (sous la direction de Philippe Auvergnon), Burdeos, COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2002, p. 23.

Este poder directivo, caracterizado como un *contenido potestativo* propio del derecho del trabajo, alude al derecho que tiene el empleador en orden a dirigir y coordinar el trabajo de sus subordinados. Ocuparemos el término potestad siguiendo lo expuesto por Hohfeld a principios del siglo XX. Esta autor indicaba que una *potestad jurídica* se corresponde con una *sujeción*.

Un cambio o una enmienda en una relación jurídica puede provenir de uno o más hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos, o sea la persona que tiene una potestad puede efectuar un cambio en una relación jurídica en particular[28]. Una potestad implica que una persona es capaz de causar ciertos efectos jurídicos deseados[29]. La potestad es "una posición en la que se encuentra una persona cuando mediante una declaración de voluntad puede modificar la posición normativa (es decir, alguna de las normas aplicables) de otra"[30].



La potestad/competencia del empleador se encuentra estatuida directamente por el legislador, lo que justifica que la misma normativa laboral le imponga límites intensos. No es posible fundar el contenido potestativo en un supuesto consentimiento del trabajador al contratar laboralmente, dado que se trata de un contenido abierto, amplio e indeterminado que, por estas características, adolecería de objeto ilícito por constituir una especie de sujeción en blanco respecto de otro particular. "El hecho objeto de un acto o contrato debe ser también determinado; debe consistir en un hecho o una abstención precisa. No se comprendería un hecho o una abstención indeterminada, cualquiera, al arbitrio del deudor, como objeto de la obligación"[31].

[28]Hohfeld, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, traducción de Genaro Carrió, 5ª edición (publicado en inglés originalmente en 1913), México, Fontarama, 2001, pp. 67 y 68.

[29] Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 2005, p. 205.

[30]Atria, op. cit. en nota 18, p. 51.

[31]Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil*, parte general, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 274.

Por ende, la situación del derecho laboral es absolutamente excepcional. Este contenido potestativo comprende, a su vez, tres facetas distintas, a saber, la potestad de mando o dirección, la potestad de reglamentación y la potestad disciplinaria.

En consecuencia, este contenido potestativo tan intenso desequilibra la relación empleador/trabajador, sustrayéndola de una eficacia horizontal y colocándola más bien en el horizonte de una **eficacia diagonal de los derechos fundamentales entre particulares.**

4. Breves conclusiones.

El derecho del trabajo es un área realmente excepcional y no deja de sorprender a principios del siglo XXI.

Quizás lo más extraordinario se basa en que, en el fondo, la relación laboral es un vínculo de poder y en las democracias contemporáneas ese poder de un privado sobre otro amenaza los cimientos mismos de su existencia.

En sus orígenes las abiertas excepciones al principio de autonomía privada deben haber escandalizado a muchos civilistas. Ahora, la eficacia diagonal puede llegar a escandalizar a más de un constitucionalista, pero no cabe duda de que representa un paso fundamental en el respeto de la dignidad del trabajador.

El éxito de este avance dependerá de los nuevos jueces del trabajo, que deberán realizar un ejercicio de ponderación complejo pero no imposible. Y, quizás, aquí radica una de las mayores ambivalencias que acompañan al derecho laboral, aunque se reconozca la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador, a la vez se permite su modulación en el contrato de trabajo (basta leer el art. 485 inciso tercero del Código) y se reconoce en forma importante el poder del empleador.