Activismo judicial pro empleador en la era Lochner en USA

Recensión a Edouard Lambert: El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos (1ª edición en francés en 1921, Traducción de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010)

Por Sergio Gamonal Contreras

Esta obra del connotado profesor de derecho civil y comparatista francés fundador del Instituto de Derecho Comparado de Lyon, Edoard Lambert (1866-1947), no sólo es un libro sobre la conveniencia o inconveniencia de la discrecionalidad judicial y del control de constitucionalidad, como era observable a principios del siglo XX en Estados Unidos de Norteamérica, sino que también constituye un excelente resumen de los inicios de la denominada era Lochner[1] en la Corte Suprema norteamericana[2] (en adelante la Corte).

El autor repasa en once capítulos cómo desde fines del siglo XIX el activismo judicial de la Corte norteamericana la convirtió en el árbitro supremo de la política social y económica de ese país. Básicamente el análisis se desarrolla desde los años 1880 a 1920, fecha en la cual fue escrita esta obra.

Para poder contextualizar su estudio, dada las diferencias de sistema entre Estados Unidos y Francia, Lambert afirma que la supremacía política del poder judicial se ha efectuado a expensas del poder legislativo. Por ello esta historia

[1] El caso Lochner fallado en el año 1905 por la Corte Suprema de USA declaró la inconstitucionalidad de una ley de Nueva York que limitaba la jornada de trabajo en las panadería a no más de 10 horas diarias. Esta sentencia junto a muchas otras echó por el suelo los intentos de proteger al trabajador y a los sindicatos entre 1905 y 1937, fecha en que el gobierno de Roosevelt amenazó a la Corte en el sentido de que si declaraba inconstitucionales las nuevas normas laborales del *New Deal*, como la *Ley Wagner* de derecho colectivo, aumentaría el número de miembros de la Corte para contrarrestar su tendencia conservadora. Vid. Eliasoph, Ian H. (2000), "'A Swith in Time' per la Comunitá Europea? La Dottrina Lochner e la Rimodulazione dei Diritti Economici e Sociali in Europa", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 122, año XXXI, 2, pp. 308 a 315.

[2] El caso Lochner y su línea jurisprudencial hasta la década del 30, es considerado uno de los más escandalosos de la Corte norteamericana. Respecto de su nefasta influencia durante todo el siglo XX en numerosas materias más allá del derecho del trabajo, destaca el trabajo del constitucionalista Cass Sunstein (1987), "Lochner's Legacy", *Columbia Law Review*, Vol. 87, pp. 873 y ss.

Las críticas desde la perspectiva del derecho común no se hicieron esperar, por ejemplo, en el trabajo del Decano de Harvard Roscoe Pound, denunciando la falacia de suponer que empleador y trabajador se encuentran en igualdad negociadora. Vid. Pound, Roscoe (1908-1909), "Liberty of Contract", *Yale Law Journal*, 18, pp. 454 y ss.

tiene dos protagonistas que son el *common law* y el *statute law*. El common law o case law es la costumbre jurídica inglesa adaptada a las condiciones de la sociedad americana, por intermedio de los tribunales de justicia. Se trata de un derecho escrito en las sentencias de los jueces.

El staute law es el derecho estatuido por el poder legislativo, a través de las leyes. Lambert citando a Gray nos explica que en el derecho americano de principios del siglo XX los estatutos no encuentran su interpretación en sí mismos, sino con el significado declarado por los tribunales, otorgando primacía al common law. En ese sentido su fuerza o imperio tiende a ser menor que la de las clásicas leyes francesas o incluso inglesas.

Esta primacía de la interpretación judicial por sobre la letra del estatuto se había acentuado, además, por la popularidad del método de casos en las escuelas de derecho norteamericanas (propagado desde la facultad de derecho de Harvard). De esta forma, señala Lambert, la formación universitaria prepara a los abogados para ser auxiliares benévolos de la jurisprudencia en su rol de "defender el common law" de las opiniones contrarias contenidas en los estatutos.

El autor nos señala en el capítulo II que hasta el período de 1880-1883 el control judicial de las leyes, iniciado en 1803 en el famoso caso *Marbury contra Madison*, no era más que un simple control de competencia, o sea, un examen de la aptitud del legislador para tratar ciertos temas. Era una medida extrema, destinada a ser una excepción y frente a casos que no dejaran lugar a una duda razonable.

Lambert hace presente que otra vía interventora muy utilizada por los tribunales americanos son los poderes de "equidad". Esta jurisdicción de equidad permite dirigir "requerimientos" respecto de particulares o funcionarios públicos para que se abstengan de actuar o para que actúen de una determinada forma. Los tribunales, en los conflictos laborales y empresariales, hicieron uso frecuente de estos requerimientos, fenómeno denominado "gobierno por requerimientos", y que permitían a los tribunales limitar la aplicación administrativa de las leyes declaradas inconstitucionales.

En el capítulo III Lambert explica la finalidad que tuvo la enmienda XIV[3] a la Constitución norteamericana, en orden a tutelar a las personas de raza negra e impedir que los estados del sur, en forma enmascarada, mantuvieran la esclavitud por medio de las leyes de aprendizaje o vagabundeo. Este objetivo original de protección no se logró y, peor aún, la interpretación extensiva de la cláusula del debido

[3] Enmienda XIV sección primera: "1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos".

proceso construyó una compleja red de garantías de los derechos o situaciones adquiridas en contra de las "intrusiones" de los estatutos legislativos.

Es así como en 1897, por ejemplo, en al caso *Allgeyer contra Louisiana* se estableció que cualquier estatuto que restringiera o regulara la libertad de contratar de los particulares, podía ser considerado contrario a la enmienda XIV, si el obstáculo aportado al libre juego del *laissez-faire* económico no está fundado en una razón considerada suficiente por el Tribunal[4].

En el capítulo IV se explican los instrumentos de esta supremacía judicial, la cláusula del debido proceso, la prohibición de cualquier limitación a la libertad del ciudadano, incluyendo la libertad económica, la limitación de expropiación y de todo otro límite a la propiedad, y la prohibición de que las leyes menoscaben las obligaciones contractuales.

En el capítulo siguiente Lambert nos indica que esta expansión del rol de los tribunales coartando la política social y económica de los gobiernos ha redundado, obviamente, en un gran descrédito de la labor judicial. Por otra parte, este gobierno judicial ni siquiera se ha fundado en opiniones unánimes de la Corte, si no, en más de la mitad de los casos, en sentencias con mayoría simple, lo cual genera un manto de duda de si la ley era claramente y manifiestamente inconstitucional.

En este contexto, han asumido gran importancia las opiniones disidentes. Por ejemplo, la disidencia del juez Holmes en el caso Lochner[5], que declara la inconstitucionalidad de una ley de Nueva York que limita a 10 horas diarias el horario de las panaderías (5 votos a favor y 4 en contra). Holmes indica que la opinión de mayoría se funda en una concepción muy discutible de libertad. Señalaba al respecto: "Si se tratara de saber si apruebo esta teoría económica, desearía estudiarla a fondo y durante bastante tiempo antes de formarme una opinión. Pero yo no puedo imaginarme que sea mi deber, pues estoy convencido de que mi aprobación o mi desaprobación no tiene nada que ver con el derecho de una mayoría a incorporar sus opiniones en una ley. La enmienda XIV no se pronuncia sobre la 'estática social' de Herbert Spencer. Una Constitución no está destinada a incorporar una teoría económica en particular, ya sea la teoría del paternalismo o la de la relación orgánica de los ciudadanos en el Estado o la del *laissez-faire*. Está hecha para un pueblo de opiniones fundamentalmente diferentes"[6].

En el capítulo VI comienza un relato que a veces parece de terror o de realismo mágico. En una exposición clara y contundente Lambert reconstruye como en la

[4] Se declaró la nulidad de una ley de Louisiana que prohibía celebrar contratos con las compañías extranjeras de seguros que no se ajustaban a las leyes del Estado.

[5] Vid. nota 1.

[6] *Lochner contra Nueva York*, 198, *US*, N° 128, p. 45 citado por Lambert, Edouard (2010), *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Madrid, Tecnos, p. 75 (subrayados en el original).

Corte norteamericana y en la mayoría de las Cortes Supremas de los estados de la unión, la legislación social fue declarada inconstitucional por limitar la libertad contractual de las partes. Es así como legislación sobre jornada de trabajo, prohibición del *truck system* (pago por bonos), limitaciones al trabajo infantil, accidentes del trabajo y otras, democráticamente legisladas, caen por obra y magia de los tribunales superiores de Norteamérica.

En materia colectiva las declaraciones de inconstitucionalidad no se hicieron esperar. En 1908 en *Adair contra United States* se anula una ley que prohibía a las empresas de transporte de personas despedir a un trabajador por causas de su afiliación sindical. En 1915, en el caso *Coppage contra Kansas* se declaró la nulidad de una ley de Kansas que prohibía a cualquier empleador exigir a sus empleados o a los que le solicitaran trabajo, la promesa de no afiliarse a un sindicato o de no continuar su afiliación. En *Hitchman Coal and Coke c° contra Mitcheel an al* no sólo reafirmó el criterio de que el empleador puede mantener su fábrica bajo el tipo de *non union shop* (casa cerrada a los sindicatos), sino que además validó una orden judicial a los dirigentes del sindicato para que rebelaran qué trabajadores se habían adherido a pesar de haber prometido a sus empleadores no afiliarse a un sindicato.

En el capítulo siguiente Lambert nos retrata la indignación popular que surgió de esta línea jurisprudencial limitativa de la legislación social. Una de las soluciones que se discutió fue el *recall* o revocación por los electores antes de la expiración del mandato. O sea, contemplar la posibilidad de que un número de firmas de electores solicite al cuerpo electoral apreciar si conviene o no mantener a los jueces en funciones.

Este *recall* de los jueces fue introducido por primera vez en la Constitución del Estado Oregon en 1908 y luego en California en 1911 y después en las de Colorado, Arizona, Nevada y Kansas. Luego se detuvo la expansión de estas reformas.

En 1911 se propuso también el *recall* de las decisiones judiciales. Ya no se trataba de revocar a los jueces, sino que fuera el voto popular el que resolviera los conflictos entre el poder legislativo y el judicial.

Estas ideas en definitiva no prosperaron y Lambert señala que el gobierno de los jueces se consolidó (cap. VIII).

Otra forma de control judicial sobre la legislación, por parte de la Corte norteamericana, fue por medio de la vía interpretativa (cap. IX). Como ya se expresó, este autor nos aclara que en los Estados Unidos de principios del siglo XX, a diferencia de Francia, la regla era el *common law* y lo anómalo el estatuto.

De lo anterior se deduce que los estatutos o leyes derogatorios del *common law* deben ser interpretados restrictivamente[7]. Por ejemplo, nos comenta Lam-

[7] Obviamente, en la actualidad, la situación es bastante más compleja aunque se sigue discutiendo mucho acerca de la interpretación de las leyes frente al *common law*. Por ejemplo, las

bert, así ocurrió con la legislación contra los trusts, Sherman Act y Clayton Act, destinada a los grandes capitalistas que podían ejercer un monopolio o control sobre una rama de la industria o del comercio nacional. Estas legislaciones, de a poco, fueron flexibilizadas en su interpretación, primero para centrarlas sólo en los trusts "malos", luego eliminando la presunción de ilegalidad que recaía sobre las uniones de empresas preponderantes, para terminar incluso afirmando que una confabulación inicial con el objetivo de destruir la competencia no bastaba para hacerla caer bajo el peso de la Ley Sherman, si estas tentativas se habían interrumpido antes de provocar perjuicios. Y toda esta evolución termina liberando a las grandes corporaciones norteamericanas y, en un juego del absurdo, la Corte termina aplicando estas leyes anti trusts a los sindicatos! Sí, leyó bien, a los sindicatos, considerados verdaderos carteles de "venta de trabajo" con miras a aumentar el precio de su mercancía y restringir en la misma proporción la libertad del comprador de mano de obra, cerrando mercado a todos los "vendedores independientes de trabajo". Esta tesis fue utilizada para reprimir huelgas y boicots[8].

Esta aberración llevó al legislador federal a introducir enmiendas en la Clayton Act en 1914, declarando en la sección 6 que "el trabajo de un ser humano no es una mercancía o un artículo de comercio", precisando que ninguna de las disposiciones de la Clayton Act puede ser interpretada como que prohíbe las organizaciones de trabajadores o su funcionamiento, y que estas organizaciones no podrían ser consideradas como coaliciones al tenor de la ley Sherman.

Por otra parte, en la sección 20 de la Clayton Act se buscó proteger la actividad sindical estatuyendo que los tribunales federales no aceptarían requerimientos (órdenes judiciales) en un asunto pendiente entre patronos o empelados, o entre personas empleadas y las que buscan empleo, si el litigio se refiere a los términos y condiciones de empleo, a menos que sea necesario para prevenir un daño irreparable a la propiedad o al derecho de propiedad, contra el cual no haya un remedio adecuado en el *common law*.

No obstante, este conflicto termina mal para el legislativo y los trabajadores. La Corte norteamericana dejó inaplicadas estas reformas interpretando extensivamente la frase: "a menos que sea necesario para prevenir un daño irreparable a la propiedad o al derecho de propiedad, contra el cual no haya un remedio adecuado en el *common law*". Todo conflicto laboral incide en los intereses económicos de los

---

cortes suelen tener bastante deferencia con la interpretación administrativa de los estatutos, como destaca el Juez Supremo norteamericano Breyer. Vid. Breyer, Stephen (2011), *Making our Democracy Work*, Nueva York, Vintage Books, pp. 110 y ss.

Para una perspectiva más conservadora, puede consultarse el libro del Juez Supremo Scalia en coautoría con Garner. Vid. Scalia, Antonin y Garner, Bryan (2012), *Reading Law: The interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson/West, pp. 364 y ss.

[8] *Loeve contra Lawlor*, 1908 y *Bucks Stove and Range C° contra Gompers* en 1911.

patronos y, en definitiva, en su propiedad. La interpretación pro patrono alcanzó incluso para prohibir a los sindicatos ejercer su propaganda de reclutamiento de trabajadores...[9].

Dentro de los paliativos (cap. X) al control judicial de las leyes, se propuso en Norteamérica el uso de opiniones consultivas, o sea que los tribunales procedieran al control de constitucionalidad antes de que las leyes se aprobaran. Pero el problema era la duda acerca de la fuerza posterior de esta opinión. Más aún si se considera que la opinión consultiva sería en abstracto y no frente a un caso concreto.

Otra opción que tampoco prosperó fue el hacer juicios previos, donde la Corte diera a conocer el correcto alcance de los derechos y obligaciones de las partes.

Lambert hace presente que la estrategia del gobierno norteamericano frente a este verdadero gobierno indirecto de la Corte suprema fue el orientarse a la aplicación administrativa de las leyes. En ese contexto crea en 1914 la *Federal Trade Commission* para investigar a las corporaciones monopólicas. Esta comisión tiene facultades cuasi jurisdiccionales, de primera instancia, sin perjuicio de que la ejecución forzada de sus órdenes se realiza por medio de homologación judicial. Luego de este primer grado de jurisdicción, la comisión juega un segundo rol de experto técnico impuesto a los jueces en las instancias de apelación.

Este deslizamiento hacia la aplicación administrativa es aplicado también en los accidentes del trabajo, incluso en casos excepcionales otorgando una competencia final a las comisiones (no sólo de primera instancia).

Luego esta tendencia alcanzará a todos el conjunto de la legislación obrera y social. El poder legislativo de varios estados de Norteamérica estableció comisiones de bienestar industrial u oficinas de trabajo que no sólo cumplían el rol de inspección administrativa, sino también al función de decretar reglamentos sobre duración de las horas de trabajo, salarios mínimos u otras cuestiones similares de política industrial, además de ejercer una especie de jurisdicción de primera instancia sobre las infracciones a los reglamentos y sobre los conflictos que los mismos provocan entre particulares.

El prestigioso jurista, privatista y decano de Harvard, Roscoe Pound, citado por Lambert, señalaba al respecto que la aplicación administrativa del Derecho tiende a sustituir la justicia mecánica y ciega basada en el juego automático de las reglas, de principios y de conceptos legales, por una justicia que juzga los actos individuales a la luz de una serie de estándares, o sea, de medidas medias de conducta social correcta, análogas a los estándares de origen romano como el del buen padre de familia o el del administrador diligente[10]. Estos estándares no pueden ser definidos en forma abstracta, con métodos exactos y ciertos de lógica legal y, por ende, no se pueden aplicar más que por manos expertas y no por máquinas legales, y de ahí la

[9] *Hitchman Coal and Coke Co. contra Mitchell* y *Eagle Glass and Mfg C° contra Rowe*.

[10] Lambert (2010), pp. 225 y 226.

necesidad de confiar su manejo a personas con una larga experiencia en los actos de comportamiento social que se trata de juzgar y reglamentar, lo que generó la aparición de la justicia dispensada por comisiones administrativas.

Pound vislumbra que con estos cambios en el derecho, desde una vieja justicia legal, mecánica y represiva a una justicia social más flexible y preventiva, se consagraría la supremacía del Ejecutivo por sobre el poder Judicial y el Legislativo. No obstante, Lambert se muestra escéptico, recordando numerosos casos en los cuales sigue primando en Estados Unidos el "gobierno de los jueces", empujando al estado Norteamericano a ocupar vías oblicuas o subterráneas para desarrollar su política social. Un caso paradigmático fue el trabajo infantil, luego de que los tribunales de Estados Unidos declaran la inconstitucionalidad de la *Child Labor Law*, lo que forzó al gobierno a exigir a sus proveedores la observación de estas reglas si deseaban ser suministradores del Estado. O sea, si una empresa deseaba contratar con el Estado Norteamericano, debía respetar los estándares de prohibición y regulación del trabajo infantil, aunque la ley respectiva hubiera sido declarada inconstitucional. Además, precisa Lambert, las mayoría de las leyes que estatuyen jurisdicciones administrativas contemplan la posibilidad de recurrir de apelación de estas decisiones ante los tribunales, lo que permitió que estos estatutos fueran declarados constitucionales. Por último, al autor francés recuerda que el mismo Pound indicaba que los tribunales también ocupan estándares, sobre todo, en materia constitucional, como la cláusula de debido proceso o el estándar de limitaciones de utilidad pública a la propiedad e industria, y que, a diferencia de los expertos administrativos, son desarrollados con plena libertad y sin control.

En el último capítulo Lambert nos da algunas ideas de las lecciones que se pueden extraer de la experiencia americana. Si bien los jueces pueden ser buenos guardianes del orden moral existente, cabe recordar que los tribunales reflejan la mentalidad media de la profesión jurídica, que en todos los tiempos y lugares a ha sido la mentalidad más conservadora y menos permeable a las reformas.

Sin duda lo anterior constituye un peligro y un riesgo político para cualquier sociedad. Lambert cita cómo tanto las constituciones de principios del siglo XX de Australia como de Canadá no contenían declaraciones de derechos con el fin de evitar un deslizamiento hacia un gobierno de los jueces. El autor francés se muestra escéptico de que un sistema tal, al tenor de lo descrito en su documentada obra, deba instaurarse en Francia.

El acápite 2 de este capítulo final de la obra, se aboca al valor informativo de los estatutos americanos para los cultores del derecho comparado. Es un párrafo interesante y dedicado al método comparativo. Con todo, resulta descontextualizado respecto del cuerpo central del libro que comentamos. Podría haber figurado como un apéndice del mismo, pero no como la segunda parte y final del último capítulo.

La obra de Lambert que hemos resumido en los párrafos anteriores constituye un excelente aporte y asume gran novedad a pesar de haber sido escrita en 1921.

No sólo en Chile sino también en el mundo se discute la conveniencia de que existan tribunales constitucionales[11]. Más aún en nuestro caso donde nuestro tribunal constitucional tiene excesivas atribuciones y se muestra bastante poco deferente con el poder legislativo. Más aún si se considera que en nuestro sistema abundan los quórums calificados; pero, en el tribunal constitucional, basta una mayoría simple para derribar una ley que puede tener gran consenso ciudadano y parlamentario. O sea, en Chile estamos exactamente al revés, debiéramos tener quórum de simple mayoría para legislar y calificado o unánime para que el tribunal constitucional pudiera revertir una decisión legislativa democrática.

Con todo, nos interesa reflexionar acerca de este activismo judicial pro empleador en la Corte suprema norteamericana. La era Lochner finalizó en 1937[12] y aún sonroja a muchos. Es considerado un período vergonzoso de la historia de lo Corte norteamericana. En la actualidad, aunque la Corte norteamericana tiende a ser conservadora y pro empresa[13], es deferente con las administraciones laborales e incluso aplica (sin mencionarlo) el criterio *in dubio pro operario*[14].

¿Tenemos una era Lochner local en Chile con la cuarta sala de la Corte Suprema? Sin duda hay elementos similares (vid. los comentarios en el N° 1 y en el ejemplar actual de esta Revista): el desprecio por el trabajador.

Claro que hay diferencias. Primero. La mayoría de la Corte (salas civil, constitucional y penal) es respetuosa del derecho del trabajo cuando tangencialmente debe hacer referencia al mismo. Segundo. Como Chile responde a un sistema continental y no de precedente judicial, el peso de esta jurisprudencia es menor. Son numerosos los fallos de primera instancia y de cortes de apelaciones que sí cumplen con los principios del derecho laboral, y con las normas constitucionales, internacionales y legales que debieran proteger al trabajador en Chile. Tercero. El Tribunal Constitucional ha dejado en claro que el principio de protección es de rango constitucional en Chile. Cuarto. La doctrina laboral, salvo excepciones, está conteste en lo desastroso de esta jurisprudencia de la cuarta sala.

---

[11] Quizá la objeción más importante está dada por el argumento contramayoritario, vid. Waldron, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005.

[12] Vid. nota 1.

[13] Consultar el excelente trabajo de Epstein, Landes y Posner analizando la tendencia mayoritariamente pro empresa y pro negocios de la Corte Suprema norteamericana en los últimos 50 años. Vid. Epstein, Lee, Landes, William M., Posner, Richard (2013), "How Business Fares in the Supreme Court", *Minessota Law Review*, volumen 97, pp. 1431 y ss.

[14] Por ejemplo, en los casos recientes denominados *NLRB contra Washington Aluminion* o *Kasten contra Sait-Gobain Performance Plastics Corp*, o *IBP, Inc. contra Álvarez*. Vid. Gamonal C., Sergio y Rosado Marzán, César (2013), Protecting Workers as a Matter Principle: A South American View on U.S. Work Law, trabajo inédito.

¿Se podría intentar un *recall* de los jueces de la cuarta sala o de sus decisiones? No según la descripción de Lambert. El mecanismo institucional chileno es la acusación constitucional por notable abandono de deberes. Sin duda, el tenor de las sentencias (contra ley expresa en reiteradas ocasiones), podría configurarse una acusación. Los sindicatos, la CUT por ejemplo, podrían sugerir esta vía y los parlamentarios, a lo menos aquellos que se dicen preocupados de los trabadores y de los chilenos, podrían seguirla.