

DERECHOS DE CIUDADANIA Y EMPRESA: APUNTES PARA UNA CONFIGURACION DOGMATICO-JURIDICA *

El presente estudio está estructurado en dos partes: la primera, relativa al examen de la teoría del efecto frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) como un supuesto ineludible para la comprensión del fenómeno; y, la segunda, referida a la problemática concreta y específica de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

I LA EFICACIA *INTER PRIVATOS* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El nacimiento y surgimiento de la «idea» de los derechos fundamentales en su acepción y conformación actual, tiene lugar, desde una perspectiva histórica, en el «tránsito de la edad media a la modernidad»¹. La primera fase de esta transformación, la constituye el proceso de *positivación* (plasmación jurídico-normativa) de los derechos fundamentales que se desarrolla a partir del siglo XVII en Inglaterra (*la Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus* (1679), el *Bill of Rights* (1689) y del siglo XVIII en EE.UU. (la *Declaración de Independencia* (1776) y el *Bill of Rights del Buen Pueblo de Virginia* (1776)), y en Francia (la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) y la primera Constitución francesa de 1791). Es en este contexto histórico y político, en donde cobra vida la expresión «*droit fondamentaux*»².

Como bien nos recuerda Böckenförde, «para la teoría liberal (del Estado de Derecho burgués) (...) los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado»³. Con ellos, se pretende asegurar para el ciudadano espacios de libertad; pero eso sí, siempre frente al Estado, con un carácter exclusivamente unidireccional.

En la primera mitad del siglo XIX, impulsada por el positivismo jurídico, se produce la paulatina y gradual relativización del contenido iusnaturalista de los derechos⁴, reemplazándose la fundamentación de los derechos y libertades, que antes descansaba en elementos metafísicos, extramuros del Estado, por una fundamentación positiva de los mismos que arranca del sistema jurídico mismo. En este contexto, surge la teoría germana de los *derechos*

* CHRISTIAN MELIS VALENCIA, Abogado Universidad de Chile, Doctorando en Derecho del Trabajo Universidad Complutense de Madrid

¹ AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 175. En este mismo sentido, GREGORIO PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1999, pp. 113 y ss.

² ANTONIO E., PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, 1998, p. 29.

³ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 48

⁴ ANTONIO E., PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 37

públicos subjetivos ⁵, obra de la escuela alemana de Derecho público. Para Jellinek, su principal exponente, el sujeto privado es poseedor de una serie de *status* que importan «una relación con el Estado que califica» su posición jurídica y que le ponen en diversas «situaciones» respecto de éste y de las que se derivan pretensiones jurídicas ⁶, esto es, un «haz de facultades del *cives* frente al Estado» ⁷. A estas pretensiones se les denomina derechos subjetivos públicos, remarcando con ello el carácter unidireccional que tienen esas pretensiones.

1. La *Drittwirkung der Grundrechte*

El reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado supone que éstos rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones *iusprivadas* ⁸, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia *horizontal* o *pluridireccional*.

⁵ Como recuerda JOSÉ MARÍA BILBAO UBILLOS esta doctrina «no es sino la transposición a la esfera del Derecho público de la noción de Derecho subjetivo acuñada en el Derecho privado». (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, BOE/CEPC, Madrid, 1997, p.234).

⁶ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, p. 248. Jellinek distinguía cuatro *status*: «status subiectionis» (pasivo), «status libertatis» (negativo), «status civitatis» (positivo), «status activae civitatis» (activo).

⁷ JUAN LOPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 18.

⁸ El grado o intensidad de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* ha sido un problema arduo y espinoso que ha ocupado hasta nuestros días a buena parte de la doctrina europea. Por una parte, están aquellos (Forsthoff, Favre, Aubert y Rogel) que niegan esa vigencia, manifestando que ella representa una perniciosa influencia para el tráfico privado; como si los derechos fundamentales fuesen un verdadero cáncer que se expande y carcome los cimientos más elementales del Derecho civil, y que, cual «caballo de Troya», acabará con la libertad contractual y la seguridad jurídica. En definitiva se oponen a que la regla decisoria de los litigios se traslade a la sede constitucional, en donde, la autonomía de la voluntad cede en pos de la tutela, la protección y los límites. Y por otra, aquellos que se inclinan por aceptar que alguna influencia han de ejercer en las relaciones privadas los derechos fundamentales, aunque con diversos matices en función de la determinación del sujeto destinatario de los preceptos normativos referidos a los derechos fundamentales, ¿es el legislador, los jueces o lo son también los individuos privados?.

Así, nos encontramos, en primer lugar, con los partidarios de la «eficacia mediata» (*mittelbare Drittwirkung*) (Günter Dürig y Jurgen Schwabe), para quienes la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* debe llevarse a cabo de una manera indirecta o mediata, filtrándola a través de las normas de derecho privado y modalizándola a través de los valores que se encuentran detrás de los derechos fundamentales y que han de informar todo el ordenamiento jurídico incluyendo al Derecho Civil. Esta influencia ha de verificarse, sea mediante la concreción legislativa —*intermediación del legislador democrático*— del alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados; o bien, en virtud de la labor interpretativa —*intermediación del juez*— de las normas de Derecho privado que contienen derecho necesario, en particular de las *cláusulas generales*. En segundo término, están los que asumen la «eficacia inmediata» de los derechos fundamentales (*unmittelbare Drittwirkung*) al considerar a éstos como derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, oponibles *erga omnes* sin necesidad de mediación alguna.

De esta manera, asumiendo por cierto la teoría de la «eficacia inmediata», se concluye que la función de los derechos fundamentales ha de ser la de fijar ciertos límites al poder, sea éste público o privado. La norma decisoria del conflicto, como «razón primaria y justificadora», ha de ser la constitucional y no la legal, como en definitiva propugna la eficacia mediata (JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, p. 327).

La teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* ⁹ (efecto frente a terceros de los derechos fundamentales), que como expresa Igno Von Münch es «sin duda uno de los descubrimientos jurídicos más interesantes de los tiempos modernos» ¹⁰, es elaborada a mediados del siglo XX en Alemania ¹¹ inicialmente por Hans Carl Nipperdey ¹² y asumida, primero, por la jurisdicción laboral —Nipperdey fue presidente del Tribunal Laboral Federal desde 1954 a 1963—, y luego por el Tribunal Constitucional alemán ¹³.

A partir de este momento, se empieza a producir una progresiva pero decidida influencia del Derecho constitucional sobre el Derecho privado ¹⁴, de forma tal que, para bien o para mal, los litigios *inter privatos* no se resolverán en base únicamente a las reglas del Derecho civil sino que, ahora también, tomando en consideración los derechos fundamentales ¹⁵.

La *Drittwirkung der Grundrechte* reconocerá como factores explicativos de su nacimiento y, por lo mismo, del cambio de orientación y el abandono de la teoría de los derechos subjetivos públicos, en primer lugar, el creciente surgimiento y desarrollo de los *centros de poder privado* que ejercen cuotas significativas de *poder* y que influyen e inciden en el desarrollo de las libertades de los individuos, «el poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad» ¹⁶; son los mismos sujetos o las organizaciones creadas al amparo del Derecho privado los que también pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades ¹⁷; amenaza, que en no pocas oportunidades se presenta más peligrosa para los

⁹ El término «Drittwirkung», es obra de H. P. Pisen, en 1954 (JOSE MARÍA BILBAO UBILLOS, op. cit., p. 271, nota nº 85)

¹⁰ IGNO VON MÜNCH, «Drittwirkung de Derechos fundamentales en Alemania» en PABLO SALVADOR CODERCH (coord.) *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997, p. 29

¹¹ La Alemania de la post guerra, atormentada por las terribles consecuencias del régimen nazi, sobre todo en el campo de las violaciones de los derechos humanos, es un terreno propicio para la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Con la idea de superar estos traumas y de prevenir cualquier experiencia parecida a la vivida, el constitucionalismo alemán se abocará con particular ahínco y rigor científico a la problemática de los derechos fundamentales (Ibid., p. 30)

¹² JESÚS GARCÍA TORRES Y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986, p. 21

¹³ Este reconocimiento parte en la conocida sentencia *Lüth-Urteil* (1958): que versaba sobre la valoración del derecho a la libertad de expresión para *Lüth* (presidente del Club de la Prensa de Hamburgo), originado por sus declaraciones (carta abierta a la prensa) en contra de un director cinematográfico (*Harlan*) que exhibía una película en el festival de cine de 1950, motivada por las actividades de éste durante el régimen nazi (JESÚS GARCÍA TORRES Y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, op. cit., p. 26). Aunque en esta aplicación, el Tribunal Federal introduce el concepto de *eficacia mediata* de los derechos fundamentales, alterando el sentido inicial en el que fue concebida.

¹⁴ Como acertadamente comenta IGNO VON MUNICH, con el devenir de los años, «la *Drittwirkung* (*made in Germany*) se ha convertido en un artículo de exportación jurídica» (op. cit., p. 30).

¹⁵ KONRAD HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, p. 59. En este sentido, aunque refiriéndose al «principio de constitucionalidad del ordenamiento jurídico» —carácter normativo de la Constitución española—, Molina Navarrete dirá que «el Derecho privado, en cuanto forma parte de este todo unitario que es el ordenamiento jurídico, ya no puede entenderse inmune, en ninguna de sus ramas ni de sus instituciones (...) a la acción conformadora de los principios y derechos constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales» (CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE, «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. (El paradigma de la «Drittwirkung» laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)», *RTSS*, núm. 3 (julio-septiembre 1991), p. 66).

¹⁶ JOSE MARÍA BILBAO UBILLOS, op. cit., p. 242

¹⁷ El Estado puede mirarse en este contexto, como un «sujeto especial (o materialmente más fuerte)» al que se le opone la libertad (derechos fundamentales) como contrapeso, pero no en forma exclusiva, existiendo «otros posibles sujetos de una

derechos fundamentales que el poder público mismo ¹⁸. En segundo término, el *tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho*, en cuya virtud se «pretende superar —el— desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real» ¹⁹, proponiendo a este respecto un nuevo orden que conjugue la libertad con la igualdad, mirada ésta como supuesto imprescindible de toda libertad en su sentido material. Por último y como marco doctrinal, la *teoría de los valores* (*Wertheorie*), también de origen alemán, que encuentra en la *teoría de la integración* de Rudolf Smend ²⁰ su punto de partida y en la *filosofía de los valores* y la «idea material de valor» desarrollada por Max Scheler y Nicolai Hartmann, su especificación y evolución ²¹. Los derechos y libertades contenidos en la Constitución se conciben de esta manera «como un orden objetivo de valores» ²², capaces, como veremos, de informar el conjunto del ordenamiento jurídico y de convertirse en catalizadores de la construcción de un sistema ético-social compatible con una sociedad democrática y pluralista. Los derechos fundamentales tendrán en ese fundamento valorativo el modelador de su contenido. Se trata, de una «decisión axiológica (*Wertenscheidung*) que —la— comunidad adopta para sí misma» ²³. De este modo, la teoría de los valores jugará un papel protagónico en la vertebración de los derechos fundamentales como normas objetivas, impregnadas y delimitadas por valores; como dirá Nipperdey, de su «propiedad como Derecho constitucional objetivo, vinculante» ²⁴.

relación jurídica materialmente más fuerte», los que también han de estar vinculados por las libertades públicas (JUAN LOPEZ AGUILAR, op. cit., p. 50).

¹⁸ ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 314. En la misma línea, LUIS PRIETO SANCHÍS señala que «es evidente que gigantescos grupos privados ejercen un poder de hecho no menos amenazador que el del Estado, convirtiendo en pura ilusión la teórica igualdad de las partes y la no menos teórica autonomía de la voluntad» (*Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 209).

Por su parte, BÖCKENFÖRDE resaltando la «dilatada red de aseguramientos y medios de defensa del Estado de Derecho» que tiene a su disposición el individuo para hacer frente a la potencial amenaza —nunca se puede descartar una violación que tenga su origen en el poder estatal— del poder público, afirma que «El poder estatal ha perdido así sustancialmente su aspecto terrorífico y amenazador para el ciudadano» («Aseguramientos de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema», en op. cit., p. 84)

¹⁹ JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, op. cit., p. 263

²⁰ Los derechos fundamentales «fijan valores fundamentales de la comunidad» en los cuales los sujetos o los ciudadanos se «integran objetivamente» en una manera de ser, como «un pueblo de idiosincrasia nacional». (ERNST- WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Teoría e interpretación ...», en op. cit., p. 57). Smend entendía que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución de Weimar, debían interpretarse en un sentido integrador y, por lo mismo, con una significación conductora de todo el sistema jurídico-político, labor que, por tanto, se transformaba en una «interpretación axiológica» de los derechos fundamentales (ANTONIO PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos ...*, op. cit. p. 298)

²¹ ERNST- WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental», en op. cit., p. 105. Se edifica así, «una teoría de los derechos fundamentales que los concebía como normas éticas objetivas, expresión inmediata del Derecho Natural» (ANTONIO PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos ...*, op. cit. p. 299)

²² *Ibid.*, p. 298

²³ ERNST- WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Teoría e interpretación ...», en op. cit., p. 57

²⁴ H.C. NIPPERDEY, *Grundrecht und Privatrecht*, en Fshr. f. E. Molitor, Munich/Berlin, 1962, p. 24 (cit. por ROBERT ALEXI, op. cit., p.512).

2. La *Drittwirkung der Grundrechte* en Chile

En la Constitución chilena no existe un reconocimiento expreso de la eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales en las relaciones *iusprivadas*²⁵; no obstante, se puede sostener que tampoco existe apoyo para afirmar tajantemente lo contrario²⁶. Con todo, me parece que existen argumentos normativos suficientes para proclamar dicha eficacia inmediata²⁷.

A mi entender en el artículo 6º, inciso 2 de la Constitución, que al efecto señala «Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos grupos como a toda persona, institución o grupo», se encuentra el más seguro y sólido argumento para respaldar dicha eficacia directa. En la aludida norma se contiene la obligación de los ciudadanos —y también de los poderes públicos— de someterse a la Constitución —«principio de vinculación directa de la Constitución»²⁸—; es decir, se vincula directamente a los individuos privados al contenido de la Constitución, del cual forma parte, en un lugar de privilegio, la normativa sobre derechos fundamentales sin necesidad de desarrollos legislativos ulteriores²⁹. Esta cualidad —autosuficiencia de la norma fundamental—, es un criterio primordial en el constitucionalismo moderno, como dice el Tribunal Constitucional español —en referencia al artículo 14 de la Constitución española que se refiere al derecho a la no discriminación—: «... la discriminación no nace de su enfrentamiento con el artículo 17 del Estatuto —norma de desarrollo legal de la discriminación en materia laboral— y sólo desde su promulgación, sino que la situación (...) es discriminatoria *ex Constitutione*, esto es por su oposición al artículo 14 de la Constitución ...» (STC 7/83, de 14 de febrero [f.j. 2]) La Constitución en el referido artículo 6º, inciso 2º, establece quiénes deben cumplir los preceptos constitucionales, optando claramente por una *vinculación* que abarca tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, de manera tal que la pretendida eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* se ve reforzada, desde una perspectiva material, en la propia Constitución³⁰. Se afirma

²⁵ A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, como es el caso de la Constitución portuguesa de 1976, que en su artículo 18.1, establece en forma expresa la vinculación de las entidades públicas y *privadas* a las normas sobre derechos fundamentales.

Para una visión de lo que ocurre con la *Drittwirkung* en el Derecho comparado vid. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, op. cit., pp. 329 y ss.

²⁶ Invirtiendo los términos del análisis —refiriéndose a la Constitución española de 1978—, BALLARIN IRRIBAREN sostiene que no existe «base textual» en la Constitución para sostener la vinculación de los derechos fundamentales sólo respecto de los poderes públicos (en Recensión al libro de J. García Torres y A. Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. «La Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, REDC, nº 24 (1988), p. 289).

²⁷ En igual sentido LUIS LIZAMA PORTAL y JOSÉ LUIS UGARTE, para quienes en nuestro país la teoría de la *Drittwirkung* «ha sido recepcionada innominadamente», no existiendo controversia desde la dictación de la Constitución de 1980 (*Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Conosur, Santiago, 1998, p. 157)

²⁸ MARIO VERDUGO M., EMILIO PFEFFER U., Y HUMBERTO NOGUEIRA A., *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 132

²⁹ MANUEL ALONSO OLEA, dirá que la Constitución —refiriéndose a la Constitución española— se erige a sí misma como «fuente directa del Derecho» «normando inmediatamente para —los— ciudadanos ... » (*Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1990, p. 20).

³⁰ Desde el punto de vista de los deberes dimanantes de esta vinculación —siempre referida al caso español, pero que en lo que concierne a este punto es perfectamente extrapolable al caso chileno—, BILBAO UBILLOS precisa que dicha vinculación es distinta según se trata de sujetos privados o públicos, una y otra no tienen una «misma intensidad». Los primeros —sujetos privados— están afectos, al igual que los poderes públicos, al «deber general negativo» que impone

pues, el carácter normativo de la Constitución, aplicable directamente a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción ³¹.

Estas afirmaciones cobran aún más fuerza, si se analiza el tema desde la perspectiva de su tutela jurisdiccional. En efecto, como bien sabemos, los derechos fundamentales (a los que se refiere el artículo 20 de la Constitución) son amparables por el Recurso de Protección. En dicho recurso el sujeto agresor puede ser tanto un sujeto público como uno privado ³². De manera tal, que a diferencia de lo que ocurre en el caso alemán o español ³³, en el chileno, procesalmente con un sistema de tutela constitucional sorprendentemente más avanzado ³⁴, no existe inconveniente alguno para la consabida eficacia directa de los derechos fundamentales frente a particulares; aunque eso sí, teniendo presente que el sistema de protección constitucional si bien es desde el punto de vista procesal progresista, desde la perspectiva material es todavía

la obligación de inhibición de toda forma de entorpecimiento de los derechos de otros. En cambio, los segundos, no sólo están afectos a este deber, como hemos visto, sino también y muy especialmente al «deber general positivo» que implica la obligación de promover el goce de los mismos (op. cit., p. 352).

³¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, p. 63.

³² A esta conclusión llegan los profesores VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA, recurriendo al análisis de la génesis del texto constitucional: Al respecto, citan las palabras, primero de Enrique Evans: «Toda persona puede ser perturbada en el legítimo ejercicio de los derechos ¿Por quién? La Constitución no dice nada, porque el perturbador puede ser cualquier autoridad o particular»; y en segundo término, las de Enrique Ortuzar: «Si no se dice nada, se entiende que naturalmente puede tener lugar cualquiera que sea el origen de la perturbación o de la prohibición» (Sesión 214, de la Comisión de Estudio, pp. 19-20) (op. cit., p. 340)

³³ En dichos ordenamientos, sólo se contempla la posibilidad de tutela constitucional —*Verfassungsbeschwerde* y Recurso de Amparo, equivalentes a nuestro Recurso de Protección— frente a violaciones de derechos fundamentales que provengan de los poderes públicos. Esta limitación ha llevado a idear fórmulas doctrinales y jurisprudenciales (*teoría de interiorización judicial del conflicto*, en virtud de la cual se entiende que el tribunal ordinario al no amparar al sujeto privado frente a la violación de un derecho fundamental producida por otro particular, hace propia dicha violación y por esa vía —al ser una violación de un poder público— se logra el acceso a la tutela constitucional) que indirectamente permiten brindar esa protección, a veces incluso, bastante más allá de lo que el propio texto constitucional pareciera permitir.

³⁴ Se trata de la «tercera etapa» en la evolución de esta tutela, a la que el profesor CARLOS PEÑA GONZALEZ denomina «eficacia directa de la Constitución», aunque para él es entendida mas bien como la «versión procesal de la *Drittwirkung*» («La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno» en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (serie publicaciones especiales) n° 6: *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, (septiembre 1996), pp. 661 y ss). Para mí, el problema procesal es un problema accesorio, en cuanto a que es perfectamente posible pensar en la *Drittwirkung* inmediata o directa, incluso, sin un sistema de jurisdicción constitucional sino que radicado en la jurisdicción ordinaria. Indudablemente que la protección de una jurisdicción constitucional, sensiblemente más fuerte que la ordinaria, constituye uno de los pilares fundamentales que ha permitido a los Tribunales Constitucionales europeos, particularmente al español, la elaboración y construcción de una teoría garantista de los derechos fundamentales que ha irradiado al conjunto del sistema jurídico. De ahí, los esfuerzos por afirmar la competencia de estos tribunales constitucionales para conocer en sede constitucional de las violaciones de los derechos fundamentales cometidas por particulares, incluso como se dijo, forzando ien extremo la interpretación de las normas competenciales.

Con todo, insisto, al vincular la cuestión procesal con la de la eficacia directa de la Constitución —cuestión material— se confunden los términos del análisis —confusión que también ha marcado la discusión de la *Drittwirkung* en Europa—; una cosa es el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, reconocimiento que no arranca exclusivamente de la posibilidad de amparo constitucional, y otra, es el mecanismo de tutela judicial de estos derechos.

anticuado y precario, asumiendo sólo parcialmente —casi exclusivamente respecto del derecho de propiedad— el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales. Todavía en la jurisprudencia y en buena parte de la doctrina no se asume el efecto irradiador de los derechos fundamentales, que entre otros ámbitos debe inundar y orientar la interpretación del texto constitucional, más bien se supeditan estos derechos al derecho privado —derecho de propiedad—³⁵.

II. LOS DERECHOS DE CIUDADANIA EN LA EMPRESA: LAS RELACIONES LABORALES COMO ESPACIO PRIVILEGIADO PARA LA *DRITTWIRKUNG*

1. La empresa como una pequeña república en las entrañas del Leviathan

El problema de la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador ha sido y sigue siendo uno de los tópicos de mayor trascendencia para la doctrina *iustlaboralista*. Ello no es de extrañar si se reflexiona sobre el hecho de que la empresa, dadas las posiciones en las que se encuentran los sujetos que interactúan en su interior —en relación de subordinación y de dominación— es ante todo un arquetipo del poder privado contemporáneo. En la empresa, pueden verse seriamente afectadas la intimidad y vida privada del trabajador, el honor y la propia imagen, el pensamiento ideológico (político, religioso, etc.), la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc., derechos todos respecto de los cuales el trabajador es titular en cuanto ciudadano³⁶.

En este sentido, no es de sorprender que el origen y desarrollo más profundo de la teoría de la *Drittwirkung* haya tenido y tenga aún en la actualidad como espacio privilegiado el del contrato de trabajo, pues es en éste, en donde, con mayor relevancia, aparece la función de los derechos fundamentales como limitadores de los poderes empresariales y neutralizadores de las desiguales posiciones contractuales³⁷.

Tradicionalmente la relación de trabajo y en particular el contrato de trabajo han estado fuera del ámbito constitucional, en particular del fenómeno de los derechos fundamentales³⁸. Ha existido una reticencia manifiesta de lo laboral respecto del fenómeno constitucional y una tendencia a situarse en una posición —por cierto interesada— de independencia y de suficiencia respecto a la Constitución. La empresa se constituye así, en un lugar diferenciado, «una zona

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Al hablar de derechos fundamentales del trabajador nos estamos refiriendo a los denominados derechos de la *personalidad* o «*inespecíficos*» —utilizando la denominación acuñada por MANUEL PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución española*, CEC (Cuadernos y Debates), Madrid, 1991, p. 31—, es decir, aquellos derechos que el trabajador detenta no en cuanto trabajador —como podrían ser los típicamente laborales del Derecho colectivo laboral— sino en cuanto trabajador-ciudadano; se trata pues, de derechos de consagración constitucional que no son estrictamente laborales y que pueden ser ejercidos fuera del ámbito de la empresa —pero también dentro, esa es la *quaestio*—. Luego volveremos sobre esta disquisición, por el momento valga esta advertencia.

³⁷ CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE Y SOFIA OLARTE ENCABO, «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RL* (1999-II), p. 366

³⁸ SALVADOR DEL REY GUANTER, «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *RL* (1995-I), p. 194

franca y segregada de la sociedad civil»³⁹, y por lo tanto, con actitudes y pautas de comportamiento propias —un mundo jurídico completo y autogenerado—, y, por lo tanto, sólo medibles y sancionables al interior de ella misma. Como sostiene Romagnoli, «La empresa, se sostiene en un minúsculo ordenamiento auto-concluso, es una institución con un legislador propio (...), todo un conjunto coordinado de autoridades y engranajes administrativos»⁴⁰.

Baylos apuntará que el problema se refiere a la conocida «contradicción entre el reconocimiento constitucional de una serie de derechos fundamentales de la persona y su negación radical en el ámbito concreto de la empresa»⁴¹. Cuando el trabajador «cruza la puerta de la fábrica» se somete «a una ley particular, en cuanto en casa de su patrón le son impuestas normas de comportamiento vinculantes»⁴² y respecto de las cuales no puede negarse a riesgo de incurrir en incumplimientos reprochables y eventualmente sancionables.

Romagnoli pone de relieve la tesis liberal en la que a virtud de una igualdad jurídica-formal, el trabajador cede una parte de su libertad al empresario. El trabajador al contratar, «acepta, en bloque y a priori»⁴³ el poder empresarial; poder que indefectiblemente ha de llevar aparejado una limitación y un constreñimiento de la libertad del trabajador, aunque dicha limitación siendo querida y aceptada por el trabajador, «no es más que una particular actitud de su status libertatis»⁴⁴.

De este modo, «la separación entre el status general de ciudadanía y el estatuto de trabajador subordinado»⁴⁵ se hace pues, evidente y palpable en la relación laboral, en la empresa. Son dos mundos diferenciados e incommunicados, resabios de concepciones arcaicas y preindustriales de las relaciones laborales; en fin, expresiones modernas de la pretendida separación liberal de lo público y lo privado, del Estado y de la sociedad. Así, la empresa y las facultades de dirección del empresario permanecen «inmunes a los presupuestos básicos de un sistema democrático»⁴⁶.

³⁹ FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en JOAQUÍN APARICIO Y ANTONIO BAYLOS (dir.), *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Trotta, Madrid, 1992, p. 29. La empresa, recurriendo a Hobbes, se constituye en una pequeña república en las entrañas del Leviathan. (UMBERTO ROMAGNOLI, «Estructura de la empresa», en AA.VV., *Los Trabajadores y la Constitución*, Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1980, p. 78)

⁴⁰ UMBERTO ROMAGNOLI, «Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas», en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, nºs 1-2 (1975-1976), p. 197. BAYLOS hablará de un «mini-ordenamiento cerrado» (*El Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, p. 95).

⁴¹ ANTONIO BAYLOS GRAU, «En torno al Estatuto de los Trabajadores: La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador», en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo. En homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 307

⁴² KARL KORSCH, *Arbeitsrecht für Betriebsräte*, Viva, Berlín, 1922, p. 16 (cit. por LORENZO GAETA, «La dignidad del trabajador y las perturbaciones de la innovación», en *Autoridad y Democracia ...*, op. cit., p. 64)

⁴³ UMBERTO ROMAGNOLI, «Autoridad y democracia en la empresa ...», op. cit., p. 193

⁴⁴ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. I. Milán, 1915, pp. 522 y ss (cit. por UMBERTO ROMAGNOLI, «Autoridad y democracia en la empresa ...», op. cit., p. 193)

⁴⁵ CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE Y SOFÍA OLARTE ENCABO, «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia ...», op. cit., p. 366. BAYLOS habla de «una dinámica de dos ciudadanía, fuera y dentro de la empresa» (*El Derecho del Trabajo ...*, op. cit., p. 99).

⁴⁶ *Ibid.*

Joaquín Aparicio y Antonio Baylos afirmarán que «estamos asistiendo a una exaltación de la empresa como organización racional generadora de riqueza, con pretensiones de elevarla a organización modélica en todos los ámbitos de la vida social»⁴⁷, con vocación totalizadora que no sólo intenta determinar las conductas de los trabajadores, en cuanto tales, es decir al interior de la empresa; sino que también, en cuanto ciudadanos, es decir, fuera de la empresa.

Ahora bien, a partir de los movimientos sociales de finales de la década del 60' —en particular los de mayo del 68'—, se comienza a producir un verdadero vuelco en la visión que se tenía hasta ese momento sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales —así como en otros ámbitos de la vida social, como la escuela, la familia, la política, etc.—, produciéndose paulatinamente una transformación que habría de cambiar radicalmente la manera de mirar la fábrica. Para establecerlo en términos franceses «poner en relación los conceptos de «autoridad» y «democracia» en el marco de la empresa» es involucrarse en el tema de la «ciudadanía en la empresa»⁴⁸; o dicho en términos italianos, es «introducir la Constitución en la fábrica»⁴⁹. Es decir, se va generando paulatinamente, fundamentalmente a partir de las experiencias italianas y francesas de las décadas de los 70' y 80', respectivos, sendos movimientos que tienen por objeto conformar, al decir de Romagnoli, «un nuevo modo de estar en la fábrica»⁵⁰, una visión distinta y democrática de las relaciones laborales, en la que los derechos de los trabajadores sean considerados «derechos análogos a los del ciudadano»⁵¹. Se abandona entonces, «la convicción de que la coincidencia del interés individual del empresario con la utilidad social sea el resultado espontáneo de una ley natural»⁵². En fin, los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano «se han abierto paso y han entrado en las fábricas»⁵³.

2. El reconocimiento de la ciudadanía en la empresa: un proceso complejo e inacabado

El proceso de reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales al interior de la empresa ha sido largo y escabroso y ha tenido variados factores explicativos o modeladores, inacabados o todavía en pleno desarrollo, entre los cuales, cabe mencionar: *el fenómeno de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, el reconocimiento de la empresa como paradigma del poder privado y el de la individualización de las relaciones laborales*⁵⁴.

⁴⁷ JOAQUÍN APARICIO Y ANTONIO BAYLOS «Autoridad y Democracia en la Empresa», en *Autoridad y Democracia ...*, op. cit., p. 9

⁴⁸ ANTOINE JEAMMAUD, «Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa», en *Autoridad y Democracia ...*, op. cit., p. 179

⁴⁹ FERNANDO VALDÉS DAL-RE, op. cit., p. 36

⁵⁰ UMBERTO ROMAGNOLI, «Autoridad y democracia en la empresa ...», p. 198

⁵¹ GERARD LYON-CAEN, «Constitucionalización del Derecho del Trabajo», en *Los Trabajadores y la Constitución ...*, op. cit. p. 31

⁵² UMBERTO ROMAGNOLI, «Estructura de la empresa», en *Los Trabajadores y la Constitución ...*, op. cit., p. 75

⁵³ CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE Y SOFIA OLARTE ENCABO, «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia ...», op. cit., p. 366

⁵⁴ Otros factores, sociológicos y políticos, dicen relación con la estructura y condiciones favorables de mercado, la existencia de un movimiento sindical fuerte y vigoroso y el fuerte cuestionamiento político del liberalismo y la consolidación de los modelos socialistas y socialdemócratas en Europa.

Salvador del Rey Guanter habla de «recomposición constitucional del contrato de trabajo» para referirse al fenómeno de *constitucionalización del Derecho del Trabajo*, que implica por sobre todo, la valorización de los derechos fundamentales denominados inespecíficos o de la personalidad en las relaciones laborales^{55 56}. El fenómeno de la *constitucionalización* del Derecho del Trabajo, se puede entender como el «redimensionamiento general y particular de esta disciplina para situarla en un plano armónico con la Constitución»⁵⁷; los principios y derechos laborales van adquiriendo crecientemente rango constitucional, incluso de manera privilegiada si se compara con el resto del Derecho privado⁵⁸. Dicho proceso se verificará a través de la Constitución, tanto cuando ésta actúa como «fuente directa de derecho» como cuando lo hace como «fuente de fuentes»⁵⁹.

El proceso de *constitucionalización* o de imbricación entre Constitución y Derecho del Trabajo, es un proceso que se ha desarrollado en distintas fases, desde el reconocimiento constitucional de los derechos laborales (*strictu sensu*) —en particular los derechos laborales de carácter colectivos—⁶⁰, hasta la etapa actual⁶¹ —que es la que más nos interesa en este momento— caracterizada por el replanteamiento del camino seguido y el potenciamiento y reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones laborales⁶², cuestión que se verifica ya no en el plano positivo sino fundamentalmente en el de

⁵⁵ SALVADOR DEL REY GUANTER, «Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en MANUEL ALARCON CARAMUEL (coord.), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, p. 32.

⁵⁶ El inicio del *movimiento constitucionalizador del Derecho del Trabajo* se puede situar a principios del siglo XX, con dos hechos que marcarán indefectiblemente el rumbo de este proceso en el futuro y que tienen como punto de referencia «la afirmación histórica de la categoría de Estado social de Derecho» (MANUEL PALOMEQUE LÓPEZ, op. cit., p. 9): la Constitución Mexicana de 1917 (*Querétaro*) y, sobre todo, la de *Weimar* —el *laboratorio de Weimar* como se le ha denominado; por cierto, con merecido acierto— en 1919; verdaderos hitos en lo que a los derechos sociales de los trabajadores y su consagración y reconocimiento a nivel constitucional se refiere. Como se ha dicho *Weimar* supondrá el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho; el paso hacia la *constitucionalización* de los derechos colectivos «y con ello del constitucionalismo decimonónico al del siglo XX». En *Weimar*, se sancionará el paso definitivo de la fase privatística a la fase constitucional del Derecho del Trabajo; en definitiva, se escribirá, por primera vez, el Derecho del Trabajo moderno» (UMBERTO ROMAGNOLI, «Weimar, ¿y después?», en *Autoridad y Democracia ...*», op. cit., pp. 20-21). *Weimar* será también la fuente de inspiración del constitucionalismo surgido después de la II Guerra Mundial: constituciones francesa (1946); italiana (1947); alemana (1949); portuguesa (1976) y española (1978).

⁵⁷ SALVADOR DEL REY GUANTER, «Derechos fundamentales de la persona ...», op. cit., p. 193.

⁵⁸ MANUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*, RL (1996-I), p. 107. Esta preponderancia de lo laboral, se explica por el fenómeno que acompaña al de la constitucionalización: el reconocimiento de derechos colectivos y de derechos sociales que exigen de los poderes públicos un rol activo en su realización (Ibíd.)

⁵⁹ MANUEL ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho ...*, op. cit., pp. 19-20

⁶⁰ Esta primera etapa, de «reivindicación de la ciudadanía del trabajador», se lleva a cabo mediante el potenciamiento de «lo colectivo, de la acción de los representantes de los trabajadores». La democracia industrial que se pretende alcanzar será pues, una «democracia colectiva», en la que «la transposición a los centros de trabajo del sistema de libertades civiles se produce mediante la acción de los sujetos colectivos y su legalización en la empresa» (ANTONIO BAYLOS GRAU, *El Derecho del Trabajo ...*, op. cit., p. 96)

⁶¹ Que comienza a finales de los 60' y principios de los 70'

⁶² El reconocimiento de la «excesiva parcelación material» del fenómeno de la constitucionalización del Derecho del Trabajo de la primera época —sólo son relevantes constitucionalmente los derechos estrictamente laborales— dará lugar a la valoración ya no simplemente del trabajo sino que de la «persona que trabaja, y que a tal efecto en la Constitución

la interpretación constitucional, ello en un contexto en donde lo individual va cobrando creciente importancia ⁶³. En efecto, el fenómeno de la *constitucionalización* del Derecho del Trabajo se verifica hoy en día de forma indirecta, mediante la aplicación de derechos fundamentales inespecíficos al contrato de trabajo ⁶⁴; se produce así una «impregnación laboral» de derechos de alcance general no circunscritos a la relación laboral ⁶⁵. Se trata, al decir de Palomeque, de derechos del «ciudadano trabajador que ejercita como trabajador ciudadano» ⁶⁶.

Un segundo factor modelador de este proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador, es la constatación que se hace de la existencia y supervivencia en la sociedad civil de «amplísimos espacios disciplinarios» ⁶⁷, entre los cuales la empresa ocupa un lugar de privilegio, constituyéndose en un verdadero *paradigma del poder privado* ⁶⁸. La empresa, como toda organización jerarquizada, genera una situación bipolar en permanente tensión: por una parte, existe un poder que organiza y dirige los procesos productivos al interior de la empresa y, por otra, en perfecto correlato, una posición de subordinación a la que se encuentran afectos los trabajadores.

Como ya se apuntara, el poder, en cuanto a su sujeción y a sus consecuencias, es igual, tanto si se ejerce por el poder público como por el poder privado, en particular por el empresario. El contrato de trabajo es «una relación entre privados singular» en la que la igualdad formal se rompe dando paso a la consabida relación de subordinación jurídica del trabajador respecto al empresario ⁶⁹. Como señala Otto Kahn-Freund, concebir las relaciones societarias siempre en «términos de coordinación» es un «grave error», y particularmente en lo que dice relación con las relaciones laborales «ese error es fatal» ⁷⁰. El Derecho laboral es quizás uno de los ámbitos jurídicos en donde la falacia liberal de la igualdad jurídica-formal se hace más tangible. Por consiguiente, no es de extrañar que el Derecho del Trabajo esté construido sobre la base del reconocimiento de la desigualdad en las posiciones de poder de las partes y

está tratada como las demás personas, no como trabajador, sino como ciudadano» (MANUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «Constitución, derechos fundamentales y ...», op. cit., p. 110)

⁶³ SALVADOR DEL REY GUANTER, «Derechos fundamentales de la persona ...», op. cit., p. 193

⁶⁴ *Ibid.*, op. cit., p. 195

⁶⁵ MANUEL PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales ...*, op. cit., 31

⁶⁶ *Ibid.*, p. 32

⁶⁷ ANTOINE JEAMMAUD, «La democratización de la sociedad a merced de las ambigüedades del Estado de Derecho (a partir de la experiencia francesa)», *Crítica Jurídica*, nº 8 (1988), p. 30.

⁶⁸ En la sociedad industrial y postindustrial la empresa se conforma en una de las más importantes y extensivas «formas de dominio generadas por la sociedad civil» (ANTONIO BAYLOS GRAU, *El Derecho del Trabajo ...*, op. cit., p. 95), ello debido a su innegable trascendencia e implicación en la vida del hombre contemporáneo.

⁶⁹ M^a EMILA CASAS BAAMONDE., ANTONIO BAYLOS GRAU Y RICARDO ESCUDERO, «El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *RL* (1990-I), p. 203.

En efecto, las relaciones existentes en la empresa se caracterizan por la presencia del *poder* como fenómeno que determina la forma en que se desarrollan y se desenvuelven esas relaciones. El poder se confunde, o, dicho de otra forma, se manifiesta en las expresiones mismas de la actividad empresarial: «dirigir (to manage) significa mandar» (OTTO KAHN-FREUND, *Trabajo y Derecho*, (trad. Jesús M. Galiana Moreno), MTSS, Madrid, 1987, p. 49).

⁷⁰ *Ibid.*, p. 48. Agrega el connotado autor: «la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (*a bearer of power and one who is not a bearer of power*)» (Op. cit., p. 52). Supiot dirá que: «el trabajo (...) tras la desaparición de la esclavitud y la servidumbre, es también un punto de encuentro de la servidumbre y de la libertad, pues incluso entre hombres libres e iguales, el trabajo implica la organización de una jerarquía, el sometimiento de unos al poder de otros» (ALAIN SUPIOT, *Crítica del Derecho del Trabajo*, (trad. José Luis Gil y Gil), MTSS, Madrid, 1994, p. 25).

sobre la necesidad de compensar tal desequilibrio ⁷¹. En definitiva, el Derecho y en específico el Derecho del Trabajo no es sino una técnica orientada a regular y delimitar el ejercicio del poder, en este caso del poder privado —la empresa— ⁷².

En este contexto, la empresa —como expresión del poder privado— constituye un escenario poco amistoso para el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Los actuales procesos de innovaciones tecnológicas y los modernos esquemas y modelos de gestión empresarial, apuntan hacia una mayor implicación y adhesión del trabajador a los objetivos de la empresa aumentando considerablemente la autoridad directiva en el seno de las relaciones laborales ⁷³. La lógica empresarial, determinada sustancialmente por la búsqueda de la eficiencia y de la maximización de los beneficios, puede convertirse en un obstáculo, en una amenaza, a veces insalvable, para el ejercicio de estos derechos ⁷⁴. La especial *aptitud lesiva* de los derechos fundamentales al interior de la empresa, encuentra su explicación en el «propio dinamismo de la iniciativa empresarial» ⁷⁵. No es que se entienda la actividad empresarial o los poderes dimanantes de la misma como «intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos» sino que se constata que dicha dinámica empresarial actúa «*naturaliter*» ⁷⁶ como cerrojo y cortapisa de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral. En virtud de esta lógica empresarial se atribuye al empresario «un complejo haz de facultades de actuación» ⁷⁷, que en virtud de su extensión y contenido, inevitablemente tienden a chocar y a conformar reductivamente el desarrollo de la personalidad del trabajador.

Y el tercer factor explicativo del reconocimiento de la ciudadanía en la empresa, lo constituye el proceso de *individualización de las relaciones laborales*. En la fase actual del fenómeno de constitucionalización del Derecho del Trabajo la característica principal es la orientación y la tendencia a potenciar los derechos fundamentales del trabajador. Se trata de un proceso en el que se revaloriza lo individual y la función de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora del contrato de trabajo ⁷⁸. A la inicial concepción defensiva del Derecho del Trabajo —enlazada con el fenómeno de constitucionalización en su primera fase— y por lo mismo configuradora y resaltadora de los derechos estrictamente laborales que apuntaba a reequilibrar la posición de subordinación y sujeción en que se encuentra el trabajador, cuestión que se logra

⁷¹ ANTONIO MARTIN VALVERDE, «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Política Social*, nº 137 (enero-marzo, 1983), p. 129.

⁷² OTTO KAHN-FREUND, op. cit., p. 48

⁷³ CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE Y SOFIA OLARTE ENCABO, «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia ...», op. cit., p. 360. Este control sobre la persona del trabajador se acentúa y se ve notablemente agravada «en razón de la estructura organizativa en la que está inserto» (LORENZO GAETA, «La dignidad del Trabajador y las perturbaciones de la innovación», en *Autoridad y Democracia ...*, op. cit., p. 64).

⁷⁴ En palabras de SALVADOR DEL REY GUANTER, el contrato de trabajo se caracteriza por ser «un condicionante intrínseco de los derechos fundamentales de la persona» («Derechos fundamentales de la persona ...», op. cit., p. 198). Incluso se ha llegado a decir, que el trabajador está en la empresa «en una especie de «libertad condicional», en tanto que sus libertades están particularmente amenazadas en el contrato de trabajo» (P. ARDANT, «Introduction au débat: les libertés du citoyen dans l'entreprise», *Droit Social*, núm. 5 (1982), pp. 428 y ss (cit. por SALVADOR DEL REY GUANTER, «Derechos fundamentales de la persona ...», op. cit. p. 199)

⁷⁵ ANTONIO BAYLOS GRAU, «En torno al Estatuto de los Trabajadores ...», op. cit., p. 307.

⁷⁶ FERNANDO VALDES DAL-RE, op. cit., p. 27.

⁷⁷ FERNANDO DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respecto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, p. 35

⁷⁸ Al respecto véase MANUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales», *RL* (1991-II), pp. 47 y ss

a través de un marcado rasgo heteronómico de las fuentes reguladoras de la relación laboral ⁷⁹; le sucede —en el sentido temporal, ya que no sólo son compatibles sino que aquella es presupuesto de ésta— otra en la cual el trabajador es mirado no tanto en cuanto productor sino que más como ciudadano, como persona y, por tanto, con un importante redimensionamiento de la función y efectividad que los derechos fundamentales no estrictamente laborales ejercen sobre la relación laboral.

El retorno del Derecho del Trabajo al contrato, hacia el individuo no es nuevo, anteriormente fue utilizado para hacer frente a las tesis *comunitarias* y *neocomunitarias* que veían en la relación laboral una adscripción del trabajador a una comunidad jurídico-personal. Con todo, el fenómeno de individualización actual no trata de hacer frente a posibles intentos de asimilar a trabajadores y a empresarios excluyendo de las relaciones laborales el conflicto social sino más bien pretende «desmontar la igualdad de los trabajadores» ⁸⁰ —entre el sujeto individual y el sujeto colectivo—. Ahora el contrato de trabajo más que hacer frente a la desigualdad inherente entre trabajadores y empresarios —objetivo primordial del Derecho del Trabajo— da cuenta de la «diferenciación de intereses» existente entre los distintos trabajadores; de alguna forma, el contrato de trabajo se desentiende del Derecho del Trabajo ⁸¹.

3. La ciudadanía en la empresa: la intervención normativa y la reconstrucción teórico-jurídica del contrato como causas de este proceso

En una perspectiva histórico-jurídico, podemos identificar como causas de este proceso de valorización y de reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador, dos órdenes de cuestiones, que aunque unidos e imbricados fuertemente, a los efectos metodológicos trataremos en forma diferenciada ⁸².

Se trata, por una parte, de *la intervención normativa de tutela y promoción de la libertad sindical y de los derechos fundamentales*. En este punto, son de obligada referencia el *Statuto dei Lavoratori* italiano (1970), modelo del potenciamiento de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, que bajo la consigna de *introducir la Constitución en la fábrica* plasmó en el texto normativo infraconstitucional un conjunto de limitaciones a los poderes empresariales

⁷⁹ ANGEL BLASCO PELLICER, *La individualización de las Relaciones Laborales*, CES, Madrid, 1995, p. 19

⁸⁰ M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, «La individualización de las relaciones laborales», *RL* (1991-II), p. 405

⁸¹ *Ibíd.* Con todo, es necesario señalar que este fenómeno de la individualización de las relaciones laborales tiene dos caras, a veces contrapuestas e irreconciliables. Por una parte, y tal como se ha planteado el fenómeno en estudio implica un proceso de revalorización de la personalidad del trabajador y por lo mismo el potenciamiento del reconocimiento de sus derechos constitucionales al interior de la empresa; pero, por otra, el fenómeno de individualización sirve como herramienta de desregulación del entramado heterónimo (derecho convencional-colectivo y ley) como una forma de gestión del personal más flexible y acomodada a las necesidades empresariales, rompiendo a favor de la empresa el difícil equilibrio de poder buscado por el Derecho del Trabajo. Para la profesora CASAS BAAMONDE se produciría el entroncamiento de este fenómeno de individualización con las viejas teorías comunitarias, al constituir una forma de integración del trabajador, esta vez individual, en los lineamientos y objetivos empresariales (*Ibíd.*).

⁸² Siguiendo en esta línea de análisis al profesor FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, *op. cit.*, p. 29 y ss. *Víd.*, además, a ANTONIO BAYLOS GRAU., «En torno al Estatuto de los Trabajadores ...», *op. cit.*, pp. 308 y ss. y ABDON PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 48 y ss.

cuando su ejercicio supusiese violaciones a las libertades fundamentales de los trabajadores ⁸³. Asimismo, es de destacar el caso francés que a partir del conocido *Informe Auroux* (septiembre de 1981) proclamará la idea de la *ciudadanía en la empresa* —«ciudadanos en la ciudad, los trabajadores deben serlo, también en su empresa» ⁸⁴—.

Y, por la otra, los esfuerzos de la doctrina *iustlaboralista* y la jurisprudencia —particularmente la constitucional— en torno a la *reconstrucción teórico-jurídica del contrato* ⁸⁵, teniendo como centro los derechos fundamentales de los trabajadores, purgando del contrato de trabajo los vestigios de las viejas teorías comunitarias de la empresa cuyos orígenes se remontan al Derecho germánico ⁸⁶; aunque también el Derecho francés conoció una versión de la misma, la teoría de

⁸³ El *Statuto* italiano, tomó como base, por una parte, «la doctrina pluralista conflictual», es decir, partió del reconocimiento del conflicto al interior de la empresa, y, por otra, la idea de una política legislativa promocional de «apoyo al sindicato» impulsada por los juristas de la denominada «segunda era constitucional» (M^a EMILA CASAS BAAMONDE, ANTONIO BAYLOS GRAU Y RICARDO ESCUDERO, op. cit., p. 204). En este esquema conceptual, el *Statuto* utilizó dos vías: en primer lugar, la protección directa, a través del reconocimiento de derechos subjetivos individuales de los trabajadores, y la segunda, la protección indirecta, mediante el fortalecimiento de la acción de las organizaciones sindicales (MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO, en «presentación» al libro AA. VV., *El Estatuto de los trabajadores italiano veinte años después*, MTSS, Madrid, 1993, p. 9)

⁸⁴ *Informe Auroux. La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia*, MTSS, Madrid, 1983, p. 51. Este Informe —del Ministro del Trabajo francés Jean Auroux al presidente Mitterrand luego de asumir el poder— será la base para una serie de leyes que se dictaron entre los años 1982-84, cuyo objetivo era la «configuración de un modelo francés de democracia industrial, implicando como supuesto y efecto a la vez, una *ciudadanía de empresa*», es decir, el goce, por parte de los trabajadores, de una serie de prerrogativas laborales específicas frente al poder empresarial (ANTOINE JEAMMAUD, «Los derechos de información», op. cit., p. 180).

⁸⁵ ANTONIO MARTIN VALVERDE, «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, op. cit. p. 98

⁸⁶ Como nos recuerda Supiot la conformación jurídica del contrato de trabajo en Europa se ha alimentado de dos culturas jurídicas: la *romanista* y la *germánica*, siendo en definitiva el contrato de trabajo una «síntesis» de ambos modelos (ALAIN SUPIOT, op. cit., p. 29). Estas tesis también dieron origen a la discusión sobre la naturaleza del vínculo laboral que dominó gran parte de la primera mitad del siglo XX: entre aquellos que veían en el contrato de trabajo el origen de la relación laboral (tesis contractualista); y aquellos, que veían en la incorporación del trabajador a la empresa el nacimiento del vínculo laboral (tesis relacionistas o incorporacionistas o anticontractualistas).

Las tesis comunitarias encuentran su germen en la *cultura jurídica germánica* para la cual la relación de trabajo tenía sus orígenes en la relación de vasallaje o *contrato de servicio fiel* (*Treudienstvertrag*) —en oposición a la *cultura romanista* en la que la relación de trabajo se construye a partir de la *locatio operarum*, por la cual un hombre libre se comprometía a prestar servicio a otro, teniendo como antecedente a su vez la *locatio hominis*, a través de la cual el *dominus* cedía a otro el disfrute de un esclavo a cambio de un precio: «el hombre libre, *locat se*, se arrienda a sí mismo, como el señor arrienda a su esclavo, *locat servum*» (ALAIN SUPIOT, op. cit., p. 30); esta relación se entendía como una vinculación de mero intercambio y por lo tanto perteneciente al Derecho de las obligaciones; definición que trajo consigo la «despersonalización de la relación» al centrar el contrato no en la persona sino la fuerza de trabajo, constituyendo ésta un bien con «valor de cambio» como cualquier otro. Se configura pues a la relación de trabajo como una especie *sui generis* de contrato de arrendamiento (de servicios) distinto aunque equiparable al arrendamiento de cosas (BRUNO VENEZIANI, «La evolución del contrato de trabajo», en BOB HEPPLER (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, MTSS, Madrid, 1994, p. 81)—, mediante el cual un hombre libre se ponía al servicio de otro a cambio de protección y asistencia; se trataba de un pacto en el cual había «deberes de protección de un lado y deberes de asistencia militar de otro, pagados éstos mediante cesiones de tierras» (MANUEL ALONSO OLEA, «El Trabajo en régimen de servidumbre», en *Lecciones de Derecho del Trabajo. En homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 30). Era pues, una relación caracterizada por la existencia de fuertes vínculos de carácter personal y en donde la *fidelidad*

la *empresa-institución*, eso sí más moderada y con menor influencia y trascendencia ⁸⁷ que la alemana—. En estas teorías, con marcados rasgos corporativos, el conflicto de intereses

debida se transformaba en componente esencial del vínculo, al modo del núcleo familiar. Idea que se mantendrá en la organización corporativa de la edad media y hasta nuestros días.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX arreciarán en Alemania los detractores al modelo del liberalismo jurídico. Un importante sector de la doctrina alemana (Gierke y Menger) criticará duramente el proyecto de Código Civil Alemán (BGB) de 1896 —inspirado en el Código napoleónico—, acusando a sus redactores de elaborar una figura del contrato de servicios «romanista, impopular, individualista, asocial, falta de novedad, contraria a la tradición germánica y abstracta» (MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «Contrato de Trabajo y relación de trabajo», *Anales de la Universidad Hispalense*, Sevilla, vol. XXVII (1967), p. 4). Con posterioridad, aunque ya lo había anunciado en sus críticas al proyecto de BGB, Gierke se plantea la existencia de una similitud entre el trabajo por cuenta ajena y la *relación de servicio fiel* del derecho germánico, distanciándose de la tradición romanista — a Gierke le repugnaba que el contrato de servicios liberal tuviera sus raíces en la *locatio conductio operarum*, figura que a su vez hundía sus raíces en el arrendamiento de esclavos, considerados como cosas objeto de intercambio (OTTO VON GIERKE, *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982)—, buscando en el derecho germánico las raíces del contrato de servicios y, con ello, apartarse de la idea patrimonialista del derecho liberal —que visualizaba al contrato de trabajo como una «simple relación crediticia que tenía por contenido un débito de prestaciones singulares de trabajo y de débitos salariales» (MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «Contrato de Trabajo y relación ...», op. cit., 4)—, incorporando a la relación de trabajo el componente personal inherente a dicha relación, ya que en una relación como ésta no puede separarse la fuerza de trabajo de la persona que lo realiza. En las relaciones entre empresario y obreros, éstos resultan «sometidos al patrono, no sólo con referencia a los servicios que prestan sino con toda su personalidad» (MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «Contrato de Trabajo y relación ...», op. cit., p. 6), de ahí que su consideración sólo como un contrato de intercambio resultaba insuficiente y no daba cuenta de la realidad. El «*contrato de servicio fiel*» era una figura que creaba una unión duradera entre las partes y que fundamentaba el nacimiento de derechos y deberes correlativos «en base a una recíproca promesa de fidelidad» (GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ, *Análisis crítico*, en OTTO VON GIERKE, *Las raíces ...*, op. cit., p. 63). Con el devenir histórico (edad media) esta figura derivó a una forma de contrato obligacional que al mismo tiempo tenía efectos personales aunque como consecuencia del vínculo contractual. Nació así el contrato de servicios alemán. Y será en el contrato de servicios doméstico (*Gesindevertrag*) (siglo XIII) en donde Gierke sitúa la primera expresión de esta nueva figura (GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ, op. cit., p. 66)..

A esta altura resulta fácil advertir el rumbo que tomaron los acontecimientos. Dada la fuerte impronta nacionalista y corporativa de las construcciones sobre la relación laboral de la doctrina alemana, sus postulados —aunque con «manipulaciones del núcleo ideológico inicial» (ANTONIO MARTIN VALVERDE, «Ideologías jurídicas ...», op. cit., p. 83) que en sus orígenes apuntaban hacia una preocupación social frente al estado de cosas al que había llevado el derecho liberal— serán tomados y asumidos con naturalidad por el régimen nacionalsocialista alemán, que construirá su entramado social sobre la idea de una *comunidad popular*, de una *armonía empresarial* y la idea de *caudillaje*. De este modo, la potenciación de la idea de *comunidad* —ahora recubierta con aspectos propios del régimen: la creación de la figura de un jefe [*Führer*] de empresa, distinto al empresario, en quien recaerá la tarea de guiar y articular a esta comunidad en función de los intereses nacionales; y la potenciación del deber de fidelidad— será la base de la *Ley de ordenación del trabajo nacional de 1934* (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, AOG), norma reguladora del trabajo en el régimen nazi. (GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ, op. cit., p. 110).

Concluida la guerra, paulatinamente la doctrina *iuslaboralista* europea se va decantando por las tesis contractualistas —así, lo asienta el *Informe de síntesis sobre el contrato de trabajo en los países miembros de la CECA*, en 1964, en el que se dice al respecto que se trata una concepción «ampliamente superada por el movimiento de la historia y de una filosofía políticamente condenada» (ALAIN SUPPIOT, op. cit., pp. 43-44)—, abandonando todo vestigio de las concepciones comunitarias, salvo como es posible advertir, en el caso de España y Portugal, en donde los regímenes dictatoriales que perduraron hasta bien avanzado el siglo XX estuvieron fuertemente marcados por estas ideas corporativas.

⁸⁷ Entre sus más destacados exponentes, partiendo por Hauriou, se encuentran: Scelle, Brethe de la Gressaye y también el mismísimo Paul Durand.

contrapuestos entre los contratantes es sustituido por una articulación de los mismos en una *comunidad*, en la que el empresario —*jefe de la comunidad*— actúa como guía en pos de los objetivos colectivos, no de los individuos, sino de la *comunidad* y del interés general. Se proclama la existencia de un fin común entre empresario y trabajador que se expresa en la *comunidad-empresa*, y de la que derivan deberes de fidelidad para el trabajador y deberes de protección y asistencia para el empresario. El trabajador al unirse a esta *comunidad jurídico-personal*, ingresa a una entidad basada en un señorío, el que es ejercido por el empresario con un marcado carácter unitario.

La tesis comunitarias, y su idea de «neutralización del conflicto socio laboral en la empresa»⁸⁸ —no importaba en absoluto la contraposición de intereses, «el trabajador ya no tenía intereses propios, sino que se acomodaba plenamente a la «comunidad de empresa»»⁸⁹—, en base a una constricción y achatamiento de los derechos de los trabajadores y de un correlativo aumento y sobredimensionamiento de los poderes empresariales, constituyen un «mero ropaje formal y virtuoso para otorgar un reconocimiento jurídico a la empresa como poder normativo autónomo»⁹⁰. Como ha puesto de relieve Baylos, de las referidas concepciones comunitarias lo que resalta es la configuración de la empresa como un «espacio libre no contractualizable», con normas propias y autosuficientes en función del interés productivo, las que son impuestas y aplicadas por el empresario⁹¹, verdadero «jefe» de esta comunidad.

En la actualidad la adaptación de la idea de configuración de la empresa como comunidad jurídico-personal, como apunta Baylos, ha operado mediante la «enunciación de criterios interpretativos o de «principios» o estándares de comportamiento, que hundan en estas doctrinas sus raíces históricas»⁹². En este sentido, Martín Valverde afirma que la recepción de las tesis comunitarias, «ha operado a veces, no de una manera íntegra, sino a través de algunas de sus derivaciones o construcciones afines —carácter fiduciario e *intuitus personae* de la relación laboral, fidelidad y deberes éticos del trabajador—»⁹³.

⁸⁸ JUAN RIVERO LAMAS, «Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)», *RL* (1999), p. 315. Se trata en terminología de RODRIGUEZ-PIÑERO de un «modelo unitario» de relación laboral o al menos de empresa, que «toma como marco de referencia o lógica organizacional la autoridad legitimada, indiscutida e indiscutible en la empresa y una estructura de lealtad de todos sus miembros, unidos en comunes objetivos y valores que vinculan a todos», de ahí que «la conducta racional del trabajador, la que corresponde a su propio interés, es la de un comportamiento leal y obediente» («La transformación democrática del ordenamiento jurídico y la relación individual de trabajo», *Temas Laborales*, nº 1 (1984), p. 52)

⁸⁹ WOLFGANG DÄUBLER, *Derecho del Trabajo*, (trad. A. Ojeda Avilés), MTSS, Madrid, 1994, p. 549

⁹⁰ JUAN RIVERO LAMAS, «Las ideologías jurídicas y la empresa ...», op. cit., p. 315

⁹¹ ANTONIO BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo ...*, op. cit., p. 24

⁹² *Ibid.*, p. 25.

⁹³ ANTONIO MARTIN VALVERDE, «Ideologías jurídicas ...», op. cit., p. 82. Como uno de los efectos y manifestaciones concretas de las concepciones comunitarias —que a la vez constituye la principal vía de adaptabilidad de estas teorías en los sistemas jurídicos modernos— es posible destacar: «la transformación de la buena fe contractual, como criterio del cumplimiento correcto de las obligaciones de las partes, en un deber de fidelidad (del trabajador), y en un deber de protección (del empleador)», este último, por cierto notoriamente atenuado y disminuido en comparación al primero y revestido de una «retórica» marcadamente «paternalista» (ANTONIO MARTIN VALVERDE, «Ideologías jurídicas ...», op. cit., p. 84). La fidelidad, entonces, es entendida «como una ampliación del deber de corrección y de buena fe» contractual (GLORIA ROJAS RIVERO, *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991, p. 59). Se configuran una serie de «deberes éticos» ajenos al vínculo puramente contractual (MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «La transformación democrática ...», op. cit., p. 53), produciéndose así una verdadera «despatrimonialización» del contrato de trabajo. Se trata de una verdadera «crisis del papel regulador del contrato de trabajo» y su sustitución, aunque no

En definitiva, este proceso de *reconstrucción teórico-jurídico del contrato*, implica indefectiblemente avanzar hacia un modelo democrático de relaciones laborales que de cuenta del conflicto consustancial en una relación caracterizada por la desigualdad y por la existencia de un poder social de enorme entidad; y a la vez, que sea capaz de elaborar los mecanismos necesarios para dar cauce a ese conflicto, a través de la conformación de un contrapeso que permita el reequilibrio de los actores de la relación de trabajo —esencialmente en el plano colectivo—, junto con el posicionamiento de los derechos fundamentales como límites de los poderes empresariales.

Con todo, en el presente una nueva o mejor dicho una antigua pero ahora potenciada amenaza—más sutil e imperceptible— se cierne sobre el trabajador, amenaza que si bien no viene desde la misma relación laboral —sino desde fuera, desde la óptica de la gestión organizacional— se entronca perfectamente con las viejas tesis comunitarias en cuanto conllevan las mismas consecuencias y buscan los mismos objetivos. Así, se pretende lograr «una identificación del trabajador con los valores y objetivos de la dirección, la vinculación del trabajador, la aceptación de éste»⁹⁴ y con ello la sujeción a la disciplina empresarial. En las

total, por otras fuentes (Ibíd., p. 51). El deber de fidelidad, recurriendo a la ya clásica sentencia de Martín Valverde, servirá como criterio de valoración de la conducta debida por el trabajador, actuando, por ende, como «generador y multiplicador de los deberes y obligaciones que caracterizan la posición jurídica del trabajador por cuenta ajena» y que no son consecuencia directa de la relación obligacional o contractual (ANTONIO MARTIN VALVERDE, «Ideologías jurídicas ...» op. cit., p. 86), tales como, la obligación de laborar horas extras, deber de llevar una vida privada ejemplar, sometimiento a controles relativos a sus conductas privadas, deber de secreto y de no competencia, obligación de no criticar a la empresa, régimen de vida militar o carcelario en los campamentos mineros, sujeción total de los trabajadores del mar al capitán, trabajadores de confianza excluidos de las normas comunes, etc. El concepto de fidelidad se interpreta ya no como «deber de honradez, de diligencia o exactitud en el cumplimiento, sino como una sujeción específica de carácter fiduciario que impone, por así decirlo, la «adhesión personal» del trabajador y por ello mismo lleva a entender la «mutua confianza» como un presupuesto de la propia relación de trabajo y de su posible continuidad» (MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «La transformación democrática ...», op. cit., p. 54)

Otra consecuencia de esta visión unitaria de la empresa o como comunidad jurídico-personal, en donde el contrato de trabajo va cediendo terreno en la regulación de las obligaciones y deberes de las partes, es la «juridización de los poderes empresariales», en cuanto, los poderes empresariales no se justifican en la lógica contractual, es decir, no son derivaciones o especificaciones de las obligaciones dimanantes del acuerdo de voluntades, sino que se conciben como «facultades «legales» en orden a garantizar el cumplimiento de los fines empresariales» (MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «La transformación democrática ...», op. cit., p. 52).

En este mismo sentido, a la noción de subordinación personal se asocian conceptos como el de fidelidad y de protección recíproca del empresario y otros derivados de éstos principales, que como dice Supiot «no podrían hacerse derivar normalmente del derecho de obligaciones» (ALAIN SUPIOT, op. cit. p. 44). De este modo, el concepto de subordinación personal actúa como punta de lanza en el contrato laboral introduciendo al mismo elementos extrapatrimoniales y que apuntan a la configuración de un sistema de poder unitario en la empresa. A principios del siglo XIX la subordinación era considerada sólo en el contrato de servicios doméstico, en el cual la disponibilidad continua de la persona del sirviente (obligación de prestar servicio a cualquier hora en la versión inglesa) era el rasgo distintivo de la subordinación. No siendo aplicable esta subordinación a otras categorías de trabajadores. Con el paso del tiempo (finales del siglo XIX) y con la expansión de la industria a gran escala, el concepto de subordinación se transforma y se integra en el contrato de *locatio*. El criterio definitorio del contrato de servicios será entonces el de la «dependencia y el control», con independencia de la categoría o el tipo de trabajo efectuado (BRUNO VENEZIANI, op. cit., p. 90).

⁹⁴ MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «La transformación democrática ...», op. cit., p. 51

técnicas modernas de Recursos Humanos ⁹⁵ ⁹⁶ —más tecnificadas y racionales ⁹⁷— se exige del trabajador una compenetración total con el ideario de la empresa, no sólo en la estricta prestación de servicios —obligación contractual— sino que en su comportamiento social: el trabajador es «representante de la empresa» en todo momento y como tal debe adecuarse a sus moldes más allá de los muros de la empresa. Resulta frecuente escuchar a los trabajadores hablar de la empresa en primera persona, como si se tratara de sí mismos, incorporando los objetivos y metas de ésta como propios; o, como «una familia» en donde naturalmente el padre de la misma —el jefe de familia— es el empresario y en donde las relaciones entre sus miembros

⁹⁵ Cuyo punto de partida, a nuestros efectos, podemos situar en la Escuela de *Relaciones Humanas* (Mayo, Roethlisberger y Dickson) y posteriormente de las *Nuevas Relaciones Humanas* (Argyris, Likert y McGregor y su teoría X e Y), específicamente a partir de las investigaciones de la *Western Electric Company* en *Hawthorne*, en la que se habría demostrado la falsedad del axioma taylorista consistente en creer que el comportamiento de los trabajadores es explicable exclusivamente en función de aspectos o motivaciones económicas. Se parte de un enfoque de la empresa bidimensional: el primero, ligado a la *organización técnica* dice relación con la producción y la eficiencia; y, el segundo, con la *organización humana*, es decir, con la satisfacción en el trabajo (EDUARDO IBARRA COLADO, «Teoría de la Organización, mapa conceptual de un territorio en disputa», en ENRIQUE DE LA GARZA TOLEDO (coord.), *Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2000, p. 251); hasta llegar a la experiencia japonesa (toyotismo) (con nombres como Ohmae, Ouchi, Toyoda y Ohno) con la idea de la gestión de la *Calidad Total* (introducida en Japón por W. Edwards Deming). Se trata de una combinación de factores organizacionales en la gestión de la producción: serie de mecanismos y métodos que apuntan al logro de una mayor flexibilización de la producción y consecuentemente a un aumento de la productividad —MARTHA NOVICK dirá que «se intenta reconciliar la productividad y la flexibilidad» («La transformación de la organización del trabajo», en *Tratado Latinoamericano ...*, op. cit., p. 126)—, tales como: la «mejora continuada» (*kaizen*), *just in time*, *kan-ban*, círculos de calidad, polivalencia, etc.; matizada o complementada con variadas técnicas de gestión de personal: teorías de la «creación del consenso» —*nemawaschi*— o «toma de decisiones compartida» —*ringi*—. En este escenario, se constata la existencia de una *cultura de la organización* caracterizada por una especie de fusión de sus miembros en una identidad común, con «valores colectivos que generan lealtad y compromiso y que otorguen un claro sentido de pertenencia»; de esta forma, la productividad es entendida como una «consecuencia natural de la cohesión social alcanzada en la organización» (EDUARDO IBARRA COLADO, «Teoría de la Organización ...», op. cit., p. 265)

A partir de los noventa tendrá lugar el nacimiento y proliferación de una variante de la teoría de la *cultura organizacional*: la teoría de la *excelencia* (Peters y Waterman), a partir de la cual, lo que se busca es la exaltación de las capacidades de los individuos y su objetivo de *ser los mejores*, haciéndolos partícipes del destino exitoso de la organización-empresa. El individuo ideal —*trabajador de excelencia*— es aquel «sumamente productivo, disciplinado, competitivo, con iniciativa, siempre disponible, en fin, literalmente comprometido hasta la muerte» (Ibíd., p. 266). Del mismo modo, en el plano de la organización técnica (organización productiva) se observa en el presente una apuesta por el modelo norteamericano de la *reingeniería* (que se orienta básicamente en función de la reducción de costes de personal, recortes de plantillas y precarización), incluso en las mismas empresas japonesas tradicionalmente tan apegadas a la idea del *trabajo de por vida* y del *consenso*. Así, se combinan por una parte, las técnicas de producción flexibles (experiencia japonesa de los ochenta) y las técnicas de gestión de personal, también flexibles, (experiencia norteamericana de los noventa, que exponen al trabajador en función de los índices de excelencia a frecuentes y drásticos procesos de ajustes) como fórmulas ideales y mágicas para enfrentar el mundo globalizado del nuevo milenio (Ibíd., p. 266).

⁹⁶ Para una visión crítica de las modernas técnicas de gestión empresarial véase JOHN MICKLETHWAIT Y ADRIAN WOOLDRIDGE, *La hora de los gurus. Visionarios y nuevos profetas de la gestión empresarial* (trad. Rafael Aparicio Martín), Alianza Editorial, Madrid, 1998.

⁹⁷ Con un estilo más «benevolente y cordial» (MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «Un modelo democrático de relaciones laborales», en AA.VV. *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977., p. 23) hacia el trato con el trabajador. Ahora se piensa —tratando de corregir los errores del taylorismo— que cuidando del bienestar del trabajador al interior de la empresa es posible obtener una mayor y mejor sumisión del trabajador al interés empresarial.

se estructuran en base a lazos y vínculos personales que se manifiestan y concretizan en la obligación de fidelidad y lealtad mutua que se deben sus miembros. Naturalmente esta actitud no se corresponde con los beneficios patrimoniales obtenidos de esa implicación.

Se implementan así, una serie de fórmulas o modelos de gestión organizacionales, tanto de la producción como del personal ⁹⁸, que buscan conseguir la adhesión a los objetivos de la empresa, la compenetración de los trabajadores —«mejor: de los colaboradores» ⁹⁹— en las metas y en la consecución de una mayor productividad, en suma «uniéndolos al destino económico» de la empresa ¹⁰⁰. Lo que importa en estas nuevas teorías o modelos es el *bien común* de la empresa, desapareciendo en esta dinámica la individualidad del trabajador, sus expectativas y sus potencialidades se ponen al servicio del objetivo mayor y superior. De esta forma, si bien ya no se actúa en una lógica disciplinaria, coercitiva, el control del trabajador se logra mediante su implicación —psicológica sobre todo— en una lógica del todo, del bienestar general, del éxito de la empresa. Cualquier desviación o factor distractivo de los objetivos comunes resulta atentatoria al sistema, en definitiva del mismo trabajador. El desarrollo pleno de los derechos fundamentales del trabajador resultarán en no pocas ocasiones disfuncionales a dichos objetivos, ajenos a la estructuración del modelo. En este sentido, se buscará al trabajador ideal para formar parte del *proyecto empresarial*, no escatimando esfuerzos para identificar un prototipo de trabajador (variedad de pruebas y test psicológicos que están orientados a determinar las cualidades del sujeto más allá de sus aptitudes estrictamente técnicas; importa conocer cómo piensa, cómo se relaciona en su familia, en su vida afectiva, en sus creencias y opciones de vida, en suma en su vida íntima y privada). Cualquier actitud, incluso en el seno de su vida privada, que pudiere influir en su actividad productiva debe ser erradicada (test de drogas, de alcohol, etc.).

4. Los derechos fundamentales como modeladores y conformadores de la idea de la ciudadanía en la empresa

Resulta evidente que la implicación personal del trabajador en la relación de trabajo, que duda cabe de ello, debe reorientarse a su debido ámbito —por decirlo con Baylos, dejando atrás «el empleo sistemático de ingredientes institucionales paleocapitalistas» ¹⁰¹—, esto es, al involucramiento de los derechos de éste, tanto en cuanto trabajador como ciudadano al interior de la empresa. La implicación de su personalidad no debe estar determinada en base al nivel de sujeción a la que teóricamente debería estar sujeto —para ello basta con la subordinación como

⁹⁸ En este ámbito las modalidades son variadas: propaganda a través de mensajes en los que se destaca el interés común; técnicas en las que los trabajadores reflexionan sobre la producción (círculos de calidad y los programas de sugerencias); técnicas que apuntan a la forma de utilización de la mano de obra durante la producción y al control de la misma (trabajo en grupos semiautónomos —«islotos autónomos»— en los cuales el control es ejercido por los propios trabajadores en un plano horizontal, asignándoles «en bloque» índices de productividad y de calidad que los mismos deben autoadministrar —técnica del «ostracismo»—; achatamiento de las pirámides de mando, desconcentraciones y descentralizaciones del poder directivo (BENJAMÍN CORIAT, *Pensar al revés. Trabajo y organización en la empresa japonesa*, Siglo XXI, Madrid, 1993, p. 150).

⁹⁹ ANTOINE JEAMMAUD, «Los derechos de información», op. cit., p. 188

¹⁰⁰ ANTONIO BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo ...*, op. cit., p. 89

¹⁰¹ Íd., «En torno al Estatuto de los Trabajadores ...», op. cit., p. 308

elemento organizador del contexto productivo— sino más bien, en cuanto a que el trabajador desarrolla su quehacer productivo implicando conductas y espacios de su vida personal y por lo mismo como ciudadano; de lo que se deduce que en dicha organización productiva está afecto, como en cualquier otro espacio, a los derechos que le son reconocidos en cuanto tal, es decir, sigue siendo titular de derechos fundamentales, dentro o fuera de la empresa.

En este marco conceptual, resulta obvio y natural concluir, como una primera y quizás la más importante función a nuestros efectos de los derechos fundamentales en la empresa, es que ellos se alzara como *límite* —el principal— a los poderes empresariales, siendo éste, creo, el verdadero sentido que ha de darse a la vigencia de estos derechos y libertades al interior de la empresa. El régimen de libertades y derechos consagrados y reconocidos constitucionalmente lleva necesariamente asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquellos por sobre éstos ¹⁰². Los derechos fundamentales deben constituir un límite y un freno del poder, de cualquier poder, sea público o privado. Este es pues, el objetivo primordial del Derecho del Trabajo ¹⁰³.

Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva limitadora de los derechos fundamentales. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso, antes —procesos de selección—, en su desarrollo y en su conclusión; tanto en el ámbito estrictamente laboral —límite interno, en cuanto involucra la conformación esencial del poder empresarial— como fuera de él —límite externo, en cuanto importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales— ¹⁰⁴.

En segundo lugar, el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales cuyo titular es la persona del trabajador, cumple una función *integradora* y *unificadora*, esto es, que poseen una verdadera *vis expansiva* en cuanto irradian su valor a la interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico laboral ¹⁰⁵. Se crea un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos, en definitiva, entender las relaciones jurídico-privadas como relaciones pluralistas y democráticas.

5. La ciudadanía en la empresa: reflexiones sobre su reconocimiento en Chile

Lo primero que hay que decir es que en el ámbito general y en particular en el laboral, como bien recuerda el profesor Valdés Dal-Ré, «el reconocimiento por un texto normativo, preferentemente constitucional, de los derechos vinculados a la persona del trabajador, es desde luego, la condición necesaria para el disfrute de los mismos en el concreto ámbito de la

¹⁰² Como apunta el profesor FERNANDO VALDES DAL-RÉ, en un sistema democrático y pluralista los derechos fundamentales «se erigen en límites infranqueables que al empresario no le es dable desconocer en uso de su poder de dirección» (op. cit., p. 32)

¹⁰³ OTTO KAHN-FREUND, op. cit., p. 49

¹⁰⁴ SALVADOR DEL REY GUANTER, «Derechos fundamentales de la persona ...», op. cit., p. 205

¹⁰⁵ FERNANDO DE VICENTE PACHÉS, op. cit., p. 31

empresa»¹⁰⁶. Al respecto, en el caso de nuestro país, independientemente de si el constituyente hizo bien o mal su tarea o de su carga ideológica o de su legitimidad o de su insuficiencia —por cierto, que ello no quiere decir que se renuncie a la convicción de la necesidad de una adaptación y configuración del texto constitucional a un verdadero modelo democrático *in genere* y en particular en lo que a las relaciones laborales se refiere—, es posible afirmar que se cumple dicha condición necesaria en la Constitución, al contemplarse no sólo derechos fundamentales de corte específicamente *laboral* (negociación colectiva y libertad sindical) sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales, los que conocemos como *personales o inespecíficos*, que sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, tales como: el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 n° 1); derecho de igualdad y de no discriminación (19 n° 2 y 16), libertad de conciencia y de religión (artículo 19 n° 6), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 n° 4), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 n° 5), libertad de opinión —expresión— e información (artículo 19 n° 12), derecho de reunión (artículo 19 n° 13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 n°s 21 y 22), etc.

Ahora bien, en lo relativo al ámbito infraconstitucional es posible observar una verdadera anomia —hoy en día más atenuada— en orden al reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales del trabajador¹⁰⁷, se trata de algunas referencias asiladas que, para ser justos, si bien es cierto mantienen cierto grado de generalidad, han sido matizadas por la reciente reforma laboral¹⁰⁸. De más está señalar, lo importante y trascendente que un activismo

¹⁰⁶ FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., P.

¹⁰⁷ Cuestión que se explica por el contexto y las circunstancias políticas y sociales en las que se conformó el grueso de nuestra actual legislación laboral, tributaria como sabemos del denominado plan laboral del régimen militar, especialmente permeable a las tesis comunitarias y corporativistas —expresión palpable de ello fue el diseño del modelo sindical—, así como de las tendencias desreguladoras y mistificadoras de las posiciones empresariales y de los poderes que lo sustentan al interior de la empresa.

¹⁰⁸ En efecto, si bien se trata de un reconocimiento genérico, explicable por la difícil coyuntura política y de crisis económica en la que estas reformas se plantearon y por la poca permeabilidad de nuestra cultura jurídica a estos temas, se observan avances significativos.

Desde luego, la incorporación en el artículo 5, del Código del Trabajo, de la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, tiene un hondo significado, más allá de la falencia que efectivamente puede implicar la falta de un mecanismo procesal específico de tutela —que como se sabe existe la voluntad de abordar—. Dicha norma está revestida de un indudable valor normativo y constituye una verdadera *vis expansiva* que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Esta norma está llamada a ser la idea matriz que posibilite una interpretación garantista de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

En lo referente a las modificaciones introducidas al artículo 2, del Código del Trabajo, si bien ellas son acomodaciones de la legislación a los Convenios Internacionales, representan, sin lugar a dudas concreciones necesarias en nuestro medio, en donde la carencia de una cultura constitucional hace que nuestros jueces recurran preferentemente a la norma infraconstitucional. Que duda cabe, más allá de las imperfecciones que pudieren señalarse, que la especificación, por ejemplo en lo relativo a las ofertas de trabajo discriminatorias —que ya había sido incluida en la anterior reforma—, constituye un acierto; baste para ello tener presente el caso reciente de las ofertas de trabajo en las que dos empresas discriminaban en función de la nacionalidad. ¿Podría la Dirección del Trabajo haber actuado tan decididamente sin contar con esas herramientas introducidas por la reforma ?.

Por su parte, y de manera novedosa, se instaura un verdadero *habeas data* en materia laboral, al incluir en el nuevo artículo 154 bis, la obligación para el empleador de mantener reserva de los datos privados del trabajador. De esta forma, se busca proteger la intimidad y dignidad del trabajador en el tratamiento de los datos personales. Quizás si la protección pudiese haberse extendido a los procesos de selección de personal estableciendo límites a la obtención de datos (de carácter familiar, médicos, comerciales, penales, etc.) exigidos para el ingreso al trabajo, cuando no digan

del legislador democrático pudiera tener en esta materia, ya no sólo como una vía o cause en el que se exprese el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito laboral sino que como vía de tutela de los mismos, a través de una legislación promocional ¹⁰⁹ que contenga un conjunto sistemático y coherente de límites y garantías que hagan posible una plena realización de la norma constitucional en el específico ámbito de la empresa.

Por su parte, tampoco se vislumbra en la doctrina *iuslaboralista* nacional un interés marcado sobre estos tópicos. A decir verdad, nuestra doctrina ha carecido en el pasado y en el presente también —salvo algunas excepciones, naturalmente todavía muy embrionarias, pero que tanto por la entidad de las argumentaciones como por el creciente número de aportaciones, sobre todo provenientes de la nueva generación de laboristas, me parece avanzan a pie firme— de posiciones frente al texto constitucional que vayan más allá del mero análisis del sistema de fuentes. Nuestra doctrina laboral —receptora tradicionalmente, en algunos casos consciente y en otros no tanto, de la teorías comunitarias germánicas ^{110 111}— más bien ha sido

relación directa con el tipo de labor a desempeñar. Con todo, entiendo que la vía para la protección en estos casos ha de ser la de recurrir directamente a la norma constitucional o al artículo 5º del Código del Trabajo o incluso a la Ley 19.264, sobre Protección a la Vida Privada.

Se trata pues, de avances concretos, insuficientes por cierto, pero que apuntan en la dirección correcta y no como se ha pretendido de meras referencias «simbólicas».

¹⁰⁹ A este respecto, paradigmático resulta el caso español en donde la insuficiencia o la falta de una legislación promocional de los derechos fundamentales ha debido ser suplida por el activismo garantista del Tribunal Constitucional. En el marco de la Constitución española de 1978, se discutió largamente sobre el carácter que debía dársele al mandato dado al legislador contenido en el artículo 35.2, referente a la elaboración de un «estatuto de los trabajadores», primando al final la opción (Alonso Olea y Suárez González) que sólo se trataba de un Código (Ley nº 8, de 10 de marzo de 1980, del Estatuto de los Trabajadores) en el cual se regulaban los distintos aspectos de la relación laboral, tanto individual como colectivo; en desmedro de aquella posición (Palomeque, Baylos, Valdés Dal-Ré, entre otros) que consideraba que el referido mandato constitucional obligaba a desarrollar, a la manera del *Statuto dei Lavoratori*, los derechos laborales del trabajador como límites a los poderes empresariales.

¹¹⁰ Las tesis comunitarias, en el caso alemán y por su intermedio en gran parte de Latinoamérica, pese a la fuerte autocrítica de que fueron objeto al concluir la guerra por el papel cumplido por ellas, sobrevivieron y siguieron vigentes en la doctrina científica alemana —indudablemente democrática—, en su «versión moderna» al decir de Martín Valverde («Ideologías jurídicas ...», op. cit., p. 83), aunque eso sí tratando de recobrar el ideario original con el que nacieron —como crítica al carácter asocial de las tesis liberales—. En efecto, partiendo ahora del contrato de trabajo como elemento constitutivo del vínculo laboral —abandono de las tesis relacionistas o incorporacionistas—, le atribuyeron al mismo la existencia de una vinculación jurídico-personal, lo que conllevaba lógicamente su consideración como una relación comunitaria; declarando la compatibilidad entre ambos principios: relación comunitaria jurídico-personal y relación de intercambio (véase A. HUECK y H. C. NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo*, (trad. Miguel Rodríguez-Piñero y Luis Enrique de la Villa), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 87 y 120 y ss.). No será sino hasta muy avanzado el siglo que se abandonará definitivamente la concepción de la relación laboral como una comunidad jurídico-personal; en concreto, sólo a mediados de la década de los 80' el Tribunal Federal de Trabajo alemán «abandonó tácitamente el concepto de relación comunitaria jurídico-personal», acogiendo la idea de una relación laboral «a modo de intercambio» en la cual coexisten los intereses contrapuestos de empresario y trabajador (WOLFGANG DÄUBLER, op. cit., p. 549).

¹¹¹ En este sentido, comúnmente se ha caracterizado la relación laboral como una «relación de comunidad jurídico-personal», configurando el contrato de trabajo con un «contenido ético-jurídico» en donde el «deber de fidelidad» y el «deber de lealtad» que el trabajador debe al empresario resaltan como obligaciones dimanantes de la naturaleza misma del contrato de trabajo, expresiones por tanto, del principio de la buena fe contractual (WILLIAM THAYER A. y PATRICIO NOVOA F., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 33 y 318 y ss).

incapaz de analizar con cierta profundidad la estructura jurídico-política del contrato de trabajo, y obviamente mucho menos en relación a la incidencia que los derechos fundamentales han de tener en el ámbito de nuestra disciplina.

A su turno, la jurisprudencia de nuestros Tribunales no escapa, en mi concepto, a este panorama, sólo existen pronunciamientos aislados y fragmentarios que han ligado la garantía constitucional con el ámbito concreto de la relación de trabajo, con muy poco desarrollo de la norma constitucional y que por lo mismo no pueden calificarse de doctrina asentada; generalmente vinculados al momento de la terminación del contrato de trabajo en donde el *poder disciplinario* despliega toda su amplitud ¹¹² y casi siempre en función del derecho a la no discriminación. Al respecto, cabe señalar que, incluso, más allá de la tutela por los procedimientos ordinarios —laboral—, y pese a contar, según se señaló en la primera parte de este trabajo, con un sistema de tutela constitucional avanzado, en donde es posible recurrir directamente —vía el Recurso de Protección— en contra de violaciones de derechos fundamentales cometidas por *privatos* —como un empresario—, en la práctica la incidencia de esta vía para tutelar los derechos fundamentales del trabajador ha sido nula y con un desarrollo absolutamente insatisfactorio de las garantías constitucionales, no ya en el plano laboral sino que *in genere*. En efecto, desde un punto de vista material la acción jurisdiccional de protección constitucional ha sido notoriamente subutilizada y concretizada de manera sumamente ideologizada, acaparando la protección jurisdiccional casi exclusivamente el derecho de propiedad, produciéndose con ello un sobredimensionamiento de dicha garantía en desmedro de las demás. En el plano laboral, el Recurso de Protección se ha transformado más que en un instrumento de amparo de los derechos fundamentales del trabajador —es un instrumento idóneo para ello aunque no único— en un mecanismo que casi exclusivamente se ha limitado a coartar y cuestionar las atribuciones y facultades de la Dirección del Trabajo, con ello se ha perdido una gran oportunidad para que la jurisprudencia constitucional, tal y como lo hacen los Tribunales Constitucionales europeos o los Tribunales americanos, se constituyera en la punta de lanza en torno a la idea de vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, sobre todo pensando en lo difícil que puede resultar dejar entregada dicha misión a una judicatura social que, por lo general, no se caracteriza por un activismo en pro de los derechos de los trabajadores, sea ello por la insuficiencia de los materiales normativos con los que cuenta —normas *infra* de desarrollo de las normas constitucionales—, o por su falta de tradición jurídico-constitucional que le dificulta aplicar en forma directa la norma *iusfundamental*.

¹¹² MARIA DOLORES ROMAN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, p. 303. A ello se suma, por una parte, la estructura competencial de nuestra jurisdicción laboral abocada generalmente a demandas por despidos y por otra, la dificultad que tienen los trabajadores para acceder a la justicia —temor al despido y nulo beneficio económico— cuando se ven afectados en sus derechos fundamentales por el *poder de dirección* empresarial que se verifica, por lo general, en el desarrollo de la relación de trabajo. Ahondando en este análisis, se constata que el *poder de dirección* aparece como especialmente adecuado para la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, toda vez que el mismo reconducido a la idea de *necesidades organizativas* de la empresa condiciona el ejercicio de esos derechos, la más de la veces, supeditándolos a ella. De esta suerte, se invierten los términos en que el binomio derechos fundamentales-poderes empresariales se debiera articular —función limitadora de aquellos respecto de éstos— provocando una modalización o modulación de los derechos fundamentales al interior de la empresa en función de las *necesidades organizativas* —poder de dirección—. De ahí, la dificultad que tiene la Dirección del Trabajo —que por su estructura competencial y por su mayor y mejor capacidad de cobertura y respuesta y por su menor costo, actúa fundamentalmente cuando la relación laboral está vigente— para hacer frente a manifestaciones reprochables del poder de dirección, estando frecuentemente expuesta al Recurso de Protección por eventuales violaciones del derecho de propiedad y su manifestación concreta en este ámbito —las *necesidades organizativas* de la empresa—.

Frente a tal vacío, este rol lo ha venido ocupando, en forma incipiente y con todas las limitaciones y dificultades que ello conlleva, la Dirección del Trabajo. En la jurisprudencia administrativa se observan ciertos atisbos, primarios y todavía muy circunscritos, en torno a la conformación de una doctrina y sobre todo de una línea interpretativa en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores y su vigencia frente a los poderes empresariales¹¹³. En su mayoría, se trata de situaciones que se presentan a propósito de la concreción de las facultades que tiene el empleador para dirigir, organizar y administrar su empresa, específicamente en las disposiciones que para estos efectos se regulan en el reglamento interno de la empresa. Más que tratarse de la elaboración de una verdadera doctrina sobre la materia se trata de la conformación de ciertos criterios interpretativos, construidos sobre una base fundamentalmente casuística, pero que, con todo, se encamina por la senda correcta. Esta etapa es de maduración —necesaria y deseable en temas como éstos— con miras a la construcción de una verdadera doctrina de alcance general que de cuenta de una visión moderna de las relaciones laborales en esta materia.

Concretamente, la operación interpretativa consiste no en pronunciarse «directamente sobre la extensión y el contenido de los derechos fundamentales del trabajador (...), sino que por el contrario, la jurisprudencia administrativa (...) se pronuncia y dictamina respecto de los límites de la actividad directiva de la empresa, estableciendo en definitiva requisitos para que resulten procedentes ciertas actuaciones del empleador en relación con los referidos derechos fundamentales»¹¹⁴; por ejemplo, al tratarse de las medidas de revisión y control —que dicho sea de paso constituyen el fuerte de los pronunciamientos¹¹⁵— se establece que tales medidas deben incorporarse en Reglamento Interno de Higiene y Seguridad; deben ser idóneas a los objetivos perseguidos; no deben tener un carácter prepolicial, investigador o represivo; deben tener un carácter despersonalizado y por último, las acciones sólo pueden ser aquellas contempladas en la legislación laboral para estos efectos^{116 117}. Al respecto, cabe observar una cierta tendencia a cambiar la orientación del conflicto planteado, trasladándolo o reconduciéndolo desde la esfera de la intimidad y la honra del trabajador al de la no discriminación; quizás por ser este último derecho más cercano y con un mayor desarrollo doctrinal, lo que hace más fácil su aplicación.

Con todo, y sin pretender en este momento dar curso a un análisis en profundidad de los criterios interpretativos sustentados por la Dirección del Trabajo —no es éste el objetivo de

¹¹³ En este sentido resulta emblemático el Ordinario n° 287/14, de 11.01.96, en el cual se prescribe expresamente, en relación a los poderes de dirección y de disciplina del empresario, que la «... facultad se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas». De esta forma, se reconoce por parte de la Dirección del Trabajo la función limitadora que los derechos fundamentales ejercen sobre las facultades empresariales.

¹¹⁴ CHRISTIAN MELIS VALENCIA y FELIPE SAEZ CARTIER, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Conosur, Santiago, p. 89

¹¹⁵ Es precisamente tratándose del derecho de la intimidad y honra de los trabajadores —que son los afectados fundamentalmente por las medidas de control y revisión—, en donde se presenta una especial vulnerabilidad de éstos en el ámbito de la empresa, tanto por la introducción de medios tecnológicos, cada día más sofisticados, que permiten un mayor control y vigilancia del empresario, como por la idea de defensa del patrimonio empresarial siempre presente en la mente de los empresarios (MARIA DOLORES ROMAN, op. cit., p. 303).

¹¹⁶ Al respecto véase. Ordinarios n° s 252/15, 13.01.88; 8381/191, 16.11.90; 4958/219, 28.08.92; 1936/124, 22.04.93; 8005/323, 11.12.95; 2309/165, 26.05.98

¹¹⁷ Hoy en día, con la reforma laboral, se ha incorporado esta línea jurisprudencial al Código del Trabajo, en el nuevo inciso final, del artículo 154

este estudio— es del caso advertir, que en el futuro esta tesis, que como se ha dicho constituye sin duda alguna un notable avance en pos de la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en nuestro país, debería ser objeto de ciertas modificaciones, a fin de no obnubilar el verdadero eje de la discusión. Cuando el empleador, amparándose en el poder de dirección, impone a los trabajadores medidas de control o de revisión que pudieren atentar contra la intimidad y honra de los mismos, la valoración interpretativa debe estar encaminada a determinar: primero, el alcance y la extensión del derecho en liza, y, en segundo lugar, a esclarecer si la actuación empresarial vulnera ese y no otro derecho fundamental. No hay razón alguna, para reconducir el problema al derecho a la no discriminación, operación que en buenas cuentas relativiza el ejercicio pleno del derecho material que está en juego, al permitir bajo determinadas condiciones —que dicen relación con la no discriminación y además, con su inclusión o no en el Reglamento Interno, que como sabemos es una expresión del mismo poder de dirección empresarial— una especie de *blanqueo* de la conducta empresarial. Una medida de control o de revisión no deja de ser atentatoria del derecho de la intimidad por el hecho de verificarse con un carácter no discriminatorio, simplemente se tratará de una violación *democrática* del derecho a la intimidad de los trabajadores.

Por último, es necesario hacer ver que la plena vigencia de los derechos de ciudadanía al interior de la empresa, requiere como *conditio sine qua non*, no sólo un reconocimiento normativo-material, sino que también y me atrevo a decir, ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. En la práctica los derechos fundamentales no pasan de ser meras entelequias en tanto los mecanismos de tutela de los mismos sean insuficientes o no funcionen adecuadamente o en la dirección correcta. La ausencia o presencia — utilización atrofiada o deformada— de garantías efectivas y apropiadas de protección de los derechos fundamentales, marcará la diferencia entre un sistema político respetuoso de los derechos del hombre y aquellos en que el valor de los mismos constituye una cuestión de menor orden; en definitiva, la falta de mecanismos adecuados de protección de estos derechos equivale a su no reconocimiento. En el futuro inmediato, ésta ha de ser entonces la verdadera *vexata quaetio* del sistema de protección de los derechos fundamentales en nuestro país ¹¹⁸.

¹¹⁸ En este sentido, la reciente reforma ha dado un paso importante al perfeccionar el procedimiento de tutela de la libertad sindical y de reproche de las conductas antisindicales, al establecer un procedimiento breve y concentrado que apunta en la dirección correcta. En el tiempo venidero, con la próxima reforma del procedimiento laboral —existe la voluntad del Gobierno en ese sentido—, se vislumbra una posibilidad cierta y real para dar un tratamiento integral a la tutela de los derechos fundamentales, haciendo extensivo los mecanismos de protección al conjunto de las garantías constitucionales, diseñando para ello una modalidad especial de tutela de los derechos fundamentales que se haga cargo, de forma omnicompreensiva, de los diferentes aspectos y garantías procesales que dicha tutela ha de contemplar necesariamente.