



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES BAJO EL
PROCEDIMIENTO DE TUTELA JUDICIAL, EN EL MARCO DE LA TERCERIZACIÓN
LABORAL**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CLAUDIA PAOLA ASTETE MELLA

Profesor Guía: SR. LUIS LIZAMA PORTAL

SANTIAGO, CHILE

DICIEMBRE DE 2009

1.- Introducción

1.1 Derecho del trabajo y las relaciones laborales trilaterales

1.2 Los derechos fundamentales en el ámbito laboral

1.3 Lesión de los derechos fundamentales en las relaciones laborales trilaterales

2.- Vías de protección de los derechos fundamentales del trabajador

2.1 Recurso de protección

2.1.1 Derechos protegidos

2.1.2 Sujetos del procedimiento de protección

2.1.3 Objetivo del Recurso

2.2 Procedimiento de Tutela Laboral

2.2.1 Derechos protegidos

2.2.2 Sujetos del procedimiento de tutela laboral

2.2.3 Objetivo del Procedimiento de Tutela Laboral

2.2.4 Rol de la inspección del trabajo en el procedimiento laboral.

2.3 Recurso de Protección y Procedimiento de Tutela Laboral: Paralelo

3.-Responsabilidad del mandante frente a la vulneración de derechos protegidos

3.1 Análisis de la responsabilidad del mandante bajo la aplicación de la Ley 20.123

3.2 Mandante como sujeto pasivo en el procedimiento de Tutela Laboral

3.3 La responsabilidad del mandante ante la vulneración de derechos fundamentales

4.- Conclusiones

5.- Bibliografía.

CAPITULO I

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales se han incorporado al mundo laboral y a medida que transcurre el tiempo esta concepción de los derechos constitucionales de corte no necesariamente laboral al interior de la empresa se ha ido asentando en la cultura tanto de trabajadores como empleadores.

No cabe duda respecto del reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales. Es decir, la plena implicancia práctica de la “ciudadanía laboral”, que se traduce en la mantención a los trabajadores de los derechos que les corresponden como ciudadanos, aun dentro de la Empresa.

Sin duda, la protección de los derechos fundamentales bajo el Procedimiento de Tutela Laboral, ha creado grandes expectativas tanto en el mundo jurídico como en el resto de la sociedad. La tutela de derechos fundamentales que se crea en el nuevo proceso laboral implicará el conocimiento de derechos de rango constitucional por parte de jueces de primer grado, a diferencia de lo que sucede con el recurso de Protección que es conocido por los tribunales superiores de justicia.

Esta acción de tutela laboral pretende dar una protección efectiva a ciertos derechos y garantías fundamentales cada vez que éstas sean vulneradas con ocasión del ejercicio de las facultades que la ley otorga al empleador.

Es la relación de subordinación y dependencia, característica de la relación laboral, la que origina la posibilidad de que el trabajador pueda percibir que sus derechos fundamentales no están siendo respetados en el marco de la relación laboral. Cada vez que se ejercen los poderes de dirección y disciplinario se genera un ambiente propicio para que se provoque la vulneración de los derechos y garantías de los trabajadores.

La legislación laboral reconoce al empleador el poder de dirigir su empresa, pero esta facultad tiene como límite los derechos reconocidos a sus trabajadores. Estos derechos no sólo son aquellos típicamente laborales, sino que también aquellos que le pertenecen por el hecho de ser un ser humano. Se reconoce entonces facultades al empleador pero éstas han sido limitadas justamente al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores.

La vulneración de derechos en una relación laboral típica pareciera no presentar mayor inconveniente en su análisis, pero: ¿qué sucede en aquellos casos de vulneración de derechos fundamentales que se producen dentro del marco de las relaciones laborales trilaterales?

Nos encontraremos en presencia de trilateralidad laboral, cuando “la actividad desplazada hacia fuera de la empresa, es asumida por una empresa, en principio, distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de ésta última, que prestan servicios en los hechos para ambas”.¹

¹ UGARTE, JOSÉ LUIS, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, 2004, Santiago, Chile, p.91.

Las formas que puede adoptar esta trilateralidad laboral son: la subcontratación laboral y el suministro de trabajadores.

La subcontratación laboral consiste en que una empresa dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un trabajo o servicio determinado.

El suministro, por su parte, consiste en que una empresa, cuyo giro es el suministro de trabajadores, pone a disposición de otra empresa, por un precio determinado y en forma transitoria, los servicios de sus trabajadores, reteniendo para sí la calidad de empleador.

Nuestro objetivo será determinar la responsabilidad del tercero dentro de la relación laboral trilateral, entendiéndose por éste al mandante o empresa principal, particularmente frente a una eventual vulneración de derechos y o garantías constitucionales por parte de él.

Realizaremos un estudio sobre el procedimiento de Tutela Laboral a fin de determinar si cumple con su finalidad, determinando quiénes son los sujetos pasivos en dicho procedimiento, precisando si el mandante se encuentra en esta posición jurídica.

1.1 DERECHO DEL TRABAJO Y LAS RELACIONES LABORALES TRILATERALES.

La explicación al gran desarrollo que han tenido las relaciones laborales trilaterales, particularmente la subcontratación laboral, en los últimos años es el proceso de descentralización productiva que han experimentado las empresas.

Éstas han debido adoptar nuevas formas de funcionamiento de manera de hacer frente al inestable entorno económico de las últimas décadas.

Esta nueva e incierta realidad producirá una serie de cambios en la organización empresarial que repercutirán directamente en el desarrollo de los trabajos prestados bajo subordinación y por cuenta ajena, como asimismo, incidirán abiertamente en los modelos de regulación asumidos por la legislación laboral tradicional, la que en muchos casos carecerá de una respuesta normativa eficaz frente a las nuevas modalidades de contratación surgidas de este proceso de transformación.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico laboral deberá adaptarse a este nuevo escenario, alterando los principios e instituciones clásicas del Derecho del Trabajo, como lo son, por ejemplo, el principio de primacía de la realidad y la noción de

empleador, con mirar a materializar también para estas nuevas realidades laborales el fin protector que define y particulariza a esta rama del Derecho.²

De este modo, y como consecuencia de las nuevas formas de organización empresarial, surgirán las relaciones laborales trilaterales.

Nos encontraremos en presencia de trilateralidad laboral, cuando “la actividad desplazada hacia fuera de la empresa, es asumida por una empresa, en principio, distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de ésta última, que prestan servicios en los hechos para ambas”.³

Del concepto recién indicado podemos deducir las dos modalidades que puede adoptar la trilateralidad:

- a) La subcontratación laboral
- b) El suministro de trabajadores

La subcontratación laboral, en rigor, se refiere a la situación en que una empresa, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista,

² CAMANO, E. Revista *Ius et Praxis*, 13 (2): 157-194, 2007.
<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200008&script=sci_arttext>.

³ UGARTE, JOSÉ LUIS, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, 2004, Santiago, Chile, p.91.

mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo ésta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido.⁴

El artículo 183-A del Código del Trabajo se refiere al trabajo en régimen de subcontratación en los siguientes términos:

“Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de éste Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica”.

El suministro de trabajadores, en cambio, consiste en que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores, pone a disposición de otra empresa, por el pago de un precio determinado y en forma transitoria, los servicios laborales de sus empleados, reteniendo para sí la calidad de empleador.⁵

En la práctica sucederá que la empresa suministradora, que es la facilitadora de trabajadores a la empresa usuaria, será quien detente la calidad de empleadora. Es por ello que sobre ella recaerán todas las obligaciones laborales. A pesar de su calidad

⁴ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p.4.

⁵ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p.4.

de empleadora, será la empresa usuaria del suministro quien ejercerá efectivamente la potestad de mando sobre los trabajadores.

El núcleo fundamental de esta figura atípica se encuentra en este rasgo, que la constituye una verdadera ficción: no se atiende para la determinación del empleador a quién recibe los servicios y ejerce la potestad de mando, sino a quién ha celebrado el contrato de trabajo temporal en calidad de tal. Así, en los hechos, existe un empleador real, con quien el trabajador trata día a día, pero a quien la ley le da el carácter de tercero responsable (empresa usuaria) y, en el derecho, existe un empleador “virtual”

(empresa suministradora), con quien el trabajador sólo ha suscrito el acto de contratación inicial, pero a quien la ley, sin embargo, le reconoce el carácter de parte directa.⁶

De manera de que la diferencia entre ambas figuras resulte más clara, podemos advertir las siguientes diferencias:

1. En la subcontratación la potestad de mando es ejercida efectivamente por la empresa contratista o subcontratista, en el suministro de trabajadores dicho poder es ejercido por la empresa usuaria del suministro.
2. En la subcontratación el objeto del contrato civil o comercial entre la empresa principal y la empresa contratista o subcontratista es la ejecución de una obra o la prestación de un servicio para el cumplimiento de una etapa productiva, en el suministro de trabajadores la relación entre la empresa usuaria y la empresa suministradora sólo tiene por objeto el suministro de trabajadores.

⁶ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p.4.

3. En la subcontratación los materiales y las herramientas de trabajo que utiliza el trabajador son de propiedad de la empresa contratista, en el suministro de trabajadores, en cambio, la propiedad corresponde a la empresa usuaria.
4. La subcontratación laboral puede importar una relación triangular de trabajo (empresa principal-empresa contratista-trabajadores) como cuadrangular de trabajo (empresa subcontratista), en el suministro de trabajadores la relación sólo puede dar lugar a una forma triangular de relación laboral (empresa suministradora-empresa usuaria-trabajadores).⁷

Es justamente la primera de las diferencias la que cobra relevancia para efectos de nuestra investigación, como lo veremos a lo largo del desarrollo de sus distintas etapas.

En este punto resulta esencial analizar el régimen jurídico que regula las relaciones del trabajador transitorio, sea con la Empresa de servicios transitorios o con la Empresa Usuaria. En particular nos interesa determinar qué sucede con la Potestad de mando.

La relación entre el trabajador transitorio y la Empresa de Servicios Transitorios deriva del contrato de trabajo suscrito entre ambas partes. Dicho vínculo debería generar todas las obligaciones y derechos propios de la relación laboral. Sin embargo, se presentan algunas diferencias.

⁷ UGARTE, JOSÉ LUIS, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, 2004, Santiago, Chile, p.96.

La potestad de mando consiste en el conjunto de facultades para ordenar y disciplinar el trabajo convenido en el contrato de Trabajo, presentando tres aspectos esenciales: el poder de dirección, el poder disciplinario y el ius variandi.

Cabe preguntarnos quién es el llamado por la ley a ejercer dicho poder de mando en el caso de encontrarnos frente a la figura triangular del Suministro de Trabajadores.

Aquí se expresa el desaguizado conceptual que implica la legalización del suministro de trabajadores, a pesar de que dicho poder debería corresponder a la Empresa de Servicios Transitorios en su calidad legal de empleador, la ficción jurídica hace que se divida en dos: una parte, la mínima, para la Empresa de Servicios Transitorios, y la otra, la mayor, para la empresa usuaria.⁸

El primer inciso del artículo 183 X dispone:

“La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios. Además, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, el que deberá ser puestos en su conocimiento...”

Del análisis de este inciso podemos concluir que el poder de dirección y el poder disciplinario han sido cedidos a la empresa usuaria, pudiendo esta última dirigir la prestación de los servicios y fijar las normas de orden y disciplina que el trabajador transitorio deberá seguir. Debido a que estos poderes han sido cedidos por Ley a la

⁸ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p.100.

empresa usuaria, la empresa de servicios transitorios sólo conservará para sí el ius variandi de conformidad al artículo 12 del Código del Trabajo.

En cuanto a la relación entre la empresa usuaria y el trabajador transitorio podemos afirmar que ésta deriva de la Ley y no de una relación laboral debido a que ésta le atribuye a la empresa usuaria gran parte del poder de mando, que debiera corresponder a la empresa de servicios transitorios, de manera de dar sentido a la ficción del suministro cual es considerar empleador a quien no dirige al trabajador.

En rigor, lo extraño de esta relación es que no siendo laboral, ya que no deriva del contrato de trabajo respectivo, sino de la imposición imperativa de la ley, su objeto es principalmente de naturaleza laboral, al atribuir a la empresa usuaria parte del poder de mando correspondiente al empleador –facultad de dirección-, e imponerle a la misma determinadas obligaciones y responsabilidades respecto del trabajador.⁹

1.2 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL.

No cabe duda respecto del reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales. Es decir, la plena implicancia práctica de la “ciudadanía laboral”, que se traduce en la mantención a los trabajadores de los derechos que les corresponden como ciudadanos, aun dentro de la Empresa. Podemos respaldar esta afirmación en el artículo quinto inciso segundo

⁹ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p.105.

del Código del trabajo, incorporado por la ley 19.759. Ésta norma consagró años de jurisprudencia de la Dirección del trabajo que lo reconocía.

“Artículo 5º. El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.”

El art 5º viene a cumplir una función limitadora del poder empresarial del empleador y consagra los derechos fundamentales del trabajador dentro de la empresa. El poder de dirección del empleador, debe entenderse en el contexto de la actividad laboral del trabajador y no más allá de éste.

No obstante el avance que significaría esta norma, sólo con la dictación de la Ley 20.087, la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores dentro de la relación laboral adquiriría eficacia práctica. Por medio de ella se incorpora al Código del Trabajo los artículos 485 a 495, que constituyen las normas procesales de protección de los derechos en comento.

La relación laboral posee un elemento absolutamente particular respecto del resto de las relaciones de derecho privado: la existencia de subordinación o dependencia, que se traduce en la práctica en el ejercicio por parte de un particular de un poder que, admitido y a fin de cuentas legitimado por el propio sistema jurídico, recae sobre otro particular. Dicha subordinación, de algún modo, quiebra el esquema clásico de las relaciones de derecho privado como una relación de coordinación entre iguales, y lo acerca más a la relación de jerarquía entre supraordenado y subordinado, propia del derecho público, generando un escenario propicio para potenciales ataques

y menoscabos de los derechos fundamentales de quien se encuentra en una posición de inferioridad jurídica.¹⁰

Pasando al tema de los derechos fundamentales en concreto, para efectos de los objetivos de este trabajo, podemos agrupar los derechos y garantías de que goza el trabajador en las siguientes tres categorías:

1. Los derechos laborales propiamente tales (salarios mínimos, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato), atribuidos al trabajador como contratante débil, que ha permitido asegurar un mínimo socialmente aceptable para los trabajadores.
2. Los derechos fundamentales específicos (libertad sindical, derecho negociación colectiva, huelga) atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad.
3. Los derechos fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al Derecho del Trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática.¹¹

¹⁰ UGARTE, JOSÉ LUIS, “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, Revista de Derecho, Vol.XX, número 2, Diciembre de 2007, Santiago, Chile, p.59.

¹¹ UGARTE, JOSÉ LUIS, “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, Revista de Derecho, Vol.XX, número 2, Diciembre de 2007, Santiago, Chile, p.52.

La ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos por parte de nuestro país, la modificación al Código del trabajo introducida por la Ley 19.759 de 2001, y la reforma contenida en la Ley 20.087 que establece mecanismos procesales para dar eficacia a los derechos fundamentales, son claros ejemplos de la vigencia de los derechos fundamentales en el trabajo.

Pero el antecedente de toda esta preocupación por la efectividad de la vigencia de los derechos fundamentales dentro de las relaciones laborales obedece a un proceso de constitucionalización del Derecho. Pero, ¿A qué nos referimos con esto de constitucionalización del Derecho?.

La constitucionalización del derecho -algo así como el desembarco de la Constitución en todos los rincones del derecho- importa un cambio de paradigma respecto del antiguo estado legal del derecho: Se trata de la Constitución y su poderoso efecto de irradiación. En este nuevo paradigma, la clave será considerar que las normas constitucionales tienen todas -sin distinción- plena eficacia vinculante, incluidas, especialmente, las que estipulan los derechos fundamentales de las personas (eficacia directa de la Constitución), y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo.¹²

Nuestro Derecho acoge la eficacia directa de la Constitución en el artículo sexto de la misma carta fundamental:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

¹² UGARTE, JOSÉ LUIS, “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, Revista de Derecho, Vol.XX, número 2, Diciembre de 2007, Santiago, Chile, p.53.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los particulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”

Este principio se traduce, según la doctrina constitucional, "en la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución". Así, además, se desprende de modo inequívoco de los amplísimos términos en que está concebida nuestra acción de amparo constitucional, que según el artículo 20 de la Constitución puede ser ejercida en contra de "actos u omisiones arbitrarios o ilegales" que provoquen "privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías" establecidos en el artículo 19, según los números que en dicho artículo se indican.¹³

Esencial resulta determinar cuándo resultan lesionados éstos derechos y garantías. En este sentido, el artículo 585 del Código del Trabajo establece que: “estos derechos y garantías resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de éstos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”.

Fácil resulta advertir que los derechos fundamentales del trabajador habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad –artículos 19, N^os. 21 y 24 de la Constitución, respectivamente–, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por

¹³ UGARTE, JOSÉ LUIS, “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, Revista de Derecho, Vol.XX, número 2, Diciembre de 2007, Santiago, Chile, p.58.

otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial.¹⁴

Es por ello que para determinar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales del trabajador, se debe analizar previamente los derechos que se encuentran en colisión. Por un lado tendremos los derechos fundamentales del trabajador, y por otro, aquéllos derechos que corresponden al empleador.

Estos derechos del empleador, corresponden a las facultades de poder de dirección. Nos preguntamos entonces: ¿Cómo resolver entonces las colisiones entre los derechos fundamentales de los trabajadores y las potestades del empleador?

Ante esta colisión de derechos debe consultarse en primer lugar a la legislación nacional, si es que existe norma que resuelva el conflicto.

¿Qué ocurre si en nuestra legislación no existe norma que resuelva el conflicto?

Parte del considerando octavo de la sentencia en procedimiento de tutela T-1-2008, ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, responde a esta interrogante:

“En conclusión, si bien encontramos normas que aluden a esta tensión, no existe ninguna que en definitiva la resuelva para el caso concreto, con lo cual queda excluida la posibilidad de resolver subsumiendo el caso concreto en esa determinada norma general. A partir de ello, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, se ha impuesto el método de la ponderación guiado por el principio de proporcionalidad en sentido amplio, creado por la jurisprudencia alemana, principalmente a partir de los escritos de Robert Alexy, el cual consiste básicamente en pesar los derechos y bienes en juego, persiguiendo que cada derecho se sacrifique por el otro en la menor medida posible y sólo en la medida que ese sacrificio sea racional y

¹⁴ Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

no afecte el ya mencionado núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Esta ponderación a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio, opera a través de tres sub juicios: el de la adecuación, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Si hecho el examen aludido, la conducta del empleador supera esos tres estándares establecidos, se podrá decir que prima el derecho del empleador y que no ha existido afectación sancionable de los derechos fundamentales del trabajador; por el contrario si no resiste alguno de esos análisis, la conclusión inevitable es que el actuar del empleador es prohibido por nuestro ordenamiento jurídico por ser vulneratorio inaceptablemente de los derechos fundamentales que asisten al trabajador.

a) El juicio de adecuación. A través de esta valoración se busca establecer que la medida sea idónea, apta para el fin perseguido por el empleador; con lo cual la restricción al derecho fundamental del trabajador permite alcanzar un fin empresarial legítimo. En nuestro caso en estudio, la pregunta pertinente es si es legítimo que el empleador pretenda controlar los medios tecnológicos –equipos de computación– que siendo de su dominio, pone a disposición de los trabajadores para el desarrollo del trabajo mismo; luego más específico que ello, que además desee controlar las herramientas que proporciona el sistema computacional, pero que no son gratis, sino que tiene un costo para él, como los son por ejemplo internet y otros; y finalmente la pregunta que nos interesa, si es legítimo que el empleador quiera evitar que información propia de su giro y en casos confidencial sea conocida por terceros. Claramente la respuesta a estas tres interrogantes es afirmativa, con lo cual podemos constatar que detrás de este reconocimiento está presente la protección al derecho de propiedad del empleador; luego es requisito preguntarse si es apto o idóneo para lograr tal protección, la fiscalización y control que realice el empleador al uso de los equipos y a la información que se envíe desde ellos a terceros; en otras palabras, si con revisar los respaldos de las conversaciones que los trabajadores tienen a través del sistema messenger con terceros, se puede evitar que no se traspase información privada y sensible para la empresa y, además, que no se dé un uso inadecuado a estas herramientas, por ejemplo, que no se cumplan las labores por pasar todo el día en un

chat. La respuesta evidente es que a través de esa fiscalización y control, se llega, sin duda, a evitar que a través de estos medios electrónicos no se cumplan estas legítimas expectativas del empleador; en el caso concreto, la lectura efectuada por don Jorge Godoy Frías del respaldo de la conversación por messenger entre doña María Natalia Madrid Obregón y un tercero, sin su consentimiento y, su posterior utilización contra ella, evidentemente le permiten proteger a la empresa de que ésta no haya estado traspasando información confidencial de Sociedad de Profesionales Kronos Limitada a cualquier tercero, incluida la Constructora Salfa; incluso esta revisión, le permite saber cuánto estuvo conectada a messenger y con ello, con quiénes se relacionó y cuánto tiempo no dedicó a su labor efectiva dentro de la empresa.

b) El juicio de necesidad. Por esta valoración se persigue establecer que la medida o restricción del derecho fundamental, sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa menos costosa; así deben siempre preferirse las medidas no invasoras de derechos fundamentales. Acá debemos preguntarnos si es posible que la Sociedad de Profesionales Kronos Ltda., llegara a conocer por otros medios que su trabajadora se comunicaba con una trabajadora de la empresa Salfa Construcciones vía messenger si no hubiese leído los respaldos de dichas conversaciones. La respuesta rotunda es no, toda vez que las posibilidades en estos casos son muy limitadas, ya que se trata de conversaciones instantáneas, a través de un mecanismo electrónico –como muy bien lo reconoció el testigo Francisco Lagos Peralta “es como un teléfono con escritura , donde las únicas opciones distintas serían más graves y vulneratorias como por ejemplo intervenir directamente el messenger –si es que se pudiese– o derechamente tener un vigilante toda la jornada de trabajo, que estuviese constatando que no se hable con terceros. De lo anterior, que evidentemente la menos invasiva resulta ser la lectura y utilización de los respaldos de la conversación privada.

c) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente la través de esta valoración se busca establecer que la limitación al derecho fundamental del trabajador sea racional, no desproporcionada, que se pueda justificar tanto el objetivo de la medida como sus efectos. Así de partida, queda inmediatamente excluida la posibilidad de limitar el derecho fundamental en su núcleo esencial, sometiéndolo a exigencias o

restricciones que lo hagan irrealizable. Así en este caso, sería inaceptable bajo todo punto de vista que se hubiese producido el conocimiento de la información utilizada por el empleador, a través de la obtención dolosa de la contraseña o password, o introduciendo otro mecanismo en las mismas condiciones que violaran la privacidad.”

En este mismo sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo, declarando que “existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado "**principio de proporcionalidad**", y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad (**ponderación**) de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del propio derecho).¹⁵ El Dictamen 2210/035 de 2088 ha complementado señalando que esté examen deberá realizarse, salvo el caso que el propio legislador ya lo hubiere realizado.

Además, los dictámenes anteriormente citados han sostenido que el principio de proporcionalidad puede ser dividido en tres sub principios (en el mismo sentido que el fallo anteriormente citado), a saber:

a) El "**principio de la adecuación**": El medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto;¹⁶

¹⁵ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

¹⁶ Dictamen N° 2210/035, de 2008.

b) El "**principio de necesidad**": Este exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa;¹⁷ y,

c) El "**principio de proporcionalidad en sentido estricto**": Por éste, se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.¹⁸

De este modo, cada vez que nos encontremos ante una medida restrictiva de algún derecho fundamental del trabajador que supera el juicio de proporcionalidad, llegaremos a la conclusión de que no se ha producido una vulneración de sus derechos fundamentales.

Cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto.¹⁹

1.3 LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES TRILATERALES.

¹⁷ Dictamen N° 2210/035, de 2008.

¹⁸ Dictamen N° 2210/035, de 2008.

¹⁹ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

En las relaciones laborales trilaterales, los derechos fundamentales tendrán implicancias particulares como podremos comprobar a través del desarrollo de esta investigación.

Como regla general, en el caso de la subcontratación general, es indudable que la eficacia de los derechos fundamentales no presenta mayores complejidades ya que en esta situación de tercerización laboral no se ven alterados los supuestos ni los elementos definidores de una relación laboral normal fundada en el contrato individual de trabajo definido en el artículo séptimo del Código del Trabajo, siendo el único empleador la empresa contratista o la subcontratista, en su caso. Es por ello que tiene plena aplicación el artículo 5 inciso 1 del Código del Trabajo.

No está de más tener presente el artículo 183 E que establece:

"Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo I° al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador."

Esto refuerza la claridad en cuanto a las obligaciones que tiene la empresa contratista frente a sus trabajadores.

Sin perjuicio de esta aparente simplicidad en este tema en el caso de la subcontratación laboral, como veremos más adelante podremos estar frente a situaciones en que tendremos que determinar cómo dar eficacia a los derechos fundamentales en aquellos casos en que el sujo vulnerador de los derechos de los trabajadores subcontratados es la empresa mandante.

En cuanto a la figura del suministro de trabajadores, como veremos también más adelante, amerita un análisis en el tema ya que la Empresa de Servicios Transitorios posee la calidad de empleador de los trabajadores transitorios y a su vez la empresa Usuaria tendrá la facultad de ejercer facultades de mando sobre los

trabajadores por tanto ambos sujetos se encontrarán en situación de vulnerar los derechos de estos trabajadores.

2.- VÍAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.

En este capítulo nos dedicaremos a señalar someramente los aspectos que nos interesan del recurso de protección como medio de protección de los derechos y garantías fundamentales dentro del marco de la relación laboral. A continuación nos avocaremos en mayor profundidad a tratar el Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral, creado por la Ley 20.087, para finalmente establecer un paralelo entre ambas acciones a modo de formarnos un panorama respecto de las eventuales ventajas y desventajas de cada acción para lograr determinar si efectivamente la tutela laboral supera a la acción de protección como medio de protección de los derechos fundamentales dentro del mundo de las relaciones laborales.

2.1 RECURSO DE PROTECCIÓN

El recurso de protección es una acción constitucional cuyo objeto es asegurar el respeto de determinadas garantías constitucionales, y restablecer el imperio del

derecho en los casos en que se ha quebrantado. El artículo 20 de la Constitución Política de la República consagra este recurso como un medio que nos permite proteger las garantías constitucionales tanto frente al Estado como frente a particulares.

Nuestra carta fundamental garantiza a todas las personas el respeto de los derechos fundamentales. El catálogo de estos derechos se encuentra en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

El recurso de protección debe interponerse ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas.

Debe ser interpuesto por escrito por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial. No requiere patrocinio de abogado.

Se debe tener presente que antes de la creación del procedimiento de tutela y pese a la existencia de diversas normas que respaldan el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación laboral, nuestro orden jurídico presentaba un grave déficit ya que no contaba con mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos por lo que no se podía aspirar a lograr una tutela efectiva de dichos derechos.

El recurso de protección era el único medio para utilizar en la protección de los derechos fundamentales, presentando varios inconvenientes:

1. La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección, y de la forma de tramitación en el autoacordado complementario, alejados de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol compensador a favor del contratante débil, produce una evidente insensibilidad de esta acción a la

posición procesalmente débil del trabajador en litigios de derechos fundamentales y laborales en general, cuestión ampliamente destacada en la doctrina comparada.²⁰

2. Se trata de un remedio judicial extraordinario motivo por el cual este recurso no resulta efectivo para la protección de los derechos fundamentales del trabajador debido a que esto requiere para una real eficacia, que se lleve a cabo un proceso de fondo que permita declarar la nulidad de los actos lesivos y que ordene el pago de indemnizaciones a beneficio del trabajador cuyos derechos se han vulnerado.
3. La acción de protección sólo se encarga de tutelar algunos de los derechos fundamentales. Quedaría excluido de esta protección, según una interpretación muy discutible, la no discriminación laboral contenida en el artículo 19 número 16 inciso tercero.
4. El pronunciamiento de la Corte de Apelaciones que conoce de él es meramente provisional, de ahí que se afirma que el fallo sólo produce cosa juzgada formal, mas no material, lo que se evidencia en la mención expresa del artículo 20 de la Carta Fundamental, al indicar que el recurso se interpone “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”, de manera tal que la sentencia no tiene por objeto “determinar la titularidad del derecho del recurrente, lo que es propio de una

²⁰ UGARTE, JOSÉ LUIS, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, 2004, Santiago, Chile, p.130.

acción de lato conocimiento, y su única finalidad es restablecer el imperio del derecho y dar debida protección al afectado”.²¹

Ahora lo que el trabajador no obtenía de la acción de amparo constitucional, tampoco lo obtenía de las normas procesales del Derecho del Trabajo. La razón era simple: nuestro Derecho Procesal del Trabajo, fruto de zigzagueantes vaivenes en su parte orgánica, se había mantenido fijo en su parte funcional durante un buen periodo de tiempo.²²

No debemos olvidar que existía una arraigada concepción patrimonial de la tutela laboral, motivo por el cual se concebía como único conflicto laboral merecedor de amparo judicial aquel que envolvía el ejercicio de derechos avaluables económicamente.

Obviamente, que así entendidas las cosas, no había existido en nuestra legislación laboral adjetiva espacio para la creación de los cauces procesales necesarios para la protección de "derechos no patrimoniales", vinculados, más que el intercambio de servicio por salario, a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano.²³

Así las cosas, el procedimiento de tutela laboral que analizaremos más adelante en esta obra se presenta como el gran paso del orden jurídico laboral en el sentido de dar

²¹ GAMONAL, SERGIO y PRADO, PAMELA, “El mobbing o acoso moral laboral”, Editorial LexisNexis, Segunda edición, 2007, Santiago, Chile, p.135. Se cita al autor Emilo Pfeffer.

²² UGARTE, JOSÉ LUIS, “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, Revista de Derecho, Vol.XX, número 2, Diciembre de 2007, Santiago, Chile, p.61.

²³ UGARTE, JOSÉ LUIS, “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, Revista de Derecho, Vol.XX, número 2, Diciembre de 2007, Santiago, Chile, p.60.

real importancia a la protección de los derechos del trabajador haciendo operantes las normas sustantivas del derecho laboral y no una mera declaración de principios sin eficacia práctica.

2.1.1 DERECHOS PROTEGIDOS

El artículo 20 de la Constitución, establece una limitación en cuanto a la procedencia del recurso de protección ya que señala de manera taxativa las garantías protegidas por esta vía. Los derechos y garantías protegidos por el recurso de protección son:

1. Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

2. Igualdad ante la ley.

3. Garantía a no ser juzgado por comisiones especiales, sino que por un tribunal que señale la ley, establecido con anterioridad por ésta.

4. Protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.

5. Inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada.

6. Libertad de conciencia.
7. Derecho a elegir el sistema de salud.
8. Libertad de enseñanza.
9. Libertad de opinión e información.
10. Derecho de reunión.
11. Derecho de asociación.
12. Libertad de trabajo, en cuanto su libre elección y contratación.
13. Derecho de sindicación.
14. Libertad económica y no discriminación del Estado en materia económica.
15. Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

16. Derecho de propiedad.

17. Derecho de propiedad intelectual e industrial.

18. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

2.1.2 SUJETOS DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

Evidentemente, el sujeto activo será la persona afectada, sin perjuicio de que el recurso pueda ser presentado por él o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial.

En cuanto al sujeto pasivo, éste será la persona o personas, funcionarios o autoridades que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión, arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger.

2.1.3 OBJETIVO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

Se ha entendido que el recurso de protección es fundamentalmente de naturaleza cautelar, por lo que podemos entender que lo que se pretende con el ejercicio de esta acción es obtener una solución rápida frente a una situación que requiere urgente solución, evitando con ello que se produzca o extienda del daño.

Como señala el autor José Luis Ugarte, se trata de un remedio procesal extraordinario, donde el objetivo buscado es el restablecimiento en el goce del derecho fundamental infraccionado o violentado.²⁴

2.2 PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

La Ley 20.087 contempla un novedoso procedimiento, similar a la acción de protección, acerca de la tutela laboral. Este procedimiento resulta incompatible con el ejercicio del recurso o acción de protección contenido en la Constitución Política de la República. El inciso cuarto del artículo 485 del Código del Trabajo establece:

“Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.

En términos generales, se aplicará este procedimiento a las cuestiones suscitadas por aplicación de normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, a las cuestiones suscitadas por actos discriminatorios y a las denuncias por prácticas desleales o anti sindicales.

²⁴ UGARTE, JOSÉ LUIS, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, 2004, Santiago, Chile, p.129.

Establecen los incisos primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4, 5, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6, inciso primero, 12, inciso primero, y 16, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos de discriminatorios a que se refiere el artículo 2 de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.”

El objetivo del procedimiento de tutela laboral es la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, de modo de que se respeten las normas constitucionales en el ámbito de las relaciones laborales. Es un sistema para la protección de derechos no patrimoniales, vinculados, más que al intercambio de servicios por dinero, al carácter de ciudadano que posee el trabajador dentro del ámbito de la relación laboral.

No sólo contempla la protección de derechos específicamente laborales, como veremos a través del desarrollo de esta obra, sino que también es el medio para hacer valer el respeto a aquellos derechos de carácter no específicamente laboral que, sin embargo, muchas veces resultan vulnerados dentro del marco de la relación laboral.

Se ha señalado que la Reforma Laboral del año 2001 dio una mayor posibilidad de eficacia a estos derechos inespecíficos en virtud de dos normas. Una, es la del artículo quinto inciso primero, la que señala que el límite del poder de dirección del

empleador es el respeto a las garantías constitucionales del trabajador. Como se recordará, se incorporó un nuevo inciso al artículo quinto con la reforma de 2001, y también se modificó el procedimiento de las prácticas desleales y anti sindicales. Es decir, hay dos temas que ya habían sido adelantados por el legislador en la reforma del año 2001. Sin embargo, se observó durante los años de aplicación de estas normas reformadas, sobre todo la del artículo quinto inciso primero, que tampoco era realmente eficaz para hacer vigente y exigibles esos derechos inespecíficos por parte del trabajador.²⁵

Con la creación de este procedimiento de Tutela Laboral, se pretende dar una efectiva protección a las garantías específicamente laborales y a las no específicamente laborales ya que éstas últimas, como se ha señalado anteriormente, se han ido incorporando al ámbito de la relación laboral debido a que corresponden al ser humano por el hecho de ser tal y resultan exigibles respecto de cualquier persona o entidad.

Este procedimiento se encuentra regulado en el párrafo sexto del Capítulo segundo, del Título primero, del Libro quinto del Código del Trabajo. Como señalábamos anteriormente, se aplica respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución política de la República y que se señalan en el inciso primero del artículo 485 del Código del Trabajo.

En segundo lugar se aplica para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo segundo del Código del Trabajo, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

²⁵ SEMINARIO La nueva justicia laboral (Santiago, Chile, 2005). Los procedimientos especiales en la nueva justicia del trabajo. Santiago, Chile, Colegio de Abogados de Chile, 2005. 53 p.

Por último, de conformidad a los artículos 292 y 389 del Código del Trabajo, este procedimiento tiene aplicación a las infracciones por prácticas desleales o anti sindicales, y a las infracciones por prácticas desleales en la negociación colectiva.

Requisito esencial para la aplicación de este procedimiento es que se produzca una lesión de los derechos y garantías protegidos por éste. Debemos preguntarnos cuándo resultan lesionados los derechos y garantías. Es la propia Ley 20.087 la que se ha encargado de definir este punto.

Se señala expresamente en el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo:

“Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.”

Luego de explicado en términos generales los objetivos y características distintivas del Procedimiento de Tutela Laboral, resulta conveniente señalar las etapas de éste en términos muy generales y referirnos a algunas de sus particularidades, con el propósito de tener un panorama más claro acerca de la manera en que se desarrolla:

1. Denuncia: De acuerdo a lo establecido en el artículo 490 del Código del Trabajo, la denuncia deberá contener, además de los requisitos generales que establece el artículo 446, la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamente. En el caso que no los contenga, se concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación.

2. Preferencia en admisión a tramitación: Establece el artículo 488 del Código del Trabajo que la tramitación de estos procesos gozará preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal. Luego, el mismo artículo indica que con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan.
3. Tramitación conforme al procedimiento de aplicación General: Conforme a lo señalado por el artículo 491 del Código anteriormente citado, admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo 3.
4. Sentencia: En esta misma obra, cuando nos avoquemos al análisis más profundo sobre los objetivos de este procedimiento, nos remitiremos a su contenido.

2.2.1 DERECHOS PROTEGIDOS

El artículo 485 del Código del Trabajo señala cuales son los derechos que se protegen a través de este procedimiento. Se realiza una especie de catálogo de derechos amparados, quedando excluidos de protección aquellos derechos no enumerados.

Este no es sino el resultado de la tramitación de la Ley 20.087, cuyo Proyecto inicial concebía la protección de los derechos fundamentales en términos bastante más amplios.

El proyecto de Ley señalaba en su artículo 502:

“Este procedimiento tendrá por objeto tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando aquellos resulten lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo quinto”.²⁶

Posteriormente se hace presente la necesidad de determinar cuáles serán los derechos fundamentales tutelados por este procedimiento. Se estimó que resultaba inadecuado obligar al empleador a responder de todos los derechos fundamentales sin hacer una precisión de estos. El diputado señor Uriarte señala en la discusión en sala que:

“El Estado de Chile no puede hacerse cargo ni responder de todas las demandas sociales, porque no tiene capacidad económica para hacerlo. En las actas constitucionales se trata ampliamente el tema. Por eso, el recurso de protección se hace cargo sólo de algunas garantías constitucionales, no de todas, porque no hay plata para ello...En consecuencia, por un lado le decimos al Estado: “Mire, usted va a quedar liberado de hacerse cargo de ciertas obligaciones y necesidades, porque no tiene plata para hacerlo y no le puede asegurar trabajo a todo el mundo, porque no está en condiciones económicas de hacerlo”, pero, por otro, le decimos al empleador, a quien lo trata como un supergerente o supercapitalista: “Mire, usted va a tener que responder de todos los derechos laborales o, más bien, de todos los derechos fundamentales”, los que ni siquiera están precisados en este articulado.”²⁷

El artículo referido es el 502 del Proyecto. Lo que quiere dar a entender lo expuesto por el diputado, es que resulta impracticable hacer responsable de la vulneración de todos los derechos fundamentales al típico empleador chileno ya que

²⁶ Mensaje Presidencial, Historia de la Ley 20.087, p.47.

²⁷ Discusión en Sala, Historia de la Ley 20.087, p.248.

este será la mayoría de las veces un microempresario que económicamente no puede soportar esta carga.

La razón esgrimida para limitar el alcance de la protección de derechos fundamentales por medio del procedimiento de tutela fue que debido a la realidad socio económica de nuestro país no existirían las condiciones que hacen posible responsabilizar económicamente al empleador por la vulneración de los derechos fundamentales ya que en su gran mayoría estos empleadores difícilmente tienen los recursos económicos necesarios para el cabal cumplimiento de la legislación laboral.

A continuación, los señores Dittborn y Uriarte proponen sustituir el mencionado artículo 502 por el siguiente:

“Este procedimiento tendrá por objeto tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores a que se refiere el artículo 19, números 4 y 16 de la Constitución Política de la República, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a la libre elección, a la no discriminación, y a lo establecido en el inciso cuarto, en el ámbito de las relaciones laborales, cuando aquéllos resulten lesionados por el ejercicio malicioso de las facultades del empleador en conformidad a lo dispuesto en inciso primero del artículo quinto de este Código.”²⁸

Luego, los señores Jaramillo, Muñoz y la señora Vidal pretenden agregar el inciso segundo del artículo 502 en los siguientes términos:

“Se entenderá especialmente incorporada bajo la tutela establecida en este párrafo, toda conducta que suponga un hostigamiento o acoso a la integridad física y síquica de la persona en la relación laboral”.²⁹

²⁸ Discusión en Sala, Historia de la Ley 20.087, p.258.

²⁹ Discusión en Sala, Historia de la Ley 20.087, p.258.

Más adelante, es aprobado por unanimidad de los diputados el siguiente artículo 502:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1 inciso 1, 4 inciso 1, 5 en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6 inciso 1, 12 inciso 1, y 16 en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección, y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo segundo de este Código.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial...”³⁰

Se elabora así un catálogo de derechos protegidos y se establece un concepto de lesión de éstos. Además se podría utilizar esté procedimiento para accionar en contra de los actos discriminatorios de acuerdo al artículo segundo del Código del trabajo.

³⁰ Segundo Informe Comisión Trabajo, Historia de la Ley 20.087, p.272.

Durante el desarrollo del segundo trámite constitucional podemos observar del Segundo Informe de la Comisión de Trabajo que nuestro actual artículo 485 (en aquel entonces 483) se presenta en los términos que lo conocemos en la actualidad. Si lo comparamos con el artículo aprobado por la Cámara de Diputados veremos que presenta las siguientes diferencias:

1. Respecto de la protección del derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona se limita la aplicación del procedimiento de tutela restringiéndolo a aquellas situaciones en que la vulneración de estos derechos sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.
2. En cuanto al respeto y honra del trabajador, su protección se señala aludiendo al artículo 19 número cuatro.
3. En relación a la aplicación de este éste procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo segundo del Código del Trabajo, se exceptúan las situaciones contempladas en el inciso sexto de ese artículo. Con esta limitación quedan excluidas de protección a través de este procedimiento todas aquellas ofertas de trabajo discriminatorias. Se modifica entonces el inciso segundo del artículo en análisis.
4. Como frase final al inciso tercero se sugiere: “En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.” Se consagra de este modo el derecho de indemnidad laboral.

Conforme a este último punto, el entonces ministro del Trabajo y Previsión Social, señor Ljubetic señala durante la discusión en el Senado:

“...La frase en cuestión, que concitó la unanimidad de la Comisión, responde a que se compartió el diagnóstico hecho en el sentido de que esta es una situación recurrente en el mundo del trabajo y que genera una inhibición importante en cuanto a

la utilización de los mecanismos institucionales previstos para la solución de los problemas laborales, sea por la vía administrativa – es decir, denuncia para los efectos de la fiscalización que debe realizar la Inspección del Trabajo - , sea por el adecuado ejercicio de las acciones judiciales.

Nos hicimos cargo en la Comisión – y por eso la propuesta concitó tal nivel de acuerdo – de que ése constituía un inconveniente que atentaba contra el objetivo principal de la iniciativa, cual es generar acceso expedito a la justicia.

Esto tiene que ver con el desarrollo de un proyecto, no sólo desde el punto de vista institucional, sino también desde la perspectiva de dejar cuestiones que hoy día afectan a ese derecho; en particular, la recurrente existencia de represalias contra trabajadores que ejercen el derecho que se pretende franquear a través de esta iniciativa legal.

Ahora, ¿qué son represalias?, ¿cuándo se producen?, ¿cuándo responden a la situación expuesta? Lo determina el juez, a través del procedimiento establecido en este mismo proyecto. No es ni el trabajador, ni la organización sindical, ni la Inspección del Trabajo. Es el juez quien resuelve si se da la tipificación que consigna la norma en debate.

Eso, más lo explicado por el señor Boeninger – en el sentido de ubicar el precepto aquí para tal finalidad y entender que no cae ni en el ámbito de las regulaciones o fiscalizaciones propias de la Dirección del Trabajo, sino que es una atribución exclusiva del juez – fue lo que suscitó la casi unanimidad, que naturalmente, como Ejecutivo, estamos por mantener.”³¹

³¹ Discusión en Sala, Historia de la Ley 20.087, p.755.

La oración final sugerida por la Comisión de Trabajo para el inciso tercero del artículo en comento es aprobada por el Senado.

Como podemos observar, el actual artículo 485 del Código del Trabajo, que señala los derechos protegidos por el procedimiento de tutela laboral, es muy distinto al artículo que contemplaba el proyecto de Ley a este respecto. El artículo contenido en la iniciativa presidencial era muchísimo más amplio ya que no especificaba qué derechos eran objeto de protección de la acción de tutela.

Actualmente el artículo 485 del Código del Trabajo se encarga de hacer una enumeración taxativa de los derechos fundamentales, cuya vulneración permitirá accionar el procedimiento en estudio.

De conformidad a este artículo, los derechos y garantías protegidos por el procedimiento de Tutela Laboral son:

1. Derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.
2. Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.
3. Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.
4. Derecho a la libertad de conciencia y a la manifestación de todas las creencias y su ejercicio libre.

5. Derecho a emitir opinión y de informar libremente, con la advertencia que indica por su mal uso.

6. Libertad de trabajo y su protección, el derecho a su libre elección y a exigir que no resulten lesionados en el ejercicio y relación laboral.

7. Principio de no discriminación, se sanciona los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

8. Derecho de indemnidad.

Derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral (artículo 19 número 1 inciso 1 de la Constitución Política de la República).

Estos derechos son de una gran amplitud, por lo que la el mismo artículo 485 del Código del Trabajo ha establecido que para que estos derechos sean objeto de protección se requiere un elemento calificado cual es: que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.

Importante en este punto resulta recordar una importante obligación que tiene el empleador para con sus trabajadores y que está estrechamente relacionada con los derechos que estamos tratando en este punto.

Establece el artículo 184:

“El empleador estará obligado a tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.”

Esta norma es la clave en cuanto a la obligación que tiene el empleador de adoptar un rol activo en la protección de la vida e integridad de sus trabajadores.

En relación con estos derechos fundamentales consagrados en el numeral uno inciso primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se encuentra una gran cantidad de situaciones que se presentan a causa de las relaciones laborales. A modo de ejemplo, podemos citar el acoso sexual y el mobbing o acoso laboral. A modo de llevar a un plano más práctico el análisis trataremos el caso del mobbing.

En primer lugar, debemos esbozar un concepto de acoso moral laboral. El autor Sergio Gamonal Contreras lo ha definido como: “Proceso conformado por un conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud del o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio.”³²

³²GAMONAL, SERGIO y PRADO, PAMELA, “El mobbing o acoso moral laboral”, Editorial LexisNexis, Segunda edición, 2007, Santiago, Chile, p.146.

Para mayor entendimiento respecto de esta figura, podemos señalar algunas de sus características esenciales:

1. Se trata de una situación producida en el ámbito de las relaciones laborales.
2. Se compone de comportamientos desplegados desde el sujeto acosador en contra del sujeto acosado. Si bien, en general, es un sujeto acosador en contra de una víctima, esta situación puede también producirse con mayor número de sujetos implicados. Así, pudiere ocurrir que el acoso parte de un único sujeto acosador, el que de alguna manera estigmatiza a la víctima y luego une fuerzas con otros trabajadores que también despliegan conductas propias de acoso laboral muchas veces por temor a represalias y así evitar ellos también convertirse en víctimas.³³
3. Obedece a un conjunto de comportamientos por acción u omisión.
4. Como resultado se produce un ambiente laboral hostil para el acosado que trae como consecuencias daños a su salud, estrés, ansiedad y una serie de posibles trastornos.
5. La finalidad perseguida con el acoso moral laboral puede ser de distinta índole. Por ejemplo, si el acosador es el empleador podría tener como objetivo eliminar un trabajador de la empresa a través de una renuncia forzada, con ello evita el despido y pago de las indemnizaciones legales.³⁴

³³GAMONAL, SERGIO y PRADO, PAMELA, "El mobbing o acoso moral laboral", Editorial LexisNexis, Segunda edición, 2007, Santiago, Chile, p.20.

³⁴ GAMONAL, SERGIO y PRADO, PAMELA, "El mobbing o acoso moral laboral", Editorial LexisNexis, Segunda edición, 2007, Santiago, Chile, p.21.

Por parte de la doctrina se ha realizado una clasificación del acoso en cuestión, atendiendo desde quién y hacia quién se verifica el acoso. Siguiendo este criterio podemos clasificarlo en:

1. Acoso moral horizontal: Se desarrolla entre pares, vale decir, entre compañeros de trabajo que se ubican dentro de una misma escala jerárquica.
2. Acoso moral vertical: Será descendente si se produce desde un acosador que se encuentra en una posición jerárquica superior hacia un acosado dependiente. Si se produce el acoso desde un acosador en contra de un acosado que se encuentra en una posición jerárquica superior, tomará el nombre de acoso moral vertical ascendente. Si bien esta última situación es poco probable de darse en la práctica, nada obsta a que se produzca.
3. Acoso mixto: Es aquel que se ejerce por uno o más sujetos que se encuentran en similar escala jerárquica que la víctima, esto es, comienza como un acoso horizontal, pero en que luego la jefatura o empleadores toman conocimiento y no adoptan ninguna medida para que la situación se solucione. Cabe recordar que las manifestaciones de acoso moral pueden ser mediante acciones u omisiones y, en este caso hay omisión negligente por parte del empleador no obstante que también pudiere derivar en comportamientos por acción en contra de la víctima. Por lo tanto, hay una verdadera complicidad entre los agresores, trabajadores de similar posición del acosado y del jefe o empleador.³⁵

El aspecto de mayor relevancia en el estudio del mobbing, es determinar qué derechos fundamentales resultan vulnerados por su ocurrencia. Sin duda, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, motivo por el cual hemos ubicado el

³⁵ GAMONAL, SERGIO y PRADO, PAMELA, "El mobbing o acoso moral laboral", Editorial LexisNexis, Segunda edición, 2007, Santiago, Chile, p.25.

tratamiento de esta figura en esta parte de la obra en que desarrollamos el respeto al derecho recién mencionado. Respecto de este derecho fundamental, estimamos que se verá afectado cada vez que se configure una situación de acoso moral.

Sin perjuicio de lo recién señalado, podrían verse afectados y vulnerados: los derechos a la vida privada y a la honra, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y el derecho a la no discriminación. El hecho de que se afecten estos derechos dependerá de los medios desplegados por parte del agente acosador para configurar el acoso moral laboral.

En nuestro derecho nacional no existe un tratamiento especial para el mobbing. No obstante la falta de regulación, podemos indicar como normas aplicables a esta figura el inciso segundo del artículo 2 del Código del Trabajo y los artículos 5 y 184 del mismo cuerpo legal.

El inciso segundo del artículo 2 del Código mencionado establece:

“Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal...”

Este artículo señala a modo de ejemplo el acoso sexual, como atentatorio a la dignidad de la persona. Por las características señaladas respecto del mobbing, podemos concluir que también configuraría un caso de situación contraria al respeto a la dignidad humana, por lo que claramente se trata de una conducta atentatoria e infractora del artículo en comento.

Por su parte, el artículo 5 ya ha sido desarrollado a propósito de su rol como garantía respecto de todos los derechos fundamentales.

El artículo 184 impone una exigencia al empleador: una actitud activa de prevención y protección. Establece el inciso primero de este artículo:

“El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”

Es lógico que la salud de los trabajadores comprende su integridad física y psíquica, las cuales se ven gravemente afectadas cuando se configura el acoso laboral.

Ilustrativo en esta parte de nuestro estudio resultan los considerandos quinto y sexto del fallo 224-2007 de Corte de Apelaciones de Rancagua del año 2007:

“QUINTO: Que, el “acoso laboral conocido también en doctrina como acoso moral, violencia psicológica, hostigamiento laboral o con el vocablo inglés “mobbing” , y al que se hizo mención en el considerando tercero, se define como la acción conducente a producir miedo o terror del afectado hacia su lugar de trabajo, como el efecto o la enfermedad que produce en el trabajador, recibiendo éste, una violencia psicológica injustificada a través de actos negativos en el trabajo de sus compañeros, subalternos o superiores, de manera sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado como meses e incluso años; cuyo fin es hostigar, intimidar, o perturbar al trabajador, hasta que este haga abandono del trabajo.

SEXTO: Que, en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, éste tiene siempre como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, y el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, y esta obligación, en el caso en concreto, se traduce en una obligación de no hacer o de abstención: no dañar. Sin embargo, en lo que dice relación con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, que en materia laboral se traduce de acuerdo al artículo 184 del Código del Trabajo, “a la vida y salud del trabajador , la legislación exige mucho más del empleador.

En lo referente a lo señalado en párrafo anterior, me permito citar al Profesor Claudio Palavecino Cáceres, en su artículo “La Protección Contra el Acoso Psíquico Laboral en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2004, vol. 17, p. 63 89, quien señala en su estudio: “...el Código del Trabajo impone al empleador no sólo aquel deber de abstención, sino además una actitud positiva, activa, de prevención y protección. La legislación coloca al empleador en una posición de garante de la vida y de la salud de los trabajadores ante los riesgos laborales e intensifica de esta manera la eficacia horizontal de la garantía constitucional al interior de la empresa.

“En virtud del contrato de trabajo el empleador asumirá la obligación legal de “tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores (artículo 184 inciso 1º, CT). De esta obligación general del empleador es posible derivar la obligación específica de mantener un ambiente libre de acoso psíquico en los lugares de trabajo. Y es que, como observa la doctrina comparada, el ambiente laboral es fuente de riesgo no sólo para la integridad física del trabajador, sino que tiende a afectar el derecho a la salud en su globalidad. Y, sobre todo, son los riesgos “psicosociales los que se configuran hoy como los principales riesgos emergentes en las nuevas formas de organización laboral.

“Y no existe ninguna argumentación plausible, legal ni constitucionalmente, que impida a ese trabajador reclamar la reparación de todos los perjuicios que injustamente le haya causado el actuar negligente o malicioso de su empleador. Antes al contrario, el artículo 2329 CC establece que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Y la Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (artículo 19 N° 3 inciso 1º CPR), lo que no puede ser de otro modo puesto que también asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, agregando que “en Chile no hay persona ni grupo privilegiados (artículo 19 N° 2 inciso 1º CPR). Por ende, toda interpretación legal que tuviese como resultado excluir a los trabajadores del derecho a reclamar la reparación in integrum resultaría inadmisibile constitucionalmente.

“Las conductas constitutivas de acoso psíquico atentan contra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; en muchos casos también atacan otros derechos fundamentales y, en última instancia, ofenden siempre la dignidad de la persona.”

De la lectura del considerando sexto podemos reconocer el reconocimiento de las garantías constitucionales como límite a las facultades que tiene el empleador, vale decir, se trata de la aplicación del comentado artículo 5 de nuestro Código del Trabajo. Respecto del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica se señala que el artículo 184 impone al empleador la exigencia de una actitud activa de prevención y protección, debiendo tomar las medidas que sean necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores manteniendo un ambiente libre de acoso psíquico en el lugar de trabajo.

Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (artículo 19 número 4 de la Constitución Política de la República).

Es el numeral cuarto del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el precepto que los consagra. En el marco de las relaciones laborales, podríamos determinar que lo que se pretende es la protección de la dignidad del trabajador frente a órdenes, instrucciones y medidas provenientes del empleador.

El problema más frecuente dice relación con el control y registro de los trabajadores.

A modo de ejemplo de situaciones relacionadas a estas garantías, podemos señalar que la Dirección del Trabajo en Dictamen N° 1.366/79, de fecha 30 de marzo de 1998, ha determinado respecto a la honra del trabajador, para un caso concreto, que la utilización por parte de una empresa de dispositivos de detección o de revisión del personal consistente en un arco detector de metales de carácter magnético instalado

en la puerta principal de acceso a la empresa, no causa un menoscabo a la dignidad y honra de los trabajadores.³⁶

En cambio, frente al uso del polígrafo, dando cuenta de lo pluriofensivo de este instrumento, se ha sostenido que “se pone en juego el derecho al respeto y a la protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, porque, sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador no sólo estaría inmiscuyéndose en las esfera más íntima de la vida del trabajador, cual es, su conciencia y su derecho a reservarse información; sino que además estaría poniendo permanentemente en tela de juicio la honra del trabajador.”³⁷

Con relación a otro caso, vinculado a este derecho constitucional, se ha sostenido, con relación a la aplicación del artículo 25 del D.S. N°594 de 1999, que “no contar con servicios higiénicos en su área de trabajo, menoscaba la dignidad de la persona del trabajador, su intimidad, vida privada y honra amparados por el artículo 19 N°4 de la Constitución Política del Estado, e incluso una situación como la descrita, eventualmente daña la salud física y síquica del dependiente.”³⁸

Por último, se ha sostenido que “la medida de control de aplicar un test de alcoholemia al ingreso de los trabajadores, sin estar establecida en el Reglamento de Higiene y Seguridad de la empresa, sin señalarse el mecanismo de selección y sus características, importan una medida de hecho, que queda entregada al arbitrio y

³⁶ Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

³⁷ Dictamen N°684/50, de 06 de febrero de 1997, se hace referencia a él en Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

³⁸ Dictamen N°0266/099, de 17 de enero de 2007, se hace referencia a él en Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

discrecionalidad del empleador, sin que existan garantías de resguardo para la dignidad y honra que la Constitución asegura a todas las personas.”³⁹

Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 número 5 Constitución Política de la República).

Esta garantía reconocida en el numeral quinto del artículo 19 de la Constitución, adquiere especial importancia en la actualidad en lo que dice relación con el uso de nuevas tecnologías de información. Nos referimos precisamente a la utilización de correos electrónicos y en general a la navegación en internet.

Aplicada al ámbito laboral, la jurisprudencia administrativa, con relación a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, ha sostenido que, “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”.⁴⁰

Conciliando la vigencia de tal derecho fundamental, con las facultades empresariales, se ha dispuesto que será entonces el empleador quién podrá tomar la iniciativa para formalizar esta normativa interna de la empresa y, en el ámbito de sus facultades de administración, podrá también incorporar preceptos a este reglamento con el fin específico de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes, todo lo cual no obsta -como se ha dicho- que “el delegado del

³⁹ Dictamen N°8005/323, de 11 de diciembre de 1995, se hace referencia a él en Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

⁴⁰ Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009. Se hace referencia al Dictamen N°260/19, de 24 de enero de 2002.

personal, cualquier trabajador, o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva” (artículo 153 inciso 3º del Código del Trabajo), pueda impugnar de ilegalidad estas normas ante este Servicio. Se reitera, esta regulación podrá recaer en el uso del correo electrónico, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada.”⁴¹

Así las cosas, se ha señalado, por último, que “podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna Gerencia o Unidad de la empresa, envío que de esta forma perderá -en el instante- su condición de comunicación privada, regulación que sin embargo no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter privada, como asimismo, permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional.”⁴²

⁴¹ Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009. Se hace referencia al Dictamen N°260/19, de 24 de enero de 2002.

⁴² Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009. Se hace referencia al Dictamen N°260/19, de 24 de enero de 2002.

En este punto, quisiéramos referirnos a la resolución que rechaza recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva emanada del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó en conocimiento de demanda por despido vulneratorio de derechos fundamentales T-1-2008.

En el considerando cuarto de la resolución en comento, se ha declarado lo siguiente:

“CUARTO: En este caso, además, ha de asentarse claramente que la garantía de que trata este asunto, conforme a lo prevenido por el artículo 485 del Código del Trabajo, dice relación con la “inviolabilidad (...) “de toda forma de comunicación privada , contemplada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política del Estado, destacando aquí que el constituyente ha relevado, por razones históricas, el carácter intocable de este derecho, que constituye parte esencial de los contenidos republicanos de la tradición jurídica chilena. La referida indemnidad de cualquier forma de comunicación privada, en los términos indicados en la constitución, sólo admite su vulneración “en los casos y formas determinados por la ley. Esta precisa disposición, impide cualquier intento de afectarla por vía contractual o reglamentaria y con mayor razón, por la vía del reglamento interno de la empresa. Lo anterior por cuanto la referida inviolabilidad de las comunicaciones privadas, acompaña a la persona a donde quiera que ella se encuentre, incluso al interior de la empresa”.

Derecho a la libertad de conciencia y a la manifestación de todas las creencias y su ejercicio libre (artículo 19 número 6 inciso 1 de la Constitución Política de la República).

El inciso primero del número sexto del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental señala como garantías constitucionales:

“La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

La libertad de conciencia protege el fuero interno de la persona humana, la integridad de su conciencia, como un derecho de defensa frente a las intromisiones de cualquier tipo que pretendan violentarla. La conciencia constituye con el individuo una unidad indisoluble, la persona "es" tal con su conciencia, a diferencia de otros derechos, como la libertad de creencias, en que el individuo "adhiera" a una religión, filosofía, ideología o cuerpo de ideas. La libertad de conciencia exige asimismo al individuo una actuación externa conforme a sus propios juicios morales. El Estado está imposibilitado de penetrar en este ámbito, debiendo respetar el proceso intelectual y la búsqueda de la verdad que desarrolle autónomamente la persona, como asimismo, su comportamiento externo conforme a su conciencia.⁴³

⁴³ NOGUEIRA, H. Revista *Ius et Praxis*, 12 (2): 13-41, 2006.

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=es&nrm=iso>.

Derecho a emitir opinión y de informar libremente, con la advertencia que indica por su mal uso (artículo 19 número 12 inciso 1 Constitución Política de la República).

El inciso primero del número duodécimo del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental consagra estos derechos:

“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades...”

Libertad de trabajo y su protección, el derecho a su libre elección y a exigir que no resulten lesionados en el ejercicio y relación laboral (artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República).

Este derecho fundamental específicamente laboral es la manifestación del principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Fundamental.

Dispone el artículo 19 N°16, en su inciso tercero: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico (constitucional y legal) también reconoce, de forma autónoma y con substantividad propia pero evidentemente imbricada al mandato general de igualdad la noción de prohibición de discriminación, no siendo esta última una mera especificación de aquel sino una valoración singular de

la necesidad de una protección especial y reforzada de ciertas situaciones de desigualdad consideradas particularmente nocivas.⁴⁴

Desde luego, y tal como cabe referirlo de los demás derechos fundamentales, ya no se trata de un mandato general de igualdad dirigido sólo a los poderes públicos sino que también a los particulares, y concretamente en el ámbito de la empresa. Justamente es en éste donde ha logrado un mayor desarrollo la noción de discriminación.⁴⁵

En cuanto al tema relativo a la discriminación laboral presente en las ofertas de trabajo, podemos señalar que en este punto el Procedimiento de Tutela Laboral no contempla la protección a la no discriminación laboral.

Principio de no discriminación, se sanciona los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

⁴⁴ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004, citado en Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

⁴⁵ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004, citado en Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

El concepto de no discriminación exige la paridad o identidad de trato, es decir, equivalencia entre el tratamiento dispensado y la norma estándar, admitiendo sólo derogaciones o excepciones expresas con fundamento constitucional.⁴⁶

En este sentido, las únicas diferencias de trato basadas en alguna de las motivaciones calificadas como discriminatorias que permite el ordenamiento jurídico — concretizadas en la normativa laboral— son aquellas expresamente señaladas por la Constitución o la Ley, a saber: la “nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos” (artículo 19, N° 16, inciso tercero, de la Constitución Política).⁴⁷

A su vez, el inciso cuarto del artículo segundo del Código del Trabajo establece:

“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”

La incorporación en nuestra legislación de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), no puede agotarse en una formulación cerrada, impidiendo la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal o respecto de las cuales su encuadre en ellas sea dificultoso o

⁴⁶ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004, citado en Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

⁴⁷ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004, citado en Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

dudoso. A dicha configuración ha de llegarse a través de la fórmula constitucional contenida en el inciso tercero, del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política: “*Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal*”, que abre, en función de su preeminencia jerárquica en el sistema de fuentes, la cerrada fórmula legal a otro tipo de diferencias de trato en el ámbito laboral no previstas en la norma. La norma constitucional establece cuál ha de ser la única motivación legítima para establecer diferenciaciones de trato en el ámbito laboral, calificando las restantes como discriminatorias, configurando de esta manera un modelo antidiscriminatorio abierto y residual.⁴⁸

Así las cosas, la ilegitimidad de los criterios de distinción enumerados por el legislador viene determinada de antemano por éste; en cambio, respecto de aquellos no especificados, su ilegitimidad dependerá de su falta de fundamentación objetiva y razonable.⁴⁹

Derecho de indemnidad (artículo 485 inciso 2° del Código del Trabajo).

Además de los derechos anteriormente tratados, la acción de tutela protege un derecho cuyo origen es la propia ley 20.087. Esta ley da lugar a un derecho fundamental no expresamente previsto por la Constitución Política de la República cual es la garantía de indemnidad, aunque claramente su fundamento lo encontramos en un derecho fundamental constitucional: el de tutela judicial efectiva.

⁴⁸ Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009, en el cual se hace referencia al contenido del Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁴⁹ LIZAMA, LUIS Y UGARTE, JOSÉ LUIS, citados en Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009.

La garantía de indemnidad consiste en el derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales.

El inciso tercero del artículo 585 del Código del Trabajo, a continuación de señalar cuándo se entienden lesionados los derechos fundamentales protegidos por el procedimiento de tutela laboral, establece:

“En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas contra los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.

Como ha destacado la doctrina, la garantía de indemnidad vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalia empresarial distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos.⁵⁰

2.2.2 SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

⁵⁰ UGARTE, JOSÉ LUIS, “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, Revista de Derecho, Vol.XX, número 2, Diciembre de 2007, Santiago, Chile, p.63.

Junto con señalar cuáles son los sujetos legitimados para accionar el procedimiento de Tutela Laboral, se debe hacer mención a dos situaciones que contempla este procedimiento.

En este proceso se dan dos tipos de acciones a saber, una acción general que se puede intentar durante la vigencia de la relación laboral y en este caso los legitimados activos pueden ser cualquier trabajador o la organización sindical siempre que tenga un derecho o un interés legítimo, que va a tener que, naturalmente, demostrarlo ante el juez; y la Inspección del Trabajo previa mediación. Este requisito se agregó después, en el debate en el Parlamento. Es decir, va a intentar primero una mediación y luego va a interponer esta denuncia por las violaciones de estas garantías constitucionales.⁵¹

Como podemos ver, en el caso de esta acción general, hay varios legitimados activos que tienen la facultad de dar inicio a este procedimiento. Es así como el artículo 486 del Código del Trabajo establece:

“Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento.

Cuando el trabajador afectado por una lesión de derechos fundamentales haya incoado una acción conforme a las normas de este Párrafo, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado, directamente o por intermedio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante.

⁵¹ SEMINARIO La nueva justicia laboral (Santiago, Chile, 2005). Los procedimientos especiales en la nueva justicia del trabajo. Santiago, Chile, Colegio de Abogados de Chile, 2005. 53 p.

Sin perjuicio de lo anterior, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, podrá interponer denuncia, y actuará en tal caso como parte principal.

La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso.”

Del análisis de la norma recién citada, podemos determinar la consagración de la legitimación activa tanto como parte principal o como tercero coadyuvante.

Ahora bien, en el caso de la acción por despido, es decir, cuando ha habido un despido con ocasión de la violación de estas garantías, sólo tiene la acción el trabajador afectado por el despido. En este caso se restringe la legitimación activa, no puede ser ni la organización sindical ni, por supuesto, la Inspección del Trabajo.⁵²

Es así como el inciso primero del artículo 489 del Código del Trabajo establece:

“Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado.”

Por tanto, tendrán legitimación activa:

1. Trabajador
2. Sindicato
3. Inspección del Trabajo

⁵² SEMINARIO La nueva justicia laboral (Santiago, Chile, 2005). Los procedimientos especiales en la nueva justicia del trabajo. Santiago, Chile, Colegio de Abogados de Chile, 2005. 53 p.

Pero en aquellos casos en que se produzca la vulneración con ocasión del despido sólo estará legitimado para ejercer la acción de tutela laboral, el trabajador vulnerado en sus derechos fundamentales.

En cuanto al sujeto pasivo del procedimiento de tutela laboral, sólo diremos por ahora, a modo de adelanto, que éste no queda restringido al empleador. Más adelante, en el Capítulo Tercero de esta obra fundamentaremos la afirmación que acabamos de realizar.

2.2.3 OBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

Como se ha señalado por Cecily Halpern Montecino, durante charla efectuada el 13 de diciembre de 2005, sobre procedimientos especiales laborales, *“La finalidad es retrotraer la situación al estado anterior en la que estaba el trabajador antes de que fuera lesionado en sus garantías constitucionales”*.⁵³

Concordante con dicha finalidad, y con el objeto de suspender el acto vulneratorio de los derechos y garantías protegidos, el artículo 492 del Código del Trabajo establece que el juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles. Ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida

⁵³ SEMINARIO La nueva justicia laboral (Santiago, Chile, 2005). Los procedimientos especiales en la nueva justicia del trabajo. Santiago, Chile, Colegio de Abogados de Chile, 2005. 53 p.

decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. Se establece que contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.

En este punto resulta indispensable mencionar posibles mecanismos eficaces para lograr la tutela de derechos durante el desarrollo del procedimiento.

El artículo 491 del Código del Trabajo nos señala que, admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo tercero. Este procedimiento, a su vez y en virtud del artículo 432 del Código anteriormente mencionado, permite la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil, siempre que su aplicación no sea contraria a los principios que informan el nuevo procedimiento laboral. Concordante con esto, tendrán aplicación las medidas de apremio contenidas en el citado Código de Procedimiento, en la medida que no sean contrarias a los principios que informan el procedimiento laboral.

Es por ello que, por la plena aplicación de los libros I y II del Código de Procedimiento Civil no habría inconveniente en la aplicación de las medidas contenidas en el artículo 238 de dicho cuerpo legal.

Así es como el fallo 3779-2009, de la Corte Suprema, ha sostenido que la medida de arresto es procedente y necesaria para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, atendido al caso particular sobre el cual versa la sentencia. En este fallo, la finalidad de la medida aplicada ha sido que las cosas se retrotraigan al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración de garantías constitucionales. Es por ello que el arresto producido para la cautela de los bienes jurídicos inherentes a la persona humana, es considerada en este caso por la Corte Suprema, como una medida legalmente justificada.

Los considerandos 6º a 10º resultan esclarecedores en cuanto a la aplicación de las medidas contenidas en nuestra legislación, que resultan eficaces para los objetivos de este procedimiento.

“6º.– Que, con el objeto de asegurar el acatamiento de la decisión adoptada y precaver al trabajador de los efectos de la conducta desleal o antisindical de su contraparte, el Código del Trabajo ordena que la suspensión de los efectos del acto impugnado lo sea respecto del denunciado bajo el apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que puede repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada, como lo autoriza el artículo 492 del texto legal en referencia, resolución en contra de la cual no se admite recurso alguno de conformidad al inciso final de ese artículo.

7º.– Que en lo que se refiere a la normativa general aplicable a este especial procedimiento, además de las normas propias a que ya se hizo referencia, el artículo 432 del Código del Trabajo ha consagrado en su inciso primero la supletoriedad de las normas contenidas en los libros I y II del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se ubica el artículo 238, vinculado al cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los preceptos anteriores, permitiendo al juez de la causa la adopción de medidas conducentes para su cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto de hasta dos meses, los que serán determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio.

9º.– Que una interpretación distinta implicaría, además, una contradicción manifiesta en los procedimientos laborales, toda vez que supondría la posibilidad de decretar arrestos respecto de la ejecución de cualquier resolución judicial de índole laboral, expedida en el procedimiento general, encaminada a obtener su cumplimiento respecto del contumaz, en tanto, que para aquellos casos que se refieran al procedimiento tutelar laboral, vinculado a la salvaguardia de garantías que se consideran por la Carta Fundamental como trascendentales e inherentes a toda persona humana, el órgano jurisdiccional se vería restringido sólo a aplicar apremios económicos, lo que significaría mantener indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales, como lo ordena el artículo 495 del código, que impone al juez la obligación de velar, para que la situación de que se trata, se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada.

10° Que en consecuencia, el mérito de los antecedentes y lo expresado en los motivos que anteceden, permiten a estos jueces adquirir convicción acerca de la inexistencia de algún hecho que constituya privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual del amparado Eliecer Mauricio Fuentes Zenteno, quien se encuentra afecto a una orden de arresto, expedida por autoridad facultada para decretarla, en un caso previsto por la ley y con antecedentes que la justifican.”

Para el caso especial de la vulneración de derechos con ocasión del despido del trabajador, en el caso de acogerse la denuncia, establece el inciso tercero del artículo 489 que el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 162 del Código del Trabajo y la establecida en el artículo 163 del Código del Trabajo, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo, y adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Podemos entonces observar, que además de las indemnizaciones laborales correspondientes a la sustitutiva de aviso previo y a la de indemnización por años de servicio, si proceden, se establece una indemnización adicional cuyo monto fluctuará entre los seis y once meses de la última remuneración mensual.

Ejemplo de la aplicación de la última indemnización que señala el inciso indicado, es la condena que se establece en la sentencia del primer procedimiento de tutela tramitado en Chile, conocido por el Juzgado del Trabajo de Copiapó en causa RII 01-2008. En ella, la empresa demandada por vulneración al derecho en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada es condenada con la sanción especial mencionada, que en esta causa el juez avaluó en siete últimas remuneraciones, sentencia que fue confirmada vía recurso de nulidad por la Corte de Apelaciones de Copiapó.

Sin duda que los objetivos de este procedimiento son la suspensión del acto lesivo junto a la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de

derechos. Ello puede ser concluido de la lectura de la norma que señala el contenido de la sentencia en su parte resolutive:

Es así como el artículo 495 del Código del Trabajo establece:

“La sentencia definitiva deberá contener, en su parte resolutive:

1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;
2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492;
3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y
4. La aplicación de multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código.

En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.”

La sentencia ordenara, en definitiva:

1. CESE INMEDIATO: En el caso de que persista el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo.
2. MEDIDAS DE REPARACIÓN: Estas medidas están dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos ocurrida.
3. INDEMNIZACIONES: Indemnizaciones que procedan. Tener en cuenta que el objeto de esta obligación es la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos que se ha producido.
4. MULTAS: Multas, de conformidad al Código del Trabajo.

2.2.4 ROL DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.

Una vez que se ha interpuesto una denuncia por vulneración de derechos fundamentales, ante la jurisdicción laboral, la Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso.

El inciso cuarto del artículo 486 del Código del Trabajo, faculta al Tribunal que conoce de esta acción de tutela, para requerir de la Inspección del Trabajo, que emita un informe acerca de los hechos denunciados. El requerimiento se efectúa a la Inspección del Trabajo y no a la Dirección del Trabajo, motivo por el cual debe entenderse, que se trata de la Inspección del Trabajo “respectiva”, es decir, aquella competente en razón del territorio, y que el informe debe limitarse solo a los hechos denunciados en el caso concreto, y que dicha repartición haya podido constatar, pero no a generalidades relativas a la conducta reclamada al empleador, ni menos a apreciaciones de tipo jurídico ni doctrinarias.⁵⁴

Este mismo inciso señala la facultad que se le otorga a la Inspección del Trabajo para hacerse parte en el proceso. Se debe hacer presente que la disposición en comento no aclara si deberá hacerse parte como principal o como tercero coadyuvante.

Además de esta obligación de emitir un informe respecto de los hechos denunciados, la Inspección del Trabajo tiene un verdadero “deber de denuncia”, establecido en el mismo artículo establece el deber anterior. Señala el inciso quinto de este artículo:

“Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente.

⁵⁴ AGUAYO, CRISTIAN y SKOKNIC, IVO, “Fiscalización Laboral”, Editorial Puntotex, 2009, Santiago, Chile, pág.12.

Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas de este Párrafo. La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable.”

En esta materia queda claro que la Inspección del Trabajo actúa como parte principal, si comparece en la causa, sin que corresponda aceptarse como parte ni como tercero coadyuvante, ni al trabajador afectado ni a la organización sindical a la cual pertenezca, sin perjuicio de la acumulación de procesos, si dicho trabajador efectuó idéntica denuncia basada en los mismos hechos.⁵⁵

No obstante lo anterior la Inspección del Trabajo debe llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas. Esta mediación es obligatoria cuando es la Inspección del Trabajo la que denunciará los hechos, no cuando sea el trabajador o la organización sindical la que debe efectuar la denuncia.⁵⁶

En cuanto a todo lo que se ha explicado respecto de la denuncia que puede realizar la Inspección del Trabajo ante Juzgados Laborales, no se debe olvidar la limitación existente respecto de esta denuncia cuando se trate de la vulneración de derechos con ocasión del despido, ya que el inciso primero del artículo 489 del Código del Trabajo dispone que “Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”.

⁵⁵ AGUAYO, CRISTIAN y SKOKNIC, IVO, “Fiscalización Laboral”, Editorial Puntotex, 2009, Santiago, Chile, pág.13.

⁵⁶ ORELLANA, FERNANDO, Comentarios al Nuevo proceso laboral, Tercera Edición, Santiago, Chile, Librotecnia, 2009. 332 p.

De este modo, podríamos concluir que en cuanto a lo que dice relación con el procedimiento de Tutela Laboral y de acuerdo a lo señalado anteriormente, la Inspección del Trabajo tiene los siguientes deberes:

1. Emitir informe acerca de los hechos denunciados
2. Deber de denuncia
3. Deber de mediación obligatoria

2.3 RECURSO DE PROTECCIÓN Y PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL: PARALELO.

En opinión del autor Sergio Gamonal, la acción de protección se ha mostrado absolutamente inútil para la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral, debido a que el recurso de protección no acoge los principios del Derecho del Trabajo que dan cuenta de una relación en que el trabajador se encuentra en una posición más débil que el empleador; tampoco se obtiene la declaración de nulidad de los actos lesivos a los derechos o el pago de indemnizaciones, para lo que se requiere un proceso de fondo, y porque se excluye la protección de la discriminación laboral.⁵⁷

La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección, y de la forma de tramitación en el auto acordado complementario, alejados de los principios propios del derecho del trabajo y de su rol compensador a favor del contratante débil, produce una

⁵⁷ GAMONAL, SERGIO y PRADO, PAMELA, "El mobbing o acoso moral laboral", Editorial LexisNexis, Segunda edición, 2007, Santiago, Chile, p.138.

evidente insensibilidad de esta acción a la posición procesalmente débil del trabajador en litigios de derechos fundamentales y laborales en general, cuestión ampliamente destacada en la doctrina comparada.⁵⁸

Se debe tener presente que el recurso de protección ha sido muy criticado debido a la limitación de los derechos que se protegen por medio de él. En todo caso, no podemos negar que podemos hacer una crítica similar al procedimiento de tutela laboral, ya que se ha señalado en forma taxativa cuales son los derechos fundamentales protegidos, quedando así algunos derechos sin esta protección.

Otro aspecto importante es el de la carga de la prueba. En este punto, el procedimiento de tutela presenta una gran ventaja debido a la llamada “prueba indiciaria”. Establece el artículo 493 del Código del Trabajo:

“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

En la práctica, esto implica una atenuación de la carga probatoria del afectado, vale decir del trabajador. Esto resulta de vital importancia debido a que de algún modo tiende a equilibrar la situación del trabajador frente al denunciado.

3.-RESPONSANBILIDAD DEL MANDANTE FRENTE A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS PROTEGIDOS.

⁵⁸ UGARTE, JOSÉ LUIS, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, 2004, Santiago, Chile, p.130.

Durante el desarrollo del presente capítulo, se analizará la incidencia que la vulneración de los derechos fundamentales tiene en aquellas situaciones de relaciones laborales triangulares.

Particularmente interesa analizar la situación producida en el caso de la figura de la subcontratación, a modo de determinar cuál es la responsabilidad que cabe al mandante frente a estas vulneraciones.

Respecto de la subcontratación, entonces, resulta esencial determinar si ante una vulneración de derechos por su parte es posible o no interponer la acción de tutela en su contra, y en caso de ser acogida cual es la responsabilidad que debe asumir en la práctica.

3.1-ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDANTE BAJO LA APLICACIÓN DE LA LEY 20.123.

El régimen general de responsabilidad, con la dictación de la Ley 20.123, sigue siendo la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal (mandante).

Establece el artículo 183 D de nuestro Código del Trabajo:

“Si la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral...”

Lo que esto quiere decir, es que dependerá de la empresa principal el hecho de mantener o no responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones laborales y previsionales que los contratistas o subcontratistas tengan a favor de sus trabajadores.

Si la empresa principal ejerce efectivamente los derechos de control que se le otorgan en el artículo 183 C, entonces no se alterará este tipo de responsabilidad. Si, por el contrario, no da cumplimiento a las obligaciones aludidas, su responsabilidad será solidaria.

Prescribe el artículo 183 B:

“La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral...”

La justificación de esta norma legal es incentivar el sistema de autocontrol de cumplimiento de la legislación laboral: la empresa principal ve agravado su grado de responsabilidad de subsidiaria a solidaria por el hecho propio de no ejercer los derechos que la ley le otorga – de información y retención - . Ambos derechos van dirigidos, precisamente, a velar por el respeto de los derechos del trabajador en régimen de subcontratación.⁵⁹

El análisis de los derechos de información y retención escapa al objetivo de esta investigación, sin embargo resulta conveniente una somera explicación respecto de ellos.

⁵⁹ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p. 59.

El derecho de información se encuentra consagrado en el inciso primero del artículo 183 C, y consiste en el derecho que tiene la empresa principal a ser informada por la empresa contratista sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éste correspondan respecto a sus trabajadores.

El derecho de retención, a su vez, se encuentra en el inciso tercero del mismo artículo 183 C, el cual establece:

“En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este Párrafo...”

Este derecho consiste entonces en la retención del pago de sumas que correspondan a los contratistas en caso de incumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de parte de aquéllos para con sus trabajadores.

Podemos decir, a modo de síntesis, que la Ley 20.123, respecto de las obligaciones de dar de contenido laboral y previsional, consagra un sistema de responsabilidad subsidiaria que dependiendo de la actitud de la empresa principal o mandante podría convertirse en solidaria.

Esto quiere decir en la práctica, que frente a la situación de que exista responsabilidad subsidiaria, el trabajador a quien se adeudan obligaciones laborales y previsionales de dar por parte del contratista, sólo podrá demandar a la empresa principal en caso de no haber sido posible hacer efectiva la responsabilidad del contratista (deudor principal). En caso de haberse configurado la situación que lleva como consecuencia la responsabilidad solidaria de la empresa principal, el trabajador a quien se adeudan obligaciones laborales y previsionales de parte del contratista o subcontratista, podrá demandar al contratista o a la empresa principal por el total de la deuda.

Establecido aquello convendría determinar la extensión de la expresión “obligaciones laborales y previsionales”.

La Dirección del Trabajo ha sostenido que la responsabilidad solidaria que asiste a la empresa principal y al contratista por las obligaciones laborales de dar a favor de los trabajadores del contratista o subcontratista, según corresponda, alcanzará a todas aquellas obligaciones que, derivando de los contratos individuales o colectivos de trabajo o del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, consistan en el pago de una suma de dinero determinada.⁶⁰

Por su parte, la Corte Suprema en fallo 2895-2009, acogiendo recurso de casación, ha señalado en la segunda parte de su considerando undécimo:

“11º En este sentido, la ley no ha hecho exclusión de ningún tipo de prestaciones, de manera que, y en atención a los principio que informan el Derecho del Trabajo, debe entenderse que ésta responsabilidad abarca las obligaciones de naturaleza laboral, sean de fuente legal o contractual, razón por la cual las indemnizaciones así como la compensación de feriados y todos las demás obligaciones que por esta sentencia se establecen, cuyo origen se encuentra en la ley, caben perfectamente en lo que el legislador a denominado "obligaciones laborales y previsionales", no siendo lícito hacer distinciones de alguna especie cuando la propia ley no lo ha efectuado”.

En consecuencia, el origen de las obligaciones laborales y previsionales por las cuales debe responder la empresa principal puede ser legal o contractual.⁶¹

Otro aspecto de vital importancia a considerar en nuestro estudio es si dentro de las tan mencionadas “obligaciones laborales y previsionales” se entienden incluidas

⁶⁰ DICTAMEN ORD. Número 141/5 – Dir. Trabajo – 10.01.2007

⁶¹ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p.37.

las indemnizaciones por término de contrato de trabajo. El artículo 183 B es claro al establecer que se entienden “incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral”.

Si bien es cierto que la Ley 20.123 consagra un sistema de responsabilidad subsidiaria como regla general, que eventualmente podría derivar en responsabilidad solidaria, existe en materia de seguridad e higiene la responsabilidad directa de la empresa principal. Establece el **artículo 183 E** del Código del Trabajo:

“Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud del artículo 184, la empresa principal **deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena...**”

Esta norma otorga a los trabajadores el derecho a exigir que no sólo el contratista adopte todas las medidas que se requieran para proteger su vida y salud en el lugar donde trabajan, sino que también sean adoptadas por la empresa principal (mandante).

Se genera de este modo responsabilidad directa de la empresa principal ante todos aquellos casos en que no se le dé cumplimiento a la obligación que impone esta norma legal.

Esta obligación que adquiere el mandante respecto de los trabajadores en régimen de subcontratación es de vital importancia, ya que revela una vinculación jurídico-laboral entre ambos. Si bien está claro que es la empresa contratista el empleador de estos trabajadores, no se puede desconocer el vínculo existente entre éstos y el mandante. Además, se trata de un vínculo que tiene la particularidad de establecer obligaciones estrechamente ligadas con garantías fundamentales.

Se trata precisamente de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores subcontratados., revelando de este modo el rol activo que debe jugar la empresa principal en la protección de la vida de los trabajadores subcontratados.

3.2 MANDANTE COMO SUJETO PASIVO EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.

Como ya habíamos adelantado en el capítulo segundo de esta obra, el sujeto pasivo en el procedimiento de tutela laboral no queda restringido al empleador. En primer lugar debemos preguntarnos a quiénes se extiende la eventual calidad de sujeto pasivo en el procedimiento de tutela laboral. Una vez que encontremos la respuesta a esta interrogante podremos determinar caso a caso que sucede en las distintas situaciones que se presentan con motivo de la existencia de las relaciones triangulares de trabajo. Todo esto para llegar a determinar si en aquellos casos donde se configura la subcontratación laboral resulta posible accionar en contra de la empresa principal.

El artículo 485 de Código del Trabajo consagra el procedimiento de Tutela Laboral señalando:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará **respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales**, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores....”

Luego esta misma norma enumera los derechos fundamentales protegidos, y en su inciso tercero señala cuando se entenderá que estos derechos y garantías resultan lesionados. Aquí se encuentra la respuesta a nuestra interrogante:

“Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el **ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador** limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial....”

De esta norma podemos deducir que nos encontraremos frente a la vulneración de los derechos protegidos **cada vez que estas vulneraciones se produzcan a consecuencia del ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador.**

La norma en análisis no se ha encargado de limitar el ejercicio de la acción en contra del empleador, sino que nos señala que podremos accionar cuando la vulneración de un derecho fundamental protegido se produzca con ocasión del ejercicio de las facultades reconocidas por ley al empleador. A lo largo del desarrollo de este capítulo veremos que no es siempre el empleador quien se encuentra en situación de ejercer las facultades que por ley se le reconocen y por tanto no será él quien esté en situación de vulnerar derechos al trabajador. Muchas veces serán otros sujetos quienes se encuentren protagonizando situaciones en que se vulneran derechos del trabajador como consecuencia del ejercicio de las facultades que corresponden al empleador.

Podemos complementar esta interpretación del artículo 485 con el hecho de que la Ley 20.087 no establece quién es específicamente el sujeto pasivo en el procedimiento de tutela laboral. Como señalan los autores Lizama y Ugarte: *“La Ley 20.087 que crea el procedimiento de tutela no establece, en rigor, quién es exactamente el sujeto pasivo de dicha acción sino que en diversas disposiciones de dicha ley da a entender que debe ejercerse contra quien ejerce las facultades del empleador. En efecto, el artículo 485 de hecho, al establecer como la denominada prueba indiciaria, en el artículo 493, se hace referencia no al empleador, sino al denunciado, y en la sentencia definitiva la ley nuevamente omite la referencia al*

*empleador, ya que señala que deben indicarse las medidas concretas de reparación a que se encuentra obligado el infractor.*⁶²

A la interpretación del artículo 485 que hemos realizado y a las disposiciones señaladas por los autores a quienes hemos hecho referencia, podemos agregar lo establecido por el artículo 486 del mismo Código:

“Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales **en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral**, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento”.

De este modo, no cabe duda que el procedimiento de tutela laboral no limita la legitimidad pasiva al empleador. Podremos accionar este cada vez que se lesionen derechos fundamentales en el ámbito de relaciones jurídicas que sean de conocimiento de la jurisdicción laboral, y lo haremos justamente en contra de quienes estén provocando la vulneración de derechos con ocasión del ejercicio de las facultades que corresponden al empleador.

El sujeto infractor de derechos y garantías protegidos a través de este procedimiento podrá encontrarse ejerciendo facultades que competen al empleador ya sea porque:

1. Es el propio empleador quien está ejerciendo las facultades que por ley se le otorgan.

⁶² LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p.107.

2. Es un sujeto distinto al empleador, pero a quien la ley le ha delegado el ejercicio de ciertas facultades que corresponden al empleador.
3. Es un sujeto distinto al empleador, en quien la ley no ha delegado el ejercicio de facultades propias del empleador, sin embargo se encuentra en una relación jurídica con el sujeto a quien se han vulnerado sus derechos.
4. Es un sujeto distinto al empleador, en quien la ley no ha delegado el ejercicio de facultades propias del empleador, y tampoco se encuentra relacionado jurídicamente con el sujeto a quien se han vulnerado sus derechos.

Situación en que es el propio empleador quien está ejerciendo las facultades que por ley se le otorgan y como consecuencia de ello se produce la vulneración de derechos protegidos.

Este caso sólo merece un simple análisis a nuestro juicio. Haciendo aplicación de los artículos 485 en su inciso tercero y del inciso primero del artículo 486, resulta claro el caso del empleador como sujeto pasivo del procedimiento de tutela. Es esencial recordar que esta calidad le corresponde no por ser empleador, sino más bien por tratarse del empleador haciendo ejercicio de las facultades que como empleador la ley le ha otorgado.

Situación en que quien está ejerciendo las facultades de empleador es un sujeto distinto al empleador, pero a quien la ley le ha delegado el ejercicio de ciertas facultades que corresponden al empleador.

Es este justamente el caso que se presenta cuando nos encontramos ante la figura del suministro de trabajadores. Se trata de una situación en que quien vulnera los derechos de los trabajadores es un sujeto distinto del empleador, y lo hace con ocasión del ejercicio de facultades que normalmente ejerce el empleador, pero que la ley ha delegado en él.

Como bien se ha señalado anteriormente en esta obra, la empresa usuaria no es el empleador, pero ejerce facultades del empleador por expresa disposición del artículo 183 X del Código del Trabajo. Al ejercer el poder de dirección y el poder disciplinario (de acuerdo al artículo recién mencionado) es factible que se produzcan situaciones en las cuales la empresa usuaria vulnere derechos y garantías fundamentales protegidas. A su vez, el artículo 183 Y establece un deber de respeto de los derechos fundamentales del trabajador por parte de la empresa usuaria.

Siendo coherente con la reciente evolución del Derecho del Trabajo chileno en la que cobra una clara relevancia la promoción del respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, la Ley N° 20.123 incorporó el artículo 183 Y del Código del Trabajo mediante el cual la ya referida temática de la ciudadanía en la empresa es situada en el plano de la subcontratación de servicios personales, vale decir, respecto de una especial modalidad de contratación laboral caracterizada por su trilateralidad, lo cual viene a introducir nuevos elementos para dimensionar el alcance efectivo que pueden llegar a tener las garantías constitucionales de los trabajadores en el plano laboral.⁶³

El primer inciso del artículo 183 Y del Código del Trabajo establece:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

⁶³ CAMANO, E. Revista *Ius et Praxis*, 13 (2): 157-194, 2007.

<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200008&script=sci_arttext>.

Recordemos lo señalado por el inciso primero del artículo número 5 del mismo Código:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

Como podemos concluir de la lectura de ambos artículos, se trata de la misma norma, cuya única diferencia radica en que el artículo quinto hace referencia al empleador, y el 183 Y a la empresa usuaria.

La norma del artículo 183 Y, aunque copia del artículo quinto del mismo Código, tiene pleno sentido: dichos derechos fundamentales pueden ser afectados por el ejercicio de poderes jurídicos de mando sobre el trabajador, que normalmente corresponden al empleador, pero que en el caso especial del suministro legal de trabajadores, están transitoriamente cedidos a la empresa usuaria. Si el trabajador transitorio es sometido, por ejemplo, a revisiones que afecten su integridad física y síquica, o su intimidad, esa situación no es imputable al empleador, que no toca arte ni parte en esta materia, sino a quien la ley, en el reconocimiento innegable de la realidad, le reconoce explícitamente el poder de mando en la prestación de servicios, esto es, a la empresa usuaria.⁶⁴

Resulta esencial en este punto, el estudio de los antecedentes del artículo 183 Y del Código del Trabajo.

En particular, el artículo 183 Y del Código del Trabajo tiene su antecedente directo en las indicaciones que presentaron los Senadores Parra y Ruiz De Giorgio durante el desarrollo del primer trámite legislativo ante el Senado, ocasión en la que se

⁶⁴ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, pág.106.

propuso la incorporación del artículo 152 AB (que luego en el proyecto pasa a ser el artículo 152 Z) el cual tenía el mismo tenor que el actual artículo 183 Y del Código del Trabajo. Ahora bien, es interesante destacar que al momento de la discusión de este artículo en dicha instancia legislativa se señaló por el Senador Sergio Fernández, que ***esta norma no sería necesaria, ya que a su juicio siempre deben respetarse las garantías constitucionales, no sólo de los trabajadores, sino de todas las personas.*** Por su parte, los representantes del Ejecutivo señalaron que los incisos de este precepto equivalen a lo consagrado en las normas generales del Código del Trabajo, a saber, en sus artículos 5 y 154 bis, respectivamente, pero lo relevante es que el artículo 152 AB ***establecería las obligaciones del caso para la usuaria, que en este tipo de contratos no es el empleador del trabajador en cuestión, por lo que en la norma propuesta hay envuelto un fuerte sentido promocional de los derechos fundamentales.*** En definitiva, puesto luego en votación el artículo 152 AB fue aprobado unánimemente, aunque con la salvedad del Senador Fernández de estimar innecesaria esta norma.⁶⁵

De la lectura del segundo informe de la Comisión del Trabajo del Senado, podemos observar que los senadores Fernández, Canessa y Romero indican eliminar la norma del artículo 152 Z.

Las indicaciones fueron rechazadas con los votos contrarios de los Honorables senadores señores Fernández, Lavandero, Parra y Ruiz De Giorgio, Y el voto favorable del honorable senador señor Canessa.⁶⁶

El senador parra rechazó la indicación, fundamentando del siguiente modo:

“...a pesar de que podría estimarse que las normas constitucionales y legales que regulan estas materias hacen innecesario este precepto, siempre es bueno

⁶⁵ CAMANO, E. Revista lus et Praxis, 13 (2): 157-194, 2007.

<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200008&script=sci_arttext>.

⁶⁶ Segundo informe de la Comisión del Trabajo del Senado, Historia de la Ley 20.123, p.283.

consagrar estos aspectos de manera expresa, especialmente considerando que aluden a obligaciones que asume la usuaria, que no es parte del contrato de trabajo de servicios temporarios”.⁶⁷

Posteriormente, los señores Fernández, Canessa, Arancibia, Cariola, Chadwick, Coloma, Stange, Romero y Novoa, insistieron en retirar la norma en estudio por estimarla innecesaria y reiterativa. Al respecto, el senador Viera Gallo señaló que:

“...con este artículo o sin él, resulta obvio que, si hay involucradas garantías constitucionales, deben ser respetadas. Y, en lo que respecta al inciso segundo, lo propio ha de ocurrir con la ley de protección a los datos privados de las personas. O sea, es algo elemental. Ahora, si se quiere reafirmar lo anterior, está bien incluirlo en el proyecto. Pero si alguien desea suprimirlo, que no crea que por eliminarlo desaparecerán las obligaciones pertinentes.”⁶⁸

Frente a este pronunciamiento por parte del senador Viera Gallo, el Senador Fernández insistió señalando que la norma estaría de más debido a que la Constitución rige por sí sola, y que su intención de retirar la norma obedecería a un fundamento de técnica legislativa, dando a entender que no se opone al contenido de la norma. Los senadores que habían insistido en la eliminación de la norma terminaron por retirar dicha indicación y la norma se mantuvo hasta consagrarse como el artículo 183 Y.

Teniendo en cuenta estos antecedentes derivados del análisis de la historia de la Ley 20.123 no cabe sino mostrarse conforme y satisfecho de que la norma del artículo 183 Y haya podido ser incorporada al Código del Trabajo luego de los diversos vaivenes que precedieron a la dictación de esta ley, ya que ello viene a posicionar

⁶⁷ Segundo informe de la Comisión del Trabajo del Senado, Historia de la Ley 20.123, p.283.

⁶⁸ Discusión en Sala, Historia de la Ley 20.123, p.411.

fuertemente el tema de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales atípicas, por tanto, más allá de lo que constituye una relación laboral típica o normal concebida a partir de la óptica tradicional del Derecho del Trabajo.⁶⁹

Existe entonces, sin lugar a dudas, una obligación para la empresa usuaria en orden a respetar los derechos fundamentales de los trabajadores suministrados.

Debido a que a la empresa usuaria se le han conferido facultades propias del empleador, ella será un potencial infractor de las garantías constitucionales y por tanto no cabe duda de su eventual posición como sujeto pasivo de la acción de tutela de derechos fundamentales.

Sostener otra opinión, privando de la acción de tutela en el caso de suministro legal de trabajadores frente a la empresa usuaria, sería privar de efectos jurídicos a la norma contenida en el artículo 183 Y. Cabe aquí recordar, en ese sentido, la máxima interpretativa de esta solución, de considerar a la empresa usuaria como posible sujeto pasivo de la acción de tutela del trabajador transitorio, es coherente, además, con la norma que fija el ámbito de aplicación de este procedimiento (artículo 486 de la ley 20.087). Y las relaciones entre el trabajador y la empresa usuaria, precisamente, quedan reguladas por la ley laboral y son de competencia de la jurisdicción laboral.⁷⁰

Ya que es en definitiva la empresa usuaria quien se relaciona día a día con el trabajador transitorio, ejerciendo el poder de dirección y el poder disciplinario hemos

⁶⁹ CAMANO, E. Revista *Ius et Praxis*, 13 (2): 157-194, 2007.

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200008&script=sci_arttext.

⁷⁰ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, "Subcontratación y suministro de trabajadores", Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p.108.

analizado la situación de la empresa usuaria como sujeto pasivo en el procedimiento de tutela laboral. Nada obsta a que podamos encontrarnos frente a una eventual situación en que sea la empresa de servicios transitorios quien se encuentre vulnerando derechos protegidos.

Cabe preguntarnos qué sucede en aquellos casos en que quien se encuentra vulnerando derechos de los trabajadores transitorios con ocasión del ejercicio de facultades propias de empleador es la empresa de servicios transitorios. Ante estas situaciones debemos distinguir:

1. La ley confiere el ejercicio de dicha facultad a la empresa de servicios transitorios (empleador)
2. La ley no confiere el ejercicio de dicha facultad a la empresa de servicios transitorios

Ante la primera situación resulta clara la posibilidad de accionar en contra de la empresa de servicios transitorios, ya que justamente la vulneración se produce con el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, y como analizamos anteriormente es esta empresa el empleador de los trabajadores transitorios.

Por tanto, estaría ejerciendo facultades que la ley le ha otorgado. Este caso se enmarca dentro de la situación analizada en el punto anterior (situación en que es el propio empleador quien está ejerciendo las facultades que por ley se le otorgan y como consecuencia de ello se produce la vulneración de derechos protegidos).

La segunda situación, en que la empresa de servicios transitorios vulnera derechos con ocasión del ejercicio de facultades de empleador que la ley no le ha reconocido (caso de las facultades otorgadas a la empresa usuaria en virtud del artículo 183 X),

constituye un caso en que también puede accionarse en su contra vía procedimiento de tutela por aplicación del artículo 486 del Código del Trabajo. Recordemos que en su inciso primero señala:

“Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento”.

Si bien la vulneración no se ha producido con ocasión del ejercicio de derechos que por ley correspondía ejercer a la empresa de servicios transitorios, resulta imposible desconocer la relación jurídica existente entre la empresa en cuestión y los trabajadores transitorios, pues se trata de una relación de empleador a trabajador.

Tratándose entonces de una relación de este tipo, no cabe duda que una interpretación distinta nos llevaría a restar eficacia al procedimiento de tutela laboral.

Situación en que quien está ejerciendo las facultades de empleador es un sujeto distinto al empleador, en quien la ley no ha delegado el ejercicio de ciertas facultades que corresponden al empleador, sin embargo se encuentra en una relación jurídica con el sujeto a quien se han vulnerado sus derechos.

Es en este punto donde corresponde analizar la situación de la vulneración de derechos fundamentales producida en el marco de la subcontratación laboral.

Respecto de la eventual vulneración de derechos por parte de la empresa contratista o subcontratista, diremos que esta situación se enmarca dentro de aquellas situaciones en que es el propio empleador quien vulnera derechos con ocasión del ejercicio de facultades que la ley le otorga como empleador. Recordemos que ante esta situación, debemos hacer aplicación los artículos 485 en su inciso tercero y del inciso primero del artículo 486, siendo absolutamente del caso accionar en contra de la empresa contratista o subcontratista por tratarse de una vulneración por parte del empleador haciendo ejercicio de las facultades que como empleador la ley le ha otorgado.

En la relación laboral trilateral denominada subcontratación, si bien podemos observar que los trabajadores de la empresa contratista tienen por empleador a dicha empresa, no podemos ignorar que existe una relación jurídico-laboral muy calificada entre estos trabajadores y la empresa principal.

Recordemos el artículo **183 E** del Código del trabajo que establece:

“Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, **la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia...**”

En este punto quisiéramos citar Dictamen emanado de la Dirección del Trabajo, en el siguiente sentido:

“La conclusión anterior no significa, que el legislador no haya contemplado responsabilidad alguna de la empresa principal o del contratista, en materia de higiene y seguridad respecto de los trabajadores afectos a un régimen de subcontratación. Por el contrario, el artículo 183 E del Código del Trabajo dispone expresamente que sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, del contratista o subcontratista,

en orden a adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y salud de sus propios trabajadores de conformidad a lo dispuesto en el artículo 184 del mismo Código, establece una responsabilidad directa sobre la materia para la empresa principal, quien debe asumir tales obligaciones respecto de todos los trabajadores que laboren en su obra, empresa o faena, cualquiera que sea la dependencia de éstos...”⁷¹

Esta disposición legal, que consagra una responsabilidad directa de la empresa principal para con los trabajadores de la empresa contratista, en materia de seguridad e higiene, es una prueba inequívoca de la relación jurídica existente entre mandante y trabajadores subcontratados. Se trata de un deber de **adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores que trabajan en sus faenas, incluso los subcontratados**. Podemos decir que este deber de protección de la vida y salud revela una obligación para el mandante en cuanto a adoptar un rol activo para que esto se cumpla.

Existe entonces, sin duda, una relación jurídico-laboral entre la empresa principal y los trabajadores en régimen de subcontratación debido a este deber consagrado en el artículo 183 E del Código del Trabajo. Más aún, se trata de un deber en el sentido de proteger uno de los principales derechos fundamentales: la vida.

Pero, si bien existe este deber, la empresa mandante no tiene la facultad legal de ejercer facultades propias del empleador.

A diferencia de lo que ocurre en el caso del suministro de trabajadores, en el caso de la figura de la subcontratación, la ley no ha encomendado el ejercicio de facultades de empleador a la empresa principal. Es por ello que de producirse una situación en que el mandante se encontrase ejerciendo este tipo de facultades, no lo sería en virtud de la ley. ¿Qué sucede entonces en aquellos casos en que es la

⁷¹ Dictamen Ord. 141/5, Dir. Trabajo. 10.01.2007

empresa principal quien está ejerciendo el poder de dirección y el poder disciplinario (facultades que por ley no le corresponden) aplicando, por ejemplo, mecanismos de control y revisión sobre los trabajadores subcontratados y con ocasión de ello vulnera derechos y garantías protegidas por el Procedimiento de Tutela Laboral?.

Estimamos que a pesar de que no se trataría de una vulneración de derechos y garantías con ocasión del ejercicio de las facultades cuyo ejercicio corresponde al empleador, nada obsta a accionar el procedimiento de tutela en contra de la empresa principal por el hecho de encontrarse ejerciendo facultades de empleador que si bien por ley no le corresponden, las ejerce existiendo una relación jurídica entre ella y los trabajadores subcontratados.

Establecida entonces una relación jurídica entre la empresa principal y los trabajadores subcontratados, y haciendo aplicación del artículo 486 del mismo Código, el procedimiento de tutela laboral resulta ser la vía idónea para accionar en contra del mandante en aquellos casos en que éste vulnere derechos de los trabajadores subcontratados.

Debemos considerar además que en materia de subcontratación laboral no existe, como ocurre en el suministro de trabajadores con el artículo 183 Y, una norma que establezca un deber de respeto de los derechos fundamentales del trabajador en régimen de subcontratación. Pero de ningún modo esta situación podría llevarnos a la conclusión de que tal deber no existe. Si bien no podemos aplicar el artículo 5 del Código del Trabajo por no tratarse del empleador de los trabajadores subcontratados, y tampoco podemos aplicar el artículo 183 Y ya que éste se refiere específicamente a la empresa usuaria, debido a la relación jurídica anteriormente explicada y al deber consagrado en el artículo 183 E del Código del Trabajo, la empresa principal tiene también el deber de respetar los derechos fundamentales. No sólo el deber de respetar, sino también el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena.

Si tenemos en cuenta además, el análisis de la historia de la Ley 20.123 respecto del artículo 183 Y (en la situación del suministro de trabajadores), debemos recordar que esta norma fue incorporada al Código del Trabajo con la finalidad de posicionar fuertemente el respeto a los derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales, en este caso ante una figura de trilateralidad laboral. En el caso del suministro se creó un artículo que establece el deber de respeto por parte de la empresa usuaria debido a que por el hecho de que a ella se le otorgan los poderes de dirección y el poder disciplinario se producirán normalmente situaciones que pongan en riesgo el respeto a los derechos debido al trato diario entre empresa usuaria y trabajadores. La finalidad de su establecimiento fue en gran medida un sentido promocional de los derechos fundamentales, por lo que de ninguna manera el hecho de no haberse consagrado un artículo similar en materia de subcontratación, podría llevarnos a concluir que no existe tal deber de respeto de la empresa mandante con los trabajadores en régimen de subcontratación.

Situación en que quien está ejerciendo las facultades de empleador es un sujeto distinto al empleador, en quien la ley no ha delegado el ejercicio de ciertas facultades que corresponden al empleador, y tampoco se encuentra relacionado jurídicamente con el sujeto a quien se han vulnerado sus derechos.

Consideramos que debido a la interpretación que durante el desarrollo de esta investigación hemos dado a los distintos artículos que tratan sobre el Procedimiento de Tutela Laboral, no corresponde aplicarlo cuando nos encontremos ante este tipo de situación.

Se trata de un sujeto que ha vulnerado derechos fundamentales de un trabajador, pero que no tiene vínculo jurídico alguno con éste. No se trata de un sujeto ejerciendo funciones de empleador porque se trate de éste, o porque la ley le haya otorgado estas facultades o simplemente porque se encuentren unidos por una relación jurídica. Existe una vulneración en el marco del mundo laboral, pero que debido a la falta de vinculación jurídica entre los actores no es objeto de protección de la tutela laboral por escapar del ámbito de su aplicación.

Sin perjuicio de la imposibilidad que vemos para accionar el Procedimiento de Tutela Laboral, nada obsta a que de cumplirse los requisitos necesarios, el afectado pueda hacer uso del recurso de protección.

3.3 LA RESPONSABILIDAD DEL MANDANTE ANTE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Una vez declarada la existencia de la lesión de derechos fundamentales denunciada, en la sentencia definitiva, corresponde determinar quién responderá de las distintas obligaciones que imponga ésta.

En el caso de la figura de la subcontratación podremos estar frente a dos situaciones:

1. El sujeto denunciado es el propio mandante: en este caso el sujeto infractor de los derechos y garantías amparados ha sido el mandante, siendo por tanto este quien ha ocupado el lugar de sujeto pasivo en el procedimiento de tutela laboral.
2. El sujeto demandado es el contratista: situación en la cual se ha demandado al contratista por ser éste quien ha vulnerado derechos amparados por el procedimiento de tutela. Esto significa que es la empresa contratista quien ha jugado el rol de sujeto pasivo en el procedimiento respectivo.

Ante la primera situación corresponderá determinar cuál ha de ser la responsabilidad que corresponde al mandante como consecuencia de la vulneración de derechos causada por él. En la segunda situación analizaremos que responsabilidad corresponde al mandante como consecuencia de una vulneración provocada por la empresa contratista.

Caso en que el sujeto infractor es el mandante

En el punto anterior del capítulo tercero de esta obra quedó establecida la posibilidad de accionar el procedimiento de tutela en contra de la empresa principal cuando esta había vulnerado derechos y garantías fundamentales de los trabajadores en régimen de subcontratación. Siendo él el sujeto infractor será obligado a cumplir con

cada una de las obligaciones que le imponga la sentencia. Vale decir, la empresa principal deberá responder de cada una de las sanciones y obligaciones que establezca la sentencia, debido a que él ha sido el sujeto infractor y es él el sujeto a quien la sentencia impondrá las respectivas obligaciones.

Caso en que el sujeto infractor es la empresa contratista

Para determinar sobre quien recae en definitiva cada una de las obligaciones que impone la sentencia pronunciada como consecuencia de un procedimiento de tutela laboral, resulta conveniente recordar dichas obligaciones. Recordemos que nos encontramos ante el supuesto de que en la sentencia se ha declarado la existencia de lesión de derechos fundamentales por parte de la empresa contratista. Si bien la empresa contratista ha sido el agente infractor, ¿corresponde a la empresa principal asumir algún tipo de responsabilidad respecto de las obligaciones que impone la sentencia definitiva?.

Obligaciones que impone la sentencia recién aludida:

1. **CESE INMEDIATO:** En el caso de que persista el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo impondrá su cese inmediato, bajo el apercibimiento del artículo 492. Recordemos que este apercibimiento consiste en multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento.
2. **MEDIDAS DE REPARACIÓN:** Medidas a las que se encuentra obligado el infractor. Estas medidas están dirigidas a obtener la reparación de las

consecuencias derivadas de la vulneración de derechos ocurrida. Se ordenan también bajo el apercibimiento del artículo 492.

3. INDEMNIZACIONES: Indemnizaciones que procedan. Tener en cuenta que el objeto de esta obligación es la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos que se ha producido.
4. MULTAS: Multas, de conformidad al Código del Trabajo

La empresa principal será subsidiaria o eventualmente solidariamente responsable de aquellas obligaciones impuestas en la sentencia, cuya naturaleza sea obligaciones de dar de carácter laboral. Estimamos que cada vez que se trate de este tipo de obligaciones se debe hacer aplicación de las normas de responsabilidad analizadas en el punto uno del capítulo tercero de este trabajo.

Cómo señalábamos en aquel punto, la responsabilidad será subsidiaria pudiendo agravarse y pasar a ser responsabilidad solidaria.

4.- CONCLUSIONES.

La lesión de los derechos fundamentales en las relaciones laborales trilaterales presenta ciertas particularidades debido a que no estamos ante la típica relación laboral de carácter bilateral.

Para defendernos ante las vulneraciones que se produzcan en contra de los derechos y garantías fundamentales, sean específicamente laborales o inespecíficas, que se produzcan con ocasión de la relación laboral contaremos con el procedimiento de Tutela Laboral.

El objetivo de este procedimiento será retrotraer la situación al estado anterior en la que estaba el trabajador antes de que fuera lesionado en sus derechos y garantías. Se podrá obtener el cese inmediato de la conducta lesiva, medidas de reparación, indemnizaciones para reparar las consecuencias del acto lesivo y multas para el sujeto infractor.

Respecto de los sujetos del procedimiento de tutela laboral ha quedado demostrado que el sujeto pasivo no solamente podrá ser el empleador. Esto resulta esencial para el caso en que se ven vulnerados los derechos fundamentales por parte de sujetos distintos al empleador en las relaciones laborales trilaterales.

La Ley 20.087 no ha limitado el ejercicio de la acción en contra del empleador, sino que establece que se podrá accionar el procedimiento de tutela laboral cuando la vulneración de un derecho protegido por éste se produzca con ocasión del ejercicio de las facultades reconocidas al empleador.

No siempre será el empleador quien se encuentre ejerciendo estas facultades, por lo que no siempre será él quien esté en situación de vulnerar derechos a sus trabajadores. De este modo podremos accionar en contra de quienes estén provocando la vulneración de derechos con ocasión del ejercicio de las facultades que corresponden al empleador.

El sujeto infractor de derechos y garantías protegidos a través de este procedimiento podrá encontrarse ejerciendo facultades que competen al empleador ya sea porque:

1. Es el propio empleador quien está ejerciendo las facultades que por ley se le otorgan.
2. Es un sujeto distinto al empleador, pero a quien la ley le ha delegado el ejercicio de ciertas facultades que corresponden al empleador.
3. Es un sujeto distinto al empleador, en quien la ley no ha delegado el ejercicio de facultades propias del empleador, sin embargo se encuentra en una relación jurídica con el sujeto a quien se han vulnerado sus derechos.
4. Es un sujeto distinto al empleador, en quien la ley no ha delegado el ejercicio de facultades propias del empleador, y tampoco se encuentra relacionado jurídicamente con el sujeto a quien se han vulnerado sus derechos.

Es la cuarta situación la que se produce en aquellos casos en que es la empresa principal (mandante) quien se encuentra vulnerando derechos de los trabajadores subcontratados.

Estimamos que a pesar de que no se trataría de una vulneración de derechos y garantías con ocasión del ejercicio de las facultades cuyo ejercicio corresponde al empleador, nada obsta a accionar el procedimiento de tutela en contra de la empresa principal por el hecho de encontrarse ejerciendo facultades de empleador que si bien por ley no le corresponden, las ejerce existiendo una relación jurídica entre ella y los trabajadores subcontratados.

Existiendo una relación jurídica entre la empresa principal y los trabajadores subcontratados, y haciendo aplicación del artículo 486 del mismo Código, el procedimiento de tutela laboral resulta ser la vía idónea para accionar en contra del mandante en aquellos casos en que éste vulnere derechos de los trabajadores subcontratados.

Si bien en materia de subcontratación laboral no existe, como ocurre en el suministro de trabajadores con el artículo 183 Y, una norma que establezca un deber de respeto de los derechos fundamentales del trabajador en régimen de subcontratación, de ningún modo esta situación podría llevarnos a la conclusión de que tal deber no existe.

Sin perjuicio de no poder hacer aplicación del artículo 5 del Código del Trabajo por no tratarse del empleador de los trabajadores subcontratados, y tampoco poder aplicar el artículo 183 Y ya que éste se refiere específicamente a la empresa usuaria, debido a la relación jurídica existente entre mandante y trabajadores subcontratados y al deber consagrado en el artículo 183 E del Código del Trabajo, la empresa principal tiene también el deber de respetar los derechos fundamentales. No sólo el deber de respetar, sino también el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena.

Establecida entonces la posibilidad de accionar en contra de la empresa mandante cabe mencionar la responsabilidad de ésta respecto de las obligaciones que impone la sentencia pronunciada como consecuencia de un Procedimiento de Tutela Laboral, en aquellos casos en que la empresa demandada y obligada por la sentencia es la empresa contratista o subcontratista.

Del análisis de la Ley 20.123 podemos determinar que el régimen de responsabilidad del mandante como regla general sigue siendo la responsabilidad subsidiaria, pudiendo agravarse a solidaria pero esto dependerá del cumplimiento o incumplimiento de ciertos deberes que tiene la empresa principal (información y retención).

La empresa principal será subsidiaria o eventualmente solidariamente responsable de aquellas obligaciones impuestas en la sentencia, cuya naturaleza sea

obligaciones de dar de carácter laboral. Esto por aplicación de las normas de responsabilidad entre empresa principal y empresa contratista.

5.- BIBLIOGRAFÍA.

Códigos y Jurisprudencia

Código del Trabajo

Ley 20.123

Ley 20.087

AA Recurso de Protección

Código Orgánico de Tribunales

Constitución Política de La República de Chile

Código de Procedimiento Civil

Jurisprudencia Nuevos Tribunales Laborales: sentencia T-1-2008, Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

Jurisprudencia Tribunales Superiores de Justicia: sentencia 224-2007 Corte de Apelaciones de Rancagua. Sentencia 3779-2009, Corte Suprema.

Jurisprudencia Administrativa: Dictamen N° 2210/035, de 05 de junio de 2009, Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002, Dictamen N° 2210/035, de 2008, Dictamen N° 141/5, de 10 de enero de 2007.

Obras Nacionales y Extranjeras

Ugarte, J. El nuevo derecho del trabajo, Editorial Universitaria, Chile, 2004.

Lizama, L. y Ugarte, J. Subcontratación y suministro de trabajadores, Lexis Nexis, Chile, 2007.

Lizama, L. y Ugarte, J. Interpretación y derechos fundamentales en la Empresa, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Chile, 1998.

Orellana, F. Comentarios al Nuevo proceso laboral, Librotecnia, Chile, 2009.

Correa, J. Derecho Procesal Laboral nuevo procedimiento, Puntotex, Chile, 2007.

Gamonal, S. El procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, Lexis Nexis.

Gamonal, Sergio y Prado, Pamela, "El mobbing o acoso moral laboral", Editorial LexisNexis, Segunda edición, Santiago, Chile, 2007.

Aguayo, Cristian y Skoknic, Ivo, "Fiscalización Laboral", Editorial Puntotex, Santiago, Chile, 2009.

Seminario: "La nueva justicia laboral (Santiago, Chile, 2005). Los procedimientos especiales en la nueva justicia del trabajo". Santiago, Chile, Colegio de Abogados de Chile, 2005.

Ugarte, José Luis, "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", Revista de Derecho, Vol.XX, número 2, Diciembre de 2007, Santiago, Chile.

Historia de la Ley 20.123

Historia de la Ley 20.087

Camano, E. Revista Ius et Praxis, 13 (2): 157-194, 2007.
<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200008&script=sci_arttext>.

Nogueira, H. Revista Ius et Praxis, 12 (2): 13-41, 2006.
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=es&nrm=iso>.