



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

**LA JURISPRUDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA NUEVA JUSTICIA LABORAL**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
sociales.

Alumnos

MARIO ARTURO CORDERO MENESES

JORGE ANDRES CORVALAN SOTO

Profesor Guía

RICARDO JURI SABAG

Santiago, Chile

2010

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR	3
1.1 Concepto de derechos fundamentales	3
1.2 Visión liberal clásica de los derechos fundamentales	3
1.3 Aplicación de la concepción liberal clásica a las relaciones laborales	4
1.4 Nueva visión de la aplicación de los derechos fundamentales en el derecho laboral	5
1.5 Antecedentes de la constitucionalización del derecho del trabajo	6
1.6 La constitucionalización del derecho y su aplicación al derecho del trabajo	7
CAPITULO SEGUNDO	
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES PROTEGIDOS EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA	10
2.1 Antecedentes previos	10
2.2 Reglamentación de la tutela de derechos fundamentales laborales	12
2.2.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador	12
2.2.2 El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador	13
2.2.3 La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada	14
2.2.4 La libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias religiosas y el ejercicio libre de todos los cultos	15
2.2.5 La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa	17
2.2.6 La libertad de trabajo y su protección y el derecho a la libre elección	18
2.2.7 El derecho a la no discriminación	19
2.2.8 Garantía de indemnidad	20
CAPITULO TERCERO	
EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	22
3.1 Antecedentes generales	22
3.2 El procedimiento de tutela de derechos fundamentales	27
3.3 Principios del procedimiento ordinario laboral aplicables al procedimiento de tutela	31
3.3.1 Oralidad	31

3.3.2 Celeridad	32
3.3.3 Inmediación	33
3.3.4 Concentración	34
3.3.5 Impulso procesal de oficio	34
3.3.6 Buena fe procesal	35
3.3.7 Gratuidad	35
3.4 Tramitación del procedimiento de tutela	36
3.4.1 Sujetos legitimados activos	36
3.4.2 La denuncia en el procedimiento de tutela	38
3.4.3 Plazo para interponer la denuncia	38
3.4.4 Ejercicio conjunto de acciones	40
3.4.5 Medidas cautelares	40
3.4.6 La conducta lesiva de derechos fundamentales	41
3.4.7 La ponderación judicial	41
3.4.8 La prueba en el procedimiento de tutela	44
3.4.9 La sentencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales	46
3.4.10 Efectos de la sentencia de tutela	48
3.4.11 El despido lesivo de derechos fundamentales	50
3.4.12 Incompatibilidad de acción de tutela de derechos fundamentales y el recurso de protección	50
CAPITULO CUARTO	
JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
4.1 Antecedentes previos	51
4.2 Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo	51
4.3 Dictámenes de la Dirección del Trabajo sobre derechos fundamentales	53
4.3.1 El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador	53
4.3.1.1 dictamen 3276 de 2002	53
Comentario	60
4.3.1.2 dictamen 2697 de 2009	60
Comentario	67
4.3.2 La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada	68

4.3.2.1 dictamen 260 de 2002	68
Comentario	71
4.3.3 El derecho a la no discriminación	72
4.3.3.1 dictamen 3448 de 2001	72
Comentario	76
4.3.3.2 dictamen 698 de 2003	76
Comentario	78
4.3.3.3 dictamen 3704 de 2004	79
Comentario	89
4.3.3.4 dictamen 1187 de 2010	89
Comentario	94
4.4 Jurisprudencia judicial sobre la tutela de derechos fundamentales	95
4.4.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador	96
4.4.1.1 sentencia juzgado de letras del trabajo de puente alto	96
Comentario	98
4.4.1.2 sentencia juzgado de letras del trabajo de Valdivia	99
Comentario	105
4.4.2 El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador	105
4.4.2.1 sentencia 2º juzgado de letras del trabajo de Santiago	105
Comentario	109
4.4.2.2 sentencia juzgado de letras del trabajo de Valparaíso	110
Comentario	113
4.4.3 Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada	113
4.4.3.1 sentencia juzgado de letras de Copiapó	113
Comentario	128
4.4.3.2 sentencia 2º juzgado de letras del trabajo de Santiago	129
Comentario	132
4.4.4 La libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias religiosas y el ejercicio de todos los cultos	133
4.4.4.1 sentencia Tribunal Constitucional de España	133
Comentario	135
4.4.5 La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa	136

4.4.5.1 sentencia Tribunal Constitucional de España	136
Comentario	140
4.4.6 La libertad de trabajo y su protección y el derecho a la libre elección	142
4.4.6.1 sentencia juzgado de letras del trabajo de San Felipe	142
Comentario	147
4.4.6.2 sentencia 1º Juzgado de letras del trabajo de Santiago	148
Comentario	152
4.4.7 El derecho a la no discriminación	153
4.4.7.1 sentencia 1º juzgado de letras del trabajo de Santiago	153
Comentario	159
4.4.7.2 sentencia del juzgado de letras del trabajo de La Serena	161
Comentario	163
4.4.8 Garantía de indemnidad	164
4.4.8.1 sentencia juzgado de letras de Curicó	164
Comentario	167
4.4.8.2 sentencia 1º juzgado de letras del trabajo de Santiago	168
Comentario	170
CONCLUSION	172
BIBLIOGRAFIA	174

INTRODUCCION

Ante la poca importancia que le brindó, nuestro ordenamiento jurídico al tema de los derechos fundamentales laborales y a la forma cómo hacerlo efectivo, hemos decidido realizar nuestro trabajo sobre esta materia, siendo la parte principal de nuestro trabajo el extracto y comentario de jurisprudencia tanto administrativa como judicial.

Nuestro trabajo consistirá en un primer capítulo, sobre el concepto de los derechos fundamentales. Vimos la visión liberal clásica de estos derechos y su aplicación en las relaciones laborales. Analizamos como esta concepción clásica, aplicada al mundo laboral, no satisfizo los problemas que derivaban de las relaciones de dependencia que hay entre empleador y trabajador. Ante esto vimos que surgieron visiones críticas a estas doctrinas clásicas. Estas corrientes doctrinarias apuntan a la aplicación de los derechos fundamentales laborales de un modo horizontal en su vertiente inmediata y directa.

También en este capítulo nos centramos en la constitucionalización de los derechos fundamentales laborales, vale decir, el reconocimiento de estos derechos en la constitución y la aplicación de los mismos a las relaciones particulares. Algunos de estos derechos son reconocidos de manera específica en las relaciones laborales y otros de manera inespecífica, que son derechos que se le reconocen a toda persona por ser tal, y por ende aplicables a las relaciones laborales derivadas del contrato de trabajo. Sin embargo nos encontramos con el artículo 485 del Código del Trabajo se remite solo a algunos derechos cuya tutela se ampara por el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

En el capítulo segundo, enumeramos y dimos una explicación a grandes rasgos de los derechos protegidos en el nuevo procedimiento de tutela, según indica el artículo 485 del Código del Trabajo, el cual se remite a ciertos derechos fundamentales protegidos por la Constitución, y además recalamos la especial importancia del derecho o garantía de indemnidad, creado especialmente en este artículo, el cual consiste en que los trabajadores puedan ejercer tanto acciones administrativas como

judiciales, sin que el empleador pueda realizar actos de represalia como consecuencia de dichas denuncias.

En el capítulo tercero analizamos, someramente, el procedimiento de tutela laboral empezando con sus antecedentes previos y la necesidad de la aplicación de un nuevo procedimiento de tutela laboral en Chile. Dentro de este capítulo analizamos algunos principios formativos del nuevo procedimiento laboral aplicables al procedimiento de tutela, ya que este procedimiento en su gran medida se remite al procedimiento ordinario laboral. Por último dentro de este capítulo vimos el procedimiento propiamente tal.

Y por ultimo en el capítulo cuarto siendo la parte principal de nuestro trabajo extractamos y comentamos brevemente, tanto la jurisprudencia administrativa y judicial. En esta recopilación se trató de seguir el orden de los derechos fundamentales protegidos en el Código del Trabajo, tal como lo indica el artículo 485.

CAPITULO PRIMERO

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.

1.1 Concepto de derechos fundamentales.

Para comenzar a hablar de los derechos fundamentales del trabajador, debemos en primer lugar dar una idea general del concepto de derechos fundamentales. Podemos decir, que se entiende por derechos fundamentales, aquellos derechos de los que el hombre es titular, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el solo hecho de ser hombre y de participar de la naturaleza humana.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos y por lo tanto gozan de una especial relevancia que los destaca por encima de los otros derechos subjetivos y que se diferencian por tener características exclusivas, tales como:

- a) Son derechos imprescriptibles: no se adquieren, ni pierden por el transcurso del tiempo.
- b) Son derechos irrenunciables: el sujeto de derechos fundamentales no puede renunciar a su titularidad.
- c) Son derechos inalienables: no se pueden transferir a otro titular, a diferencia de otros derechos.
- d) Son derechos universales: todas las personas son titulares de derechos fundamentales.

1.2 Visión liberal clásica de los derechos fundamentales.

Según la concepción liberal clásica los derechos fundamentales tienen por finalidad asegurar la protección del individuo frente al poder público.

Esta concepción viene desde los inicios del liberalismo y culmina con la revolución francesa en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Esta visión liberal ensalza al individuo frente a los absolutos poderes del antiguo estado absolutista.

La revolución francesa con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano es el punto de partida en el reconocimiento de los derechos de las personas por el solo hecho de ser tales. Estos derechos son inalienables, imprescriptibles, immanentes y consustanciales a las personas, estos derechos los tienen los hombres por ser tales y son oponibles ante los abusos del poder público. Esta idea del reconocimiento de los derechos individuales predomina durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX.

En el ámbito del derecho laboral que es materia de este trabajo también dicha visión predomina desde la época ya dicha.

1.3 Aplicación de la concepción liberal clásica a las relaciones laborales.

La concepción liberal clásica de los derechos del hombre en los cuales se eleva al individuo frente al poder público, sin lugar a dudas influyó naturalmente en el derecho laboral.

Esta preeminencia individualista hace ver que tanto el empleador como el trabajador son considerados iguales en sus relaciones laborales. Esta visión hace que todo se rija por la relación contractual entre las partes, vale decir la plena aplicación del -pacta sunt servanda- cuyo principio es básico en las relaciones del derecho civil.

Esta idea liberal clásica individualista hace ver que los derechos fundamentales operan solo ante las intervenciones del poder público y no entre los particulares entre sí.

El estado no interviene en las relaciones entre privados, al contrario debe crear los mecanismos necesarios para que se den estas relaciones jurídicas entre particulares.

Esta visión tan en boga durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX sin lugar a dudas hizo crisis, pues no tomó en cuenta la desigual relación que existe entre

trabajador y empleador y lo más importante desde nuestro punto de vista, no tomó en cuenta que los derechos fundamentales no son solo oponibles al estado sino que también son oponibles en las relaciones particulares y en especial a las laborales que puedan tener los sujetos entre sí.

1.4 Nueva visión de la aplicación de los derechos fundamentales en el derecho laboral.

En la primera mitad del siglo XIX impulsados por el positivismo jurídico se produce una relativización del contenido ius naturalista de los derechos fundamentales, pues estos no están extramuros del estado. Es el propio estado que da cabida y reconoce mediante la, positivización, de los derechos fundamentales, pues el estado se cercena importantes cuotas de poder.

De esta relación estado-persona surge un estatus del individuo frente al estado, del cual emana una serie de facultades. Se les denomina derechos subjetivos públicos, recalcando el carácter unidireccional que tienen estos derechos.

Si es el estado el que se auto limita sus facultades a favor de los sujetos privados, solo él puede ser sujeto pasivo en la relación jurídica de reconocimiento y positivización de los derechos fundamentales, dando cuenta que las relaciones de poder y subordinación y por ende, de necesaria protección solo existen en el binomio individuo-estado y no solo con otros sujetos privados.

Según vimos en el punto anterior los derechos fundamentales eran entendidos como derecho de defensa u omisión oponibles solamente al estado. Serán de defensa, cuando supone para su titular -sujeto privado- un remedio para hacer frente a la arbitrariedad del poder público que detenta el estado y no otros particulares. Serán de omisión cuando implica para el estado un deber de no injerencia. En el ámbito de los derechos fundamentales laborales dicha concepción fue incapaz para responder a la desigual relación empleador trabajador. Sobre todo si se piensa, que en su gran medida ya no solo de los órganos públicos sino que también es compartido por los poderosos entes privados, que incluso ejercen un poder directo sobre los empleados.

De ahí que algunos pensadores del derecho laboral y algunas constituciones han venido a modificar dicha visión tradicional, de aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

Dichos cuestionamientos se han plasmado en la llamada constitucionalización del derecho del trabajo.

1.5 Antecedentes de la constitucionalización del Derecho de Trabajo.

Hay una evidente separación entre el viejo derecho constitucional y el derecho del trabajo. Hay un divorcio total entre lo que es la protección de los derechos fundamentales y las relaciones de trabajo basado básicamente en la doctrina liberal clásica de la autonomía de la voluntad.

La explicación histórica de esta desvinculación tendrá varias razones, entre las dos principales debemos mencionar:

- a) Por un parte la clásica distinción entre derecho público y privado y la inserción del derecho laboral dentro del derecho privado. Esto hace que las relaciones laborales sean vistas solo como un pacto entre privados y por lo tanto se mantendrán fuera de las regulaciones del derecho constitucional, incluida una de sus más potentes construcciones como lo son las garantías constitucionales o derechos subjetivos públicos.
- b) Por otro lado la radical diferencia entre el prototipo ideológico sobre el que se construirá la relación jurídica del contrato de trabajo con los derechos fundamentales. En estos últimos las prerrogativas que otorga el estado para proteger a los particulares son solo en las injerencias que pueda realizar un ente público. Por tanto esta visión es extremadamente favorable para el empleador.

Esta visión radical en las constituciones decimonónicas con relación al derecho laboral terminará con la Constitución Mexicana de Querétaro (1917) que establece no solo principios generales, sino que normas relativas a salario, jornada de trabajo, libertad de sindicación y derecho a huelga. Será, sin embargo, la Constitución alemana

de Weimar (1919) quien proporcione el modelo constitucional para los textos constitucionales europeos y americanos de la post guerra mundial, en el que el trabajo es objeto de especial consideración en la vida política y económica, recogiendo de esta manera nuevos compromisos estatales en materia de protección a la mano de obra.

En la actualidad, la constitucionalización de los derechos laborales del trabajador, es una realidad presente y generalizada, con mayor o menor amplitud, en el constitucionalismo contemporáneo, así como también el proceso de internalización de la legislación sobre el trabajo llevado a cabo por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

1.6 La constitucionalización del Derecho y su aplicación al Derecho del Trabajo.

Surge una nueva posición doctrinaria en relación a la aplicación de la constitución a los derechos fundamentales laborales. Hay que distinguir si dicha aplicación es en forma vertical (posición tradicional) u horizontal (visión moderna). Es esta última la que ha ido ganando terreno en estos últimos años.

La aplicación de los derechos fundamentales según la visión moderna son oponibles a todos y no solo a las relaciones entre poder público y particulares, es decir la posibilidad de que los particulares esgriman contra otros particulares en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos como por ejemplo el derecho a la propiedad, el derecho a no ser discriminado a emitir opinión a la intimidad y el derecho moral de autor.

Esta idea de origen alemán ha tenido dos variantes:

- a) **La de la eficacia mediata o indirecta:** donde los derechos fundamentales se aplican directa y exclusivamente a los poderes y autoridades públicas, quienes deben aplicarlos a las relaciones entre particulares, traducidos y mediados por leyes que los desarrollen o mediante interpretaciones judiciales que los invoquen. Esta variante se acomoda más con el principio de la

autonomía de la voluntad y con la visión clásica liberal del contrato de trabajo el cual es visto como un pacto entre iguales.

- b) **La de la eficacia inmediata o directa:** donde los derechos fundamentales rigen automáticamente en las relaciones entre particulares, siendo oponibles entre las partes sin necesidad de mediar ni la ley, ni interpretaciones judiciales.

En torno a este asunto ha habido un debate en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales, debate dado en primer lugar en cuanto los que sostienen la eficacia indirecta o mediata, fundamentan dicha posición en que esta eficacia mediata se armoniza de mejor manera con el principio de autonomía de la voluntad, ya que no se aplican directamente los derechos fundamentales al interior de las relaciones entre particulares, las que están construidas en base a la relativa igualdad de los contratantes y la capacidad para regularse sin intervenciones externas, que de no ser así se trastocaría gravemente las relaciones sociales reguladas por el derecho privado.

Por otra parte los que sostienen la eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales entienden que las relaciones entre particulares quedan directamente sometidas a los derechos fundamentales de las partes, porque es la única manera de reconocer la jerarquía superior de tales derechos.

En Chile, la eficacia horizontal ha sido recepcionada en su versión de eficacia directa o inmediata bajo el denominado “Principio de vinculación directa de la Constitución”, según se expresa en la Carta Fundamental en el Artículo 6º inciso segundo, que señala:

“los preceptos de esta constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona institución o grupo”

Ahora, este principio ha sido directamente traducido en normas laborales, dentro del Código del Trabajo, en su artículo 5º, el cual señala que:

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

De esta forma se vino a dar un reconocimiento normativo a la eficacia de derechos fundamentales del trabajador, pero esto era solo una consagración legal, ya que en la práctica no existía una forma de hacer efectiva la tutela de dichos derechos, existía un déficit de carácter procesal para poder dar una tutela real y efectiva.

Fue así como se comenzó a plasmar la reforma a la judicatura del trabajo, para establecer una gran reforma a los tribunales del trabajo y a los procedimientos, especialmente con la instauración del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, lo que nos ocupara en los capítulos posteriores.

CAPITULO SEGUNDO.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES PROTEGIDOS EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA.

2.1 Antecedentes previos.

En Chile la acogida de las teorías de los derechos fundamentales de los trabajadores y su reconocimiento en el derecho positivo, es relativamente reciente en especial con la reforma del Código del Trabajo con la ley 19.759 del año 2001 y definitivamente con la ley 20.087 del año 2006. Cabe destacar que anteriormente la Constitución Política de la República había reconocido los derechos fundamentales laborales y su relevancia especialmente en su artículo 5º, 6º inciso segundo, 19 nº 16 y 19 con relación a los derechos fundamentales laborales específicos y en el 19 nº 26.

Sin embargo, todas estas importantes normas positivas de reconocimiento de derechos fundamentales laborales de nada hubiesen servido sin un efectivo procedimiento de tutela laboral en los cuales se protegen estas garantías. Es así que con ley 20.087 se crea un nuevo procedimiento laboral y en especial el procedimiento de tutela de derechos.

Cabe hacer notar que antes de su consagración positiva la protección de los derechos fundamentales laborales no tenían una gran acogida en el Derecho Laboral. El Código del Trabajo solo regulaba las relaciones patrimoniales entre trabajador y empleador, vale decir, derecho de indemnización, horas de trabajo, relación contractual individual, en resumen derechos y obligaciones pecuniarias.

Es así como los derechos fundamentales laborales están consagrados a nivel constitucional como también en importantes tratados internacionales, que están dirigidos a ejercerse dentro de la relación laboral. Estos derechos son los que se refieren a la libertad de trabajo y su protección, el derecho a la libre contratación, a la justa retribución, a la no discriminación, derechos a la sindicalización y negociación

colectiva. Este conjunto de derechos se vincula directamente con el derecho del trabajo y constituyen su fundamento último, de tal modo que a esto se les denomina derechos específicos laborales. En cambio los derechos que poseen los trabajadores como personas, son los derechos llamados inespecíficos, definidos por la doctrina como aquellos “derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos todos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que son al propio tiempo trabajadores”

Es así, como el Código del Trabajo al reglamentar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, otorga protección a solo alguno de los derechos fundamentales, los que enumera en su artículo 485, que señala lo siguiente:

“Artículo 485.- 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 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º inciso primero, 12º inciso primero, y 16º, 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 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

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.

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.”

De la sola lectura del artículo antes transcrito podemos observar que no se protegen en el procedimiento de tutela todos los derechos inespecíficos del trabajador como persona, sino que solo los que el legislador determinó que eran susceptibles de protección, a través de esta vía. A continuación analizaremos cuales son los derechos fundamentales protegidos y su reglamentación.

2.2. Reglamentación de la tutela de los derechos fundamentales laborales.

En los siguientes puntos analizaremos a grandes rasgos los derechos laborales inespecíficos. Aquellos que tiene el trabajador dentro de la empresa en su calidad de ciudadano y no en relación al vínculo de dependencia que tiene con su empleador.

Pese a la gran amplitud de estos derechos fundamentales, en este punto solo abordaremos los derechos contemplados en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales consagrados en el artículo 485 del Código del Trabajo.

2.2.1. Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador.

A nivel constitucional este derecho está consagrado en el artículo 19 inciso primero de la Constitución Política y a nivel legal a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el artículo 485 inciso primero del Código del Trabajo.

El derecho a la vida lo podemos definir como “el derecho que tenemos a conservar nuestra vida y a que nadie atente contra ella. No consiste en un dominio absoluto sobre nuestra vida misma, en virtud del cual podemos destruirla si queremos, sino en la

facultad de exigir de los otros la inviolabilidad de ella”¹. El derecho a la vida está consagrado en el artículo 19 n°1 para indicar precisamente que es el primero de los derechos, puesto que en él se sustentan todos los demás. Todo esto debemos verlo ahora dentro de la relación laboral, no olvidando que los derechos fundamentales de las personas se integran en un sistema interdependiente y en consecuencia este derecho se vincula con el resto de los derechos asegurados en la Constitución.

El derecho a la integridad física y psíquica de las personas está estrechamente vinculado con el derecho a la vida. Así el derecho a la integridad física consiste en el derecho que tiene todo individuo a que no se le ocasione daño, lesión o menoscabo en su persona física. La integridad psíquica es aquella integridad psicológica o espiritual de la persona. Toda esta protección se debe dar dentro del ámbito del trabajo, es decir el trabajador tiene derecho a que no se le vulnere su integridad física y psíquica dentro de la empresa en que labore y en caso contrario, podrá accionar a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

2.2.2 El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador.

Este derecho está consagrado en el artículo 19 n° 4 de la Constitución y a nivel legal a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el artículo 485 inciso primero del Código del Trabajo.

Este derecho hay que considerarlo desde el punto de vista individual como colectivo. La vida privada la podemos definir como “aquella que comprende la vida familiar entre cónyuges, entre padres e hijos; comprende la vida sentimental, y en general aquellas actividades propias de la intimidad de la persona”². También comprende aquella vida que el particular puede excluir legítimamente del conocimiento público a determinados ámbitos de su vida.

¹ PACHECO GOMEZ, MAXIMO. “Teoría del derecho”. Cuarta edición. Editorial jurídica de Chile. Pág. 167.

² MOLINA GUAITA, HERNAN. “Derecho constitucional”. Octava edición 2008. Editorial LexisNexis. Pág. 219.

De esta manera en el ámbito de la relación laboral este derecho a la vida privada viene a constituir una limitación al derecho del empresario para inmiscuirse en los asuntos privados de sus dependientes.

También en este numeral 4º, se consagra el derecho a la honra de la persona. La doctrina define la honra como “la buena opinión, la buena fama, adquirida por la virtud y el merito”³.

El honor es la cualidad moral que lleva al hombre al cumplimiento de sus deberes respecto de si mismo y de los demás.

La honra es el efecto objetivo, que se expresa en el honor que es el efecto subjetivo. El hombre que subjetivamente tiene virtud personal proyecta de manera objetiva en la sociedad el reconocimiento de esas virtudes, en la honra, la buena fama.

Es así como cada vez que un trabajador vea vulnerado su derecho a la vida privada y su honra en el ámbito laboral podrá demandar ante los tribunales laborales su debida protección.

2.2.3 La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

Está consagrado este derecho en el artículo 19 nº 5 de la Constitución y a nivel legal a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el artículo 485 inciso primero del Código del Trabajo.

Con este derecho se pretende cautelar la intimidad de una persona resguardando los lugares físicos tras los cuales se desarrolla la vida privada. En resumen lo que se trata de proteger son las comunicaciones porque tras estos se oculta la vida privada de la persona.

En relación a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada el constituyente a empleado esta garantía de manera deliberadamente amplia, para de esta manera proteger cualquier forma de comunicación, ya sea, comunicación

³ MOLINA GUATIA, HERNAN. “Derecho constitucional”. Octava edición 2008. Editorial LexisNexis. Pág. 245.

epistolar, telegráfica, por fax, caligráfica, telefónica, electrónica, etc. Por ello es que se sanciona su violación solo bastando la interrupción o registro de ella.

La inviolabilidad de las comunicaciones es un tema muy difícil de amparar en estos días, ya que el uso masivo de elementos tecnológicos en la empresa hace necesario entrelazar la vida privada del trabajador con la manipulación necesaria y exclusiva de información a lo largo del proceso productivo. De esta manera entran en conflicto el derecho de propiedad del empleador sobre sus herramientas e información propia de la empresa y el derecho a la intimidad que tiene el trabajador en la utilización de los mismos. En resumen el trabajador dentro de la empresa en sus relaciones laborales tiene derecho a su vida privada tanto en el ámbito de la relación laboral como en su vida particular. No obstante el empleador puede usar medidas de vigilancia respetando el principio de proporcionalidad y de intervención mínima, que implican que el control y vigilancia no puede ser llevado en forma masiva e indeterminada y mucho menos en forma encubierta, también, como la finalidad que persiga sea justificada de modo que los medios sean indispensables para la seguridad y bienestar de la seguridad productiva.

2.2.4 La libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias religiosas y el ejercicio libre de todos los cultos.

La Constitución Política de la República lo consagra expresamente en el artículo 19 nº 6, y en el artículo 485 inciso primero del Código del Trabajo a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

El derecho a la libertad de conciencia viene a reafirmar la dignidad y libertad que debe reconocerse al trabajador.

La libertad de conciencia mira y se proyecta en el derecho de pensar sin coacción externa alguna, en la manifestación de las creencias y en el derecho a expresar libremente las convicciones religiosas.

La Constitución consagra de esta manera tres libertades religiosas, a saber:

- a) **La libertad de conciencia:** es aquella libertad que tiene cualquier persona para manifestar, adherir o simplemente no creer en alguna creencia determinada.
- b) **La libertad de manifestar opinión sobre alguna creencia religiosa:** se enmarca dentro de la libertad de opinión e información y por lo tanto, entra en la esfera de lo regulado a este respecto para las personas que desean expresar su pensamiento religioso.
- c) **La libertad de culto:** es el derecho que tiene toda persona para realizar actos externos de adoración y que se encuentran limitados por la moral, las buenas costumbres y el orden público.

El problema de la libertad religiosa se puede presentar cuando las manifestaciones de los cultos se producen dentro de la empresa y este conflicto se puede presentar respecto a los siguientes supuestos:

- a) **Días de ejercicio del culto:** hay una manifiesta contradicción entre el artículo 35 del Código del Trabajo que establece los días domingos como los de descanso semanal, con el artículo 6 letra b) de la ley 19.638 que señala que “toda persona, de acuerdo a su creencia religiosa tiene la facultad de observar su día de descanso semanal”. Esta discrepancia se debería resolver de acuerdo a la aplicación de la disposición especial. Para hacer efectivo este derecho las partes podrían: 1) señalar en el Código del Trabajo cual es el día de descanso semanal, pero esto nos traería el problema, por cuanto implicaría una vulneración a la irrenunciabilidad de los derechos laborales dispuestos en el artículo 5º inciso 2º el mismo Código; 2) la otra opción sería entender derogado tácitamente la norma del Código del Trabajo, por tanto las partes puedan pactar el correspondiente día de descanso de acuerdo a su creencia religiosa. Sin embargo, esto nos llevaría a la contradicción y abre nuevamente la posibilidad de abusos que se puedan ocasionar al interior de la empresa. Este tema constituye un verdadero vacío legal que debe ser resuelto por la jurisprudencia de acuerdo a cada caso en particular.
- b) **La manifestación de cultos al interior de la empresa:** Al igual que en el caso anterior es una materia muy poco regulada por el legislador que debe resolverse caso a caso por la jurisprudencia. Teniendo en cuenta que el

trabajador puede realizar manifestaciones religiosas siempre que no afecten el normal funcionamiento de la empresa.

2.2.5 La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa.

Su consagración Constitucional está en el artículo 19 n° 12 y a nivel legal a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el artículo 485 inciso primero del Código del Trabajo.

Con este derecho se garantiza la libertad de emitir opinión y la de informar, en cualquier forma y por cualquier medio. La libertad de opinión es el derecho de toda persona a decir, expresar, exteriorizar su opinión, parecer y crítica. La libertad de información implica la facultad de comunicar, hacer partícipe a los demás sin coacción externa. Con esta fórmula amplia, empleada por el constituyente se comprende todo medio técnico susceptible de transmitir el pensamiento, ya sea de palabra, por escrito, mediante imágenes, o de cualquier otra forma.

La libertad de opinión y la de informar es un derecho muy controvertido al momento de amparar estos derechos fundamentales del trabajador, ya que implica ejercer conductas que forman parte de la vida cotidiana de las personas, como lo constituye el manifestarse de acuerdo a las propias convicciones, sin que resulte impedimento para ello la función o labor que actualmente se encuentre desarrollando una persona en una empresa.

Esta libertad de emitir opinión se puede dar dentro de la empresa o fuera de ella. Dentro de la empresa solo podría verse limitada en pro de un cumplimiento eficiente de la labor encomendada, por cuanto un trabajador que se encuentre permanentemente haciendo uso de su derecho, alteraría la concentración y buen desempeño de los demás trabajadores.

2.2.6 La libertad de trabajo y su protección y el derecho a su libre elección.

En el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución, están consagrados estos derechos, y amparados para su protección por el procedimiento de tutela de derechos en el artículo 485 del Código del Trabajo.

Es así como bajo la expresión libertad de trabajo se comprende el estudio de tres derechos, a saber.

- a) **El derecho a la libre elección del trabajo:** este derecho puede definirse como aquel que tiene toda persona de escoger libremente el trabajo que se adecue a su vocación, conveniencia y necesidad. Asimismo, ningún trabajo puede prohibirse a menos que atente contra la moral, seguridad pública, salubridad pública o el interés nacional y siempre que esta prohibición este determinada por la ley.
- b) **El derecho a la libre contratación:** este derecho se puede comprender como el derecho a acordar libremente las condiciones del trabajo, sin perjuicio de encontrarse regulados por la ley una serie de condiciones precisamente de origen legal que actúan preferentemente en caso de trabajadores dependientes, como por ejemplo, el ingreso mínimo, feriado legal, entre otros.
- c) **La protección del trabajo:** este derecho involucra el derecho a la justa retribución en el trabajo y el derecho a la negociación colectiva y a la no discriminación laboral la que trataremos más adelante. La justa retribución se refiere a aquella que permita al trabajador su mayor desarrollo material y espiritual posible, pero esta justa retribución se verá limitada en la medida que afecte la productividad de la empresa.

2.2.7 El derecho a la no discriminación.

El derecho a la no discriminación está consagrado en la Constitución en el artículo 19 n°2, donde se asegura el derecho que constituirá la “máxima” en materia de discriminación, de “la igualdad ante la ley”, disponiendo dicho texto lo siguiente:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.”

Asimismo el artículo 19 n° 16 inciso tercero dispone que:

“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.”

A nivel legal el Código del Trabajo, luego de la reforma laboral de la ley n° 19.759, ha venido a precisar en nuestra legislación las normas sobre discriminación en el trabajo, definiendo ahora expresamente que es lo que se entiende por actos discriminatorios.

Así el artículo 2º del Código del Trabajo, consagra expresamente la no discriminación en materia laboral al tenor del siguiente texto:

“Artículo 2º inciso 4º.- 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.”

Es así como para la ley laboral son actos de discriminación 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.

Debemos precisar que la Constitución contempla en materia de discriminación dos excepciones, una de carácter general y otra de carácter particular, a saber:

- a) La primera está conformada por la capacidad e idoneidad personal que faculta la discriminación lícita en materia laboral. En relación a la capacidad e idoneidad personal se alude a la preparación técnica o profesional que el trabajador tenga en un determinado momento.
- b) La segunda excepción está conformada por la facultad otorgada al legislador para exigir límites de edad o la nacionalidad chilena para ciertos casos.

Ahora en relación a los actos o conductas discriminatorias debemos hacer una diferenciación entre lo que significa un acto o conducta desigual y un acto o conducta discriminatoria. Así, podemos decir que no incurrimos en un acto discriminatorio si se trata de manera desigual a lo desigual, existiendo eso si un criterio racional para efectuar la diferenciación, ya que la igualdad se da en relación a la condición de los sujetos que se enmarcan dentro de una misma situación o de ciertos criterios justificados.

2.2.8 Garantía de indemnidad.

La garantía de indemnidad corresponde a la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza, como resultado o consecuencia de las actuaciones de organismos públicos en la materia tanto judiciales como administrativos⁴.

Este derecho no tiene su fundamento en un derecho de diseño directamente constitucional, sino que deriva de un derecho fundamental no expresamente previsto

⁴ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". 3ª edición 2010 Editorial Legalpublishing. Pág. 36

por el texto constitucional, aunque si está fundado en el derecho de la “tutela efectiva de los derechos”

Es así como la propia ley procesal laboral da nacimiento a este derecho o garantía de indemnidad, al disponer en el artículo 485 inciso tercero segunda parte del Código del Trabajo lo siguiente:

“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.”

Esta garantía de indemnidad está construida como un derecho fundamental y que se desarrolla en dos sentidos:

- a) En primer lugar, otorga protección al trabajador por las represalias que lleve a cabo el empleador por el ejercicio de acciones judiciales del trabajador, o por aquellos otros sujetos que están autorizados por la ley para ejercer dichas acciones.
- b) En segundo lugar, otorga protección al trabajador por las represalias del empleador con motivo de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, sea cuando esta labor fiscalizadora este motivada por denuncias del trabajador, o cuando surja de la acción de oficio de dicho ente fiscalizador.

De esta manera terminamos este capítulo referente a los derechos fundamentales amparados por el procedimiento de tutela, analizando en el siguiente capítulo sus normas y su tramitación.

CAPITULO TERCERO

EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

3.1 Antecedentes generales.

La situación que vivían los trabajadores de nuestro país, y la indefensión que los afectaba ante la vulneración de sus derechos fundamentales, fue una preocupación que tuvo el legislador desde la década de los noventa. Es así como con la dictación de diversas leyes, a los trabajadores se les fue reconociendo la vigencia de sus derechos fundamentales, pero se encontraban con un gran déficit a la hora de reclamar por mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos, lo que se expresaba en la falta de medios procesales idóneos y especiales para dar la debida protección a los derechos fundamentales dentro de la empresa.

Nuestro ordenamiento jurídico contemplaba como una vía general para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, el recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, el cual se mostró como absolutamente inútil para la tutela de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral, ya que este recurso entre otras razones tiene una construcción jurídicamente neutra, es decir está lejos del rol protector y compensador propio del Derecho del Trabajo en que se compensa a la parte débil de la relación laboral, como lo es el trabajador. Entre los motivos de inoperancia del recurso de protección de las garantías laborales podemos mencionar:

- a) Carácter neutro del recurso de protección, ya que no toma en cuenta la desigualdad de posiciones que hay entre empleador y empleado, vale decir una situación de mando y obediencia que es la propia de las relaciones laborales
- b) Otro de los motivos por los cuales el recurso de protección es ineficaz para proteger los derechos fundamentales laborales es que muchas veces se requiere la nulidad del acto lesivo y la indemnización correspondiente. Todo lo

cual exige un procedimiento de fondo ante un juez de grado, todo lo cual no se da con el recurso de protección.

- c) Según el artículo 20 de la Constitución Política de la República, queda excluido uno de los derechos fundamentales más relevantes en el ámbito del trabajo: la no discriminación laboral, contenido en el artículo 19 n° 16 inciso tercero de la Constitución Política.
- d) El evidente riesgo que genera la interposición del recurso de protección por parte del trabajador de recurrir a los tribunales, porque pondría en riesgo la estabilidad en el empleo, pues el empleador puede adoptar como represalia el despido por necesidades de la empresa.⁵

En el año 2.000, año en el cual se conformó el “Foro para la reforma de la justicia laboral y previsional”, el cual estuvo conformado por los representantes del Ministerio del Trabajo, de sus servicios dependientes, a través de la Dirección del trabajo, del Ministerio de Justicia, Ministros de Corte, jueces y académicos de distintas Universidades, los cuales mediante un arduo trabajo lograron presentar las “Bases fundamentales para una reforma de la justicia laboral y previsional.”

Con la creación de este Foro para la reforma de la justicia laboral y previsional, y las ideas propuestas por el mismo, se transformó en el proyecto que posteriormente dió vida a la ley 20.087, que sustituyó el libro V del Código del Trabajo.

Con la dictación de la ley 20.087 se introdujo un cambio radical en el sistema procesal laboral chileno cambiando radicalmente el modelo anterior pasando a ser un sistema oral, público, concentrado, basado en los principios de mediación, celeridad, bilateralidad de la audiencia, oficialidad y gratuidad.

Dentro de esta misma reforma se creó el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el cual tiene su antecedente más directo en el proceso de tutela de derechos fundamentales español, contenido en los artículos 175 a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral Española, dictada como Real Decreto Legislativo 2/1.995 de 7 de Abril que aprobó su texto refundido.

⁵ UGARTE CATALDO JOSE LUIS. “Tutela de derechos fundamentales del trabajador”. 3ª edición 2010. Editorial Legalpublishing. Pág. 18, 19,20.

La similitud entre ambos procesos de tutela de derechos fundamentales es casi exacta, ya que se diferencian en matices muy tenues como se desprende de la historia fidedigna de la ley en la discusión del proyecto en el congreso nacional al expresar un diputado: “el proceso que se propone es copia del sistema español. En él se consideran las mismas instituciones”.⁶

Después de un largo trabajo, en el mes de mayo de 2002, el Foro hizo entrega del documento, sobre las “Bases fundamentales para la reforma de la justicia laboral y previsional”, sobre los cuales se cimentó la reforma y cuyos objetivos fueron los siguientes:

- a) Brindar un mejor acceso a la justicia: esto se logra a través de la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva, la que supone no solo el acceso a los tribunales, sino que la justicia que se proporcione sea eficaz y oportuna.
- b) Posibilitar la efectividad del derecho sustantivo: con esto se busca materializar un sistema de garantías procesales, para dar efectividad al derecho sustantivo, ya que el mero reconocimiento de derechos no es suficiente.
- c) Agilizar los juicios del trabajo: Ya que anteriormente los juicios del trabajo se caracterizaban por su excesiva demora.
- d) Asegurar el efectivo y oportuno cobro de los créditos laborales: se busca optimizar los procedimientos de cobro de las obligaciones laborales, dando al juez la facultad de llevar el impulso procesal de oficio para llevar adelante el procedimiento ejecutivo y creándose además los juzgados de cobranza laboral y previsional.
- e) Modernizar el sistema procesal laboral: esto dentro del proceso de modernización de nuestra justicia, para así permitir lograr los objetivos planteados.
- f) Configurar el proceso laboral como un instrumento de pacificación social: esta idea está plasmada en el mensaje de la ley que dice lo siguiente: “el proceso laboral debe asegurar un mecanismo de solución eficiente y oportuno en el ámbito laboral dando certeza y tranquilidad para el normal desenvolvimiento de las relaciones laborales y de la actividad productiva”.

⁶ HISTORIA DE LA LEY. Ley 20.087. sesión 75. 11 de Mayo de 2005. www.bcn.cl

- g) Potenciar el carácter diferenciado del procedimiento laboral: este objetivo supone la materialización del carácter protector y compensador del derecho del trabajo.
- h) Diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales: el trabajador es titular de derechos no solo como trabajador, sino que como persona, situando los derechos fundamentales como ejes centrales de la relación laboral, lo que supone no solo un reconocimiento material, sino que también de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos.

Además de estos objetivos se pretende con la reforma manifestaciones procesales concretas que deben ser interpretadas y entendidas en un sentido garantista, al igual que se pretende alcanzar una verdad real, más que formal.

Asimismo, en el mensaje enviado al congreso nacional por S.E. el Presidente de la República, se dice en relación al procedimiento de tutela de derechos fundamentales lo que sigue:

“En la actualidad existe un procedimiento, en sede laboral, que tiene por objeto brindar tutela al derecho a la libertad sindical, contemplado en los artículos 292 y siguientes (Prácticas Desleales o Antisindicales) y 387 y siguientes (Prácticas Desleales en la Negociación Colectiva) del Código del Trabajo. En el proyecto, esta normativa es mantenida en sus aspectos esenciales, sustituyéndose el procedimiento de protección aplicable por el nuevo procedimiento contemplado en el párrafo 6º, el cual contempla un sistema omnicompreensivo de tutela de los diversos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos en el ámbito de las relaciones laborales. Se trata en consecuencia, de un modelo que recoge, en sus definiciones fundamentales, la actual regulación legal que fuera largamente discutida y sancionada por el Congreso en la última reforma laboral, siendo el procedimiento especial que se contiene en este proyecto un perfeccionamiento y ampliación del marco de tutela a otros derechos fundamentales.

Resulta digno de destacar en el proyecto la clarificación de dos aspectos que han sido controversiales en la aplicación por parte de los tribunales del actual artículo 294 (despido antisindical). El primero, dice relación con el procedimiento a utilizar, estableciendo claramente que es el contemplado en el párrafo 6º y no el ordinario laboral; y el segundo, es el relativo al tratamiento de pretensiones con objeto diverso, a saber, la que busca protección de un derecho fundamental y aquella que se refiere a la discusión del despido propiamente tal, habida consideración de que el objeto de este procedimiento especial queda limitado a la tutela de derechos fundamentales, por lo que se dispone que, en el caso de aquellas acciones que corresponda tramitar de acuerdo a procedimientos distintos, y si una dependiere de la otra, no correrá el plazo para ejercer aquella hasta ejecutoriada que sea el fallo de ésta. En consecuencia, el plazo para solicitar la calificación del despido como injustificado, indebido o improcedente a que se refiere el artículo 168, solo comenzará a correr luego de quedar ejecutoriada la sentencia que desestime la denuncia por vulneración de derechos fundamentales. El procedimiento que se propone es sumarísimo: admitida la denuncia a tramitación, el juez debe citar al denunciante, al denunciado y a los presuntos afectados, a una audiencia única en plazos breves. La tramitación de estos procesos gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal. También se introduce una norma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, absolutamente imprescindible a la hora de brindar protección en este tipo de figuras, en relación con el onus probandi, que consiste en facilitar o aliviar la prueba al denunciante, cuando de sus alegaciones se desprendan indicios en orden a que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales. En este caso, surge la obligación para el denunciado de justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Se produce entonces, una matización de la regla general sobre la carga de la prueba, ya que al trabajador le basta con que de sus alegaciones se desprendan “indicios”, es decir, señales o evidencias que den cuenta de un hecho oculto (violación de un derecho fundamental). Es de destacar que en este evento no se exige al empleador la prueba de un hecho negativo (que no violó el derecho

fundamental), sino que pruebe que el acto o conducta empresarial obedeció a una motivación legítima. En el contenido de la sentencia condenatoria, el proyecto apunta a retrotraer la situación al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada, siendo la nulidad el efecto propio y natural para este tipo de ilícitos. Adicionalmente, la sentencia deberá indicar concretamente las medidas tendientes a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración constatada, incluyendo la posibilidad de que se imponga el pago de una indemnización.

Por último, se dispone en el proyecto que la sentencia dictada en estos procesos será susceptible de recurso de apelación laboral, el que se tramitará y resolverá por el tribunal de segunda instancia con preferencia respecto de cualesquiera otros, despejando de paso la discusión existente en relación con la apelabilidad de las sentencias en materia de prácticas antisindicales.”⁷

Sin embargo, el Congreso Nacional durante la tramitación del proyecto, hizo algunas reformas al proyecto original, el cual establecía un procedimiento nuevo y especial, cuyo objeto específico era la protección de los derechos fundamentales del trabajador. Pero la ley 20.087 no contempla este nuevo procedimiento especial, sino que efectúa un reenvío directo al procedimiento de aplicación general.

Posteriormente a la dictación de la ley 20.087 se dictó la ley 20.260, que vino a introducir una serie de reformas a la nueva ley de procedimiento laboral reformas que analizaremos más adelante.

3.2 El procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

El reconocimiento por la Constitución Política de la República de los derechos fundamentales y las libertades públicas se complementa con la garantía constitucional de tutela jurisdiccional, para la protección de dichos derechos, a través de un nuevo procedimiento ante los tribunales laborales presidido, por los principios de sumariedad

⁷ HISTORIA DE LA LEY. Ley 20.087. pág. 24-25. www.bcn.cl

y preferencia. Para lograr esta finalidad se requirió un procedimiento diferente y privilegiado con principios propios, para velar por la efectiva tutela.

Esta idea se materializó con la ley 20.087 y sus modificaciones posteriores, que vino a sustituir el libro V del Código del Trabajo, referente a la jurisdicción laboral y a los procedimientos de los juicios del trabajo, estableciendo en el párrafo 6º en los artículos 485 a 495 inclusive, “el procedimiento de tutela laboral”.

La reforma procesal laboral, en especial el procedimiento de tutela, tuvo como referente al procedimiento laboral español. En Chile al igual que España deriva la protección de los derechos fundamentales de la garantía de tutela judicial efectiva, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, los cuales según el artículo 5º inciso 2º de la Constitución tienen rango constitucional. También consagrado este derecho por la Constitución Política de la República en el artículo 19 nº 2 en el cual se reconoce también el derecho al debido proceso. Además este derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido por diversa jurisprudencia tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema.

En España esta consagración a la tutela judicial efectiva emana directamente del artículo 53.2 de la Constitución Española. En el plano legal en el artículo 177.1 de la Ley Laboral Española, se le da un carácter urgente y preferente al procedimiento de tutela respecto de otros procedimientos. Estas dos características establecidas en la legislación española se dan también a la tramitación de los recursos.

En Chile en el proyecto de ley 20.087 se buscaba un procedimiento sumario y preferente, como lo expresamos en el punto anterior, en los mismos términos de su homólogo español. Este objetivo, sin embargo fue modificado en la tramitación, pero el artículo 488 del Código del Trabajo destaca el carácter preferente respecto a las nuevas causas que se tramiten ante un mismo tribunal, y esta preferencia también se aplica a la resolución de los recursos que se interpongan en este procedimiento.

En relación al objetivo de sumariedad del procedimiento de tutela, la ley chilena al igual que el caso español, no define expresamente que concepto de sumariedad emplea para definir el procedimiento que haya de tutelar los derechos fundamentales. Es así como la interpretación más aceptada por la doctrina parece incluir la sumariedad de tipo cuantitativo, es decir aquella referida a la brevedad de los trámites que

componen el procedimiento. En este sentido en España el Tribunal Constitucional en sentencia nº 81/1992, señaló que por sumariedad no cabe acudir a su sentido técnico sino a su significación vulgar como equivalente a rapidez. En definitiva, el proceso sumario solo cabe entender la exigencia de que los procesos de protección jurisdiccional sean rápidos o acelerados.

Es así como en España se tomó en este sentido eliminando los tramites de conciliación y reclamación previa (artículo 64 y 70 de la Ley Laboral Española), se reducen los plazos para la celebración de la conciliación y del juicio, así como para dictar sentencia (artículo 179, 1 y 3 Ley Laboral Española), informando esta misma necesidad de una decisión rápida en la tramitación de un incidente de suspensión (artículo 178 Ley Laboral Española) y el hecho que la sentencia dictada sea ejecutada provisionalmente de manera automática, aun cuando se interponga recursos contra la resolución que la decreta (artículo 302 Ley Laboral Española).

En el caso chileno si bien en principio se contempla un procedimiento especial, a la larga se optó por una norma de reenvío al procedimiento ordinario sin perjuicio de la introducción de normas especiales, que cumplen parcialmente la exigencia de sumariedad cualitativa, es decir aquel procedimiento que se restringe exclusivamente a la materia sometida a la decisión del tribunal.

Es así como después de la dictación de ley 20.087 el artículo 485 del Código del Trabajo al reglamentar el “procedimiento de tutela”, quedó redactado de la siguiente manera:

“ Artículo 485.- 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 1º inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º inciso primero, 12º inciso primero, y 16º 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 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

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.

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.”

Así, el nuevo procedimiento se aplicará respecto de conflictos que se susciten por la aplicación de las normas laborales, cuando los derechos fundamentales que expresamente regula el transcrito artículo 485 resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

Este artículo trata de las siguientes garantías constitucionales:

- a) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador. (artículo 19 n°1 inciso 1° de la Constitución Política de la República).
- b) El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona. (artículo 19 n°4 de la Constitución Política de la República).
- c) La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. (artículo 19 n°5 de la Constitución Política de la República).
- d) La libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a moral, a las buenas costumbres

o al orden público. (artículo 19 nº6 inciso 1º de la Constitución Política de la República).

- e) La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa. (artículo 19 nº 12 de la Constitución Política de la República).
- f) La libertad de trabajo y su protección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. (artículo 19 nº 16 de la Constitución Política de la República).
- g) El derecho a la no discriminación al interior de la empresa, que se traduce en el conocimiento de actos discriminatorios durante la ejecución y el término del contrato de trabajo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2º del Código del Trabajo.

3.3 Principios del procedimiento ordinario laboral aplicables al procedimiento de tutela.

Si bien nuestro trabajo se basa en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales laborales no podemos dejar de desconocer que este procedimiento especial se remite en gran parte al procedimiento ordinario, por lo tanto le son plenamente aplicables los principios formativos que rigen en este procedimiento.

A continuación daremos una explicación brevísima de estos principios formativos, teniendo en cuenta que este tema no es el principal objetivo de este trabajo.

3.3.1 Oralidad.

Significa que la resolución jurisdiccional al caso concreto debe basarse en el material procesal aportado oralmente. Pero eso no significa que se base exclusivamente en la oralidad, debe haber una combinación con el principio de escrituración, pues no hay ningún principio formativo que sea totalmente puro.

La oralidad se manifiesta en este procedimiento por la ratificación de la demanda, la contestación por el demandado, la realización de la prueba.

Pese a ser un procedimiento oral todo se registra en actas, pues estas sirven, como ordenador del procedimiento y como recordatorio de lo sucedido en él, sin embargo no se altera en nada el principio formativo de la oralidad.

Una consecuencia de la oralidad es la publicidad, pues los actos al ser orales pueden ser presenciados por terceros.

Mediante la oralidad se simplifica el proceso, facilitando al juez el conocimiento de las alegaciones y prueba, así como, la mayor rapidez de las actuaciones.

En el Código del Trabajo este principio se encuentra consagrado en el artículo 425 que se verifica a través de los actos de conciliación y juicio.

Pese a la oralidad la demanda, la contestación y fallo deben ser escritos.

Con la oralidad importa un cambio en la labor del juez, pues no solo debe resolver de inmediato las diversas incidencias que se presentan en la audiencia, sino que además requiere de habilidades distintas del proceso escriturado porque debe verse enfrentado a la producción de la prueba y construir su convicción que expresará en el razonamiento de la sentencia definitiva. De este modo la resolución deberá establecer los elementos necesario fundantes de su decisión debiendo sujetarse a las normas reguladoras de la prueba.

3.3.2 Celeridad.

Es una derivación de la oralidad con la cual se eliminan trabas en la tramitación del procedimiento.

La oralidad conduce a la simplificación y rapidez del procedimiento. Se propende a la rapidez y agilidad del procedimiento sin desconocer el respeto y tutela de derechos fundamentales.

Hay procesalistas que consideran que la celeridad y brevedad en el proceso constituye el objeto primordial del procedimiento laboral.

3.3.3 Inmediación.

Este principio conduce a que el juez debe tener contacto de inmediato con las partes, el objeto del juicio, los medios de prueba, etc. Por tanto la sentencia debe fundarse solo en ese contacto o relación inmediata o directa del juez.

El juez debe tener una importancia primordial en este tipo de procedimiento. Y de propender a la búsqueda de la verdad material y no solo de la formal.

El juez debe ayudar y cooperar con las partes para evitar posibles situaciones de indefensión. Con este principio no se toca el principio dispositivo del proceso, o la fijación del conflicto por las partes o la libre de aportación de prueba por los litigantes, lo que se busca es una mayor intervención del juez en corregir los desajustes del principio dispositivo, por medio de la atribución del juzgador de una mayor dirección en el procedimiento y permitirle conceder la palabra a las partes cuanta veces quiera, indagar en las pruebas aportadas por las partes indicando su procedencia o improcedencia para contribuir a la clarificación de los hechos.

Este principio ha venido flexibilizando reglas procesales consolidadas como es la congruencia de las resoluciones judiciales; que es la exigencia que el juez resuelva todo lo planteado por las partes y se dé una necesaria relación entre los argumento de la sentencia y la sentencia misma.

Las amplias facultades otorgadas al juez, se ven en las amplias libertades que tiene el juez en la valoración de la prueba, en especial en la valoración testimonial.

La valoración del juez están sujetas a las reglas de la sana crítica, por tanto un juez no puede ir en contra de esta regla.

En Chile el principio de la inmediación está consagrado e le artículo 427 del Código del Trabajo.

3.3.4 Concentración.

También es una consecuencia del predominio de la oralidad, lo que lleva desde una perspectiva temporal que los actos procesales no pueden separarse en el tiempo por plazos interrumpidos, o que de existir tales plazos sean lo más breves posibles y desde el punto de vista procesal que las partes aporten en el juicio la totalidad del material del proceso.

Así desde el punto de vista procedimental se aspira a la unidad del acto, vale decir que todos los actos procesales se realicen en una audiencia. Con relación al contenido del proceso, la concentración significa que todas las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales, no impida la entrada al fondo del asunto, no provocan procedimientos independientes, pues son resueltos en el momento de la sentencia definitiva.

Por tanto puede afirmarse que la concentración es el aspecto temporal de la inmediación.

La concentración supone el agrupamiento de la mayor cantidad de actos procesales en uno solo, complejo y sin solución de continuidad.

La concentración se manifiesta en el establecimiento de dos audiencias en las cuales se agota la sustanciación del proceso. Una primera audiencia de conciliación y juicio, y una audiencia de juicio propiamente tal, sin que exista la posibilidad de suspender el juicio. Las audiencias una vez ya iniciadas, no pueden suspenderse, maximizando de esta manera los recursos judiciales, lo que conlleva un mayor grado de certeza para las partes. Todo esto está establecido en los artículos 428, 430 inciso 2º del Código del Trabajo.

3.3.5 Impulso procesal de oficio.

La reforma procesal laboral otorgó instrumentos al juez laboral para que pueda actuar de oficio, alejándose de la pasividad del tribunal.

El artículo 429 de Código del Trabajo indica que el juez puede decretar de oficio, las pruebas que sean necesarias para la sustanciación del proceso, incluso aquellas no ofrecidas por las partes.

Además podrá rechazar aquellas que considere inconducentes.

También bajo este principio podrá tomar medidas para evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida, no siendo aplicable, en consecuencia la figura del abandono del procedimiento.

3.3.6 Buena fe procesal.

En este punto el nuevo procedimiento laboral establece que los actos procesales deben ejecutarse de buena fe. Se faculta al juez para adoptar las medidas necesarias que impidan el fraude y la colusión, el abuso de derecho y las acciones dilatorias.

Este principio lo podemos encontrar en el artículo 453 n° 4 inciso final del Código del Trabajo.

3.3.7 Gratuidad.

El acceso a la justicia laboral está consagrado en el artículo 19 n° 3 inciso 3 de la Constitución Política de la República, es decir como garantía mínima de un debido proceso, como también en el artículo 431 del Código del Trabajo. También las partes, que gozan del privilegio de pobreza tendrán derecho a una defensa gratuita por parte de las respectivas Corporaciones de Asistencia Judicial.

3.4 Tramitación del procedimiento de tutela.

En Chile según vimos se aplica directamente la eficacia horizontal y directa de los derechos fundamentales laborales, pero sin embargo tiene que haber un procedimiento adecuado para la tutela efectiva de estos derechos y es este el procedimiento que a grandes rasgos veremos a continuación.

3.4.1 Sujetos legitimados activos.

La legitimación activa en el procedimiento de tutela, está tratada en el artículo 486 del Código del Trabajo, en el cual se expresa lo siguiente:

“Artículo 486.- 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 afiliada, directamente o por intermedio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante.

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.

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.

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.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Inspección del Trabajo deberá 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.

La denuncia a que se refieren los incisos anteriores deberá interponerse dentro de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. Este plazo se suspenderá en la forma a que se refiere el artículo 168.”

Como lo dice el artículo antes transcrito se consagra a tres titulares de la acción tutelar frente al caso de vulneración de derechos fundamentales, a saber:

- a) **Cualquier trabajador:** que invocando un interés legítimo considere lesionados sus derechos fundamentales, dentro de la relación laboral.
- b) **Cualquier organización sindical:** cuando se haga por alguna de estas vías:
 - 1) Vía principal: se verifica cuando una organización sindical considere lesionados sus derechos fundamentales, e invoque un interés legítimo por la vía de este procedimiento.
 - 2) Vía principal: se verifica cuando la organización sindical, tutelando ya no derechos fundamentales propios, sino los derechos de trabajadores pertenecientes a la organización.
 - 3) Vía accesoria: se verifica cuando el afectado que considere lesionados sus derechos fundamentales, sea un trabajador afiliado a un sindicato y el sindicato no actúe como parte directa, sino como tercero coadyuvante.
- c) **La inspección del trabajo:** actúa de las siguientes maneras:
 - 1) emitiendo un informe a requerimiento del tribunal de los hechos denunciados.

- 2) Haciéndose parte en el proceso.
- 3) Denunciando situaciones constitutivas de infracciones a derechos fundamentales que detecte en las actuaciones que realice dentro del ámbito de sus atribuciones, caso en el cual junto con la denuncia deberá acompañar el informe de fiscalización, los que tal como indica el texto del artículo “constituirán presunción legal de veracidad”. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación del proceso.

3.4.2 La denuncia en el procedimiento de tutela.

La denuncia es el acto procesal con el que se da inicio al procedimiento de tutela. De esta forma el artículo 490 del Código del Trabajo establece lo siguiente:

“Artículo 490.- La denuncia deberá contener, además 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.”

La ley 20.260 reformó el inciso final de este artículo concediendo un plazo de cinco días para acompañar los antecedentes en que se fundamente la denuncia, ya que anteriormente si no se acompañaban se negaba lugar a la denuncia.

3.4.3 Plazo para interponer la denuncia.

El plazo para interponer la denuncia por la vulneración de derechos fundamentales es de sesenta días, contados desde la vulneración de los mismos, plazo que se

suspenderá en la forma a que se refiere el artículo 168 del Código del Trabajo. Así lo dice el artículo 489 inciso 2º del Código del Trabajo:

“Artículo 489 inciso 2º.- La denuncia deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contado desde la separación, el que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168.”

Ahora cabe preguntarse en caso de conductas lesivas continuadas y cuyo comienzo de ejecución fue anterior a sesenta días previstos por la ley, ¿debería entenderse la acción de tutela caduca?

Se podría entender literalmente y decir que efectivamente la acción caduca, sin embargo para el profesor José Luis Ugarte esta interpretación constituiría un despropósito, por las siguientes razones:

- Estaríamos frente a un ilícito continuado cuyo reproche jurídico se mantiene, ya que se siguen vulnerando derechos fundamentales.

- Se trata de defender derechos básicos de las personas, por lo que la actitud judicial debería ser especialmente cuidadosa en no sostener interpretaciones procesales o sustantivas que restrinjan los derechos fundamentales laborales innecesariamente.

- De sostener lo contrario lleva a absurdos intolerables en los cuales los graves atentados a derechos fundamentales, como atentados a la vida e integridad física de los trabajadores se sanearía jurídicamente con el transcurso del plazo, pudiendo el empleador en esos casos seguir manteniendo la conducta que vulnera las más importante normas jurídicas como son las normas constitucionales.⁸

Por tanto es evidente que el plazo debe contarse desde que concluya la conducta lesiva entendiendo que se trata de una conducta que lesiona derechos básicos para la sociedad. Además hay que tener en cuenta el artículo 5 inciso 2º de la Constitución el cual establece que:

⁸ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. “Tutela de derechos fundamentales del trabajador”. 3º edición 2010. Editorial Legalpublishing. Pág. 25.

“es deber de los órganos del estado promover los derechos que emanan de la naturaleza humana”

3.4.4 Ejercicio conjunto de acciones.

La ley 20.260 sustituyo el inciso final del artículo 489 del Código del Trabajo estableciendo que:

“Artículo 489 inciso final.- Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral de que trata este Párrafo, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. En este caso no será aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 488. El no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia.”

De esta manera dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en el mismo juicio.

3.4.5 Medidas cautelares.

El juez en el procedimiento de tutela está dotado de facultades para suspender los efectos de los actos atentatorios de derechos fundamentales, ya sea de oficio o a petición de parte. Además las resoluciones que pronuncie sobre esta materia no serán susceptibles de recursos. Así se desprende del artículo 492 del Código del Trabajo:

“Artículo 492.- 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 decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes.

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.”

3.4.6 La conducta lesiva de derechos fundamentales.

La conducta lesiva de derechos fundamentales por parte del empleador puede ejercerse por cualquier acto o conducta, pero debe tener un resultado que consista en la restricción desproporcionada de alguno de los derechos fundamentales protegidos del trabajador.

Es así como esta conducta lesiva de derechos puede provenir del ejercicio de una conducta no permitida por la ley al empleador en cuyo caso el juez deberá reprimirla jurídicamente, mediante los mecanismos establecidos en la ley, declarando la nulidad del acto y estableciendo las medidas para reparar el daño. También esta conducta lesiva puede derivar de una facultad reconocida por la ley al empleador, como aquellas derivadas de la facultad de mando o del derecho de propiedad. En este último caso el juez debe realizar una actividad previa de ponderación de los derechos en conflicto.

3.4.7 La ponderación judicial.

La ponderación es el método jurídico que deberá guiar al juez laboral en la decisión sobre una colisión de derechos fundamentales.

Cuando la conducta lesiva del empleador proviene de actividades ilícitas, no cabe al juez laboral hacer ponderación alguna, ya que esa conducta ilícita viene reglada por el propio legislador laboral, quien ha dictado reglas para reprimir dichas conductas.

Ahora, cuando la lesión de un derecho fundamental del trabajador proviene del ejercicio lícito de facultades reconocidas al empleador hay que distinguir:

- a) Si la conducta del empleador no está adscrito a ningún derecho fundamental propio o de terceros, no hay lugar a la ponderación, porque esta conducta se sostiene en una posición jurídica del empleador que no tiene rango suficiente para justificar restricciones a garantías constitucionales del trabajador. En este caso las facultades del empleador ceden ante los derechos de mayor rango, como son los derechos constitucionales del trabajador.
- b) Si la conducta del empleador, se basa en el ejercicio de una facultad que constituye una manifestación del derecho de propiedad, la conducta que restrinja derechos fundamentales del trabajador generará una colisión de derechos fundamentales que el juez laboral deberá dirimir mediante la técnica de la ponderación.

La ponderación consiste en la asignación por parte del aplicador del derecho de peso o fuerza de un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que un principio desplaza el otro y resulta aplicable.⁹

Esa jerarquía axiológica fijada para la resolución de un caso concreto de colisión de derechos fundamentales es móvil, es decir, el conflicto no queda resuelto de forma estable haciendo prevalecer sin más uno de los principios sobre el otro, si no que la solución del conflicto solo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del conflicto en casos futuros.¹⁰

Así la ponderación es el método propio para la resolución de conflictos entre principios constitucionales como son los derechos fundamentales.

⁹ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". 3ª edición 2010. Editorial Legalpublishing. Pág. 69

¹⁰ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". 3ª edición 2010. Editorial Legalpublishing. Pág. 69

Debemos decir además que la ponderación no es una actividad irracional del juez, ya que se encuentra gobernada por el principio de proporcionalidad que Alexy resume en la siguiente fórmula: cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

En el Código del Trabajo en su artículo 485 se plasma en plenitud el principio de ponderación, cuya aplicación implica la realización de tres juicios o subprincipios:

- a) **Principio de adecuación o idoneidad:** el legislador establece que la medida debe ser idónea en el sentido que debe ser apta para el fin perseguido por el empleador. De lo contrario la medida será arbitraria.¹¹ El juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar efectivamente un fin legítimo, entendido por tal un fin o interés de naturaleza constitucional.¹²
- b) **Principio de necesidad:** importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna con el derecho fundamental en cuestión. En este sentido, será necesaria y proporcionada la conducta del empleador que restringe derechos fundamentales del trabajador solo cuando no exista un medio menos gravoso de obtener el fin perseguido.¹³
- c) **Principio de proporcionalidad en sentido estricto:** Solo si la restricción es considerada idónea y necesaria corresponde revisar si la medida es proporcional en sentido estricto. El límite a los derechos fundamentales debe ser racional tanto respecto del objeto de la medida como en cuanto a sus efectos. La racionalidad respecto del objeto se vincula con el fin perseguido en el contrato de trabajo en cuanto prestación de servicios bajo subordinación que en definitiva no puede alterar derechos fundamentales de una de las partes por el solo objetivo económico del contrato o de la actividad empresarial. La racionalidad en cuanto al objeto requiere además que no se trate de una

¹¹ GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. "El procedimiento de tutela de derechos laborales". 2ª edición 2008. Editorial Legalpublishing. Pág. 45

¹² UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". 3ª edición 2010. Editorial Legalpublishing. Pág. 76.

¹³ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". 3ª edición 2010. Editorial Legalpublishing. Pág. 77.

represalia o medida persecutoria. La racionalidad en cuanto a los efectos de la medida alude a que no se afecte la esencia del derecho fundamental del trabajador. La limitación al derecho debe resultar equilibrada en relación al objetivo perseguido.

3.4.8 La prueba en el procedimiento de tutela.

Ante el panorama complicado que tiene el trabajador en materia de prueba se hace imperativo la reducción de su esfuerzo probatorio en aras de una tutela efectiva de sus derechos.

El profesor José Luis Ugarte señala que las razones de la rebaja en los esfuerzos probatorios del trabajador son:

- El carácter encubierto de las conductas lesivas: muchas veces el empleador puede encubrir como lícitas ciertas conductas vulneradoras de derechos fundamentales, lo cual hace, sino imposible, muy difícil la acreditación de la finalidad discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales.
- El entorno probatorio hostil que enfrenta el trabajador que demanda la tutela de sus derechos fundamentales: en efecto la doctrina a destacado que sobre la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias.
- Esto hace que se desnivele profundamente las facilidades de prueba que pueda realizar el trabajador en un eventual procedimiento de tutela.¹⁴

En materia de prueba nuestro ordenamiento jurídico laboral introduce una norma novedosa para su regulación procesal en Chile. Es así, como lo señala el artículo 493 del Código del Trabajo:

¹⁴ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". 3ª edición 2010. Editorial Legalpublishing. Pág. 41.

“Artículo 493.- 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.”

Cabe señalar que este caso no se trata de una rigurosa inversión de la carga de la prueba, vale decir, que por el mero hecho del demandante (trabajador) alegar una violación a derechos fundamentales laborales, el demandado (empleador) debe entrar a probar un hecho negativo como lo es entrar a demostrar que no infringió un derecho fundamental laboral.

Se trata en rigor de una técnica más débil. Hay una alteración del objeto de la prueba, en que la víctima o denunciante no está completamente liberado de la prueba. Debe acreditar la existencia de indicios suficientes que se han vulnerado derechos fundamentales laborales y solo en este caso el demandado debe explicar los fundamentos de las medidas adoptados y de su proporcionalidad. Por tanto el empleador debe aportar la prueba que acredite que su conducta se debió a motivos razonables y que la misma no dice relación con la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

Este tema es uno de los grandes avances en lo que se refiere al procedimiento de tutela laboral.

La importancia fundamental de esta alivianación probatoria radica en que el demandante (trabajador), solo le basta con acreditar indicios suficientes. Este término dice relación con hechos que deben generar al menos las sospechas fundadas que ha existido la lesión de derechos fundamentales lo que la doctrina procesal denomina principio de prueba. Esta consiste principalmente en que el demandante (trabajador) no pruebe inmediata y directamente la conducta lesiva, sino que debe probar acontecimientos o circunstancias que logren generar en el órgano jurisdiccional una sospecha razonable de que acto lesivo denunciado ha ocurrido.

El artículo 493 del Código del Trabajo da a entender que se requiere una pluralidad de indicios como si esta llevase necesariamente al juez a fallar en atención a dos o más indicios. Sin embargo, nosotros compartimos la opinión del profesor José Luis

Ugarte¹⁵ el cual sostiene que más que la cantidad de indicios es la calidad de los mismos, la que determina su importancia, pudiendo entonces considerarse a un solo hecho como suficiente cuando su calidad y precisión probatoria lo amerite.

3.4.9 La sentencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

La llegada de este nuevo proceso significó el fin del antiguo modelo de protección de derechos fundamentales, que se basaba solo en la multa administrativa. Y por otro lado se produce una nueva configuración del juez laboral en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en la materia.

Se abandona así, en primer lugar la represión por vía de multa, de las conductas lesivas. Estas se reemplazan por un as complejo de consecuencias jurídicas. En segundo lugar se reemplaza el rol de mero espectador del juez laboral por uno de articulador de soluciones compuestas.¹⁶

La gravedad que puede implicar la vulneración de uno de estos derechos fundamentales importa una respuesta categórica para la cual es necesario como lo ha señalado el tribunal de justicia de la comunidad europea que esa respuesta sea efectiva, proporcionada y disuasoria.¹⁷

Por esto la respuesta del ordenamiento jurídico laboral no puede ser meramente simbólica, sino que requiere un conjunto de sanciones que hagan efectiva la protección de estos derechos.

Este cambio se plasma en un acto procesal que es la sentencia definitiva. En este sentido varía la sentencia definitiva del sistema procesal anterior que se limitaba a declarar acerca de la existencia o no de una obligación patrimonial de dar. En cambio la sentencia definitiva del procedimiento de tutela es de tipo complejo, ya que en la

¹⁵ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". 3ª edición 2010. Editorial Legalpublishing. Pág. 48.

¹⁶ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. "La tutela de derechos fundamentales del derecho del trabajo: De erizo a Zorro". Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. 2007.pag 65

¹⁷ MARTINEZ, L, "La directiva 76/207/CEE, 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional ay a las condiciones de trabajo", Actualidad laboral, TI, Madrid, 2000, pag.686

parte resolutive de la sentencia definitiva deben contenerse diversos pronunciamientos de manera simultánea. Esto porque la acción ejercida precisamente persigue obtener varias pretensiones relacionadas entre sí como lo expondremos.

La sentencia definitiva de tutela de derechos fundamentales se diferencia de las sentencias de procesos laborales ordinarios, ya que esta deberá pronunciarse sobre distintas materias simultáneamente, por lo que la hace una sentencia de contenido complejo. Así se desprende del artículo 495 del Código del Trabajo:

“Artículo 495.- La sentencia 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 las 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.

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro.”

Además la sentencia debe ser pronunciada en la misma audiencia o en el plazo de diez días, plazo que fue modificado por la ley 20.260, ya que originalmente se establecía un plazo de cinco días. Esto está establecido en el artículo 494 del código del trabajo que dice lo siguiente:

“Artículo 494.- Con el mérito del informe de fiscalización, cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de décimo día. Se aplicará en estos casos, lo dispuesto en el artículo 457.”

3.4.10 Efectos de la sentencia de tutela.

Los efectos de la sentencia de tutela van a ser diferentes, por cuanto se puede estimar acoger la denuncia o rechazarla. Estos efectos están tratados en el artículo 489 incisos tercero y cuarto del Código del Trabajo, los que señalan lo siguiente:

“Artículo 489.-inciso tercero.- En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 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.

Inciso cuarto.- Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2° de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior.”

Al respecto analizaremos, cada una de las posibilidades que pudieran presentarse y sus efectos:

- a) **El tribunal acoge la denuncia:** si el juez acoge la denuncia de tutela de derechos en primer lugar deberá declarar el cese inmediato de la conducta antijurídica del empleador, además de indicar las medidas concretas que debe

adoptar el empleador para la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos, todo esto bajo el apercibimiento de multas que van desde 50 a 100 UTM y ordenará además si es que procede, el pago de las siguientes indemnizaciones.

- 1) Indemnización sustitutiva del aviso previo, establecida en el artículo 162 inciso 4º.
 - 2) Indemnización por años de servicio, establecida en el artículo 163 del Código del Trabajo, además de los recargos legales, dispuestos en el artículo 168 del Código en mención.
 - 3) Adicionalmente, el pago de una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis ni superior a once meses de la última remuneración mensual.
- b) **El tribunal declara el despido como discriminatorio:** en este caso y en el evento que se declare el despido como un acto discriminatorio, por haberse infringido en inciso cuarto del artículo 2º del Código del Trabajo, y que además sea este despido calificado como grave nace un derecho alternativo para el trabajador que se traduce en dos opciones:
- 1) Ser reincorporado al trabajo.
 - 2) Recibir el pago de las indemnizaciones señaladas anteriormente.

Si el trabajador opta por el pago de las indemnizaciones estas se fijarán incidentalmente por el juez que conoce del proceso.

- c) **El tribunal rechaza la denuncia:** en este caso si se ha entablado subsidiariamente la acción de despido injustificado, indebido o improcedente podrá fallar esta, pero ya no gozará de preferencia para ser fallada en relación a las otras causas del tribunal.

3.4.11 El despido lesivo de derechos fundamentales.

Se presenta este caso cuando la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido. Cada vez que se acciones por despido lesivo de derechos fundamentales, deberá hacerse subsidiariamente por despido injustificado, improcedente o indebido, para el caso que la acción sea rechazada. Todo esto de acuerdo al inciso final del artículo 489 del Código del Trabajo.

3.4.12 Incompatibilidad de la acción de tutela de derechos fundamentales y el recurso de protección.

Una vez entablada la acción de protección, comúnmente llamada recurso de protección del artículo 20 de la Constitución, ya no es posible ejercer la acción de tutela de derechos fundamentales basada en los mismos hechos. Así se establece en el inciso final del artículo 485 del Código de Trabajo.

“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.”

CAPITULO CUARTO

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.

4.1 Antecedentes previos.

Al iniciar este Capítulo Cuarto, en el cual trataremos la jurisprudencia administrativa y judicial sobre los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, describiremos y analizaremos, en primer lugar la función interpretativa de las leyes laborales que cumple la Dirección del Trabajo, además presentaremos los distintos dictámenes de la Dirección del Trabajo, recopilados y ordenados de acuerdo a los distintos derechos fundamentales a los que se refieren, y en segundo lugar presentaremos las distintas sentencias emanadas de los Juzgados de Letras del Trabajo, en los cuales se resuelven a través del procedimiento de tutela de derechos la infracción a los derechos protegidos por este nuevo procedimiento.

4.2 Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo.

Antes de entrar al análisis de la jurisprudencia administrativa, referente a los Derechos Fundamentales del Trabajador, haremos una pequeña reseña a lo que es la Dirección del Trabajo y a las funciones que cumple en nuestro ordenamiento jurídico laboral. La Dirección del Trabajo es un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y que se encuentra regulado por el D.F.L nº 2 de 1967 y sus modificaciones posteriores.

Dentro de sus funciones encontramos como funciones primordiales la fiscalización e interpretación de la ley laboral.

Es así como la Dirección del Trabajo puede de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes fijar el sentido y alcance de las leyes laborales. De esta forma la Dirección del Trabajo se transforma en un órgano de aplicación del derecho, a través de la facultad de interpretación y fiscalización de la ley laboral. Esta función de aplicación del derecho se cumple, en primer término a través de la resolución administrativa en que se establece la multa respectiva al momento de verificarse infracciones a la ley laboral, y en segundo lugar a través de los dictámenes del Director del Trabajo en los que se interpreta la ley laboral.

Los dictámenes de la Dirección del Trabajo los podemos definir como una declaración unilateral de voluntad de la entidad fiscalizadora, la cual está dotada de fuerza obligatoria. Esta obligatoriedad emana tanto de la ley que le confiere atribuciones al órgano que lo dicta, como de aquella ley interpretada en el dictamen.

De esta interpretación de la ley laboral, a través de los respectivos dictámenes, se viene a establecer la llamada “doctrina”, que se traduce en los criterios interpretativos uniformes en la aplicación de la legislación laboral.

Después de esta breve explicación de la función interpretativa de la ley laboral de la Dirección del Trabajo podremos en los siguientes puntos encontrar los dictámenes de la Dirección del Trabajo que hemos recopilado y analizado, recopilación que abarca el periodo comprendido entre el mes de Enero de 2000 hasta el mes de Septiembre de 2010, referentes a los distintos Derechos Fundamentales del trabajador protegidos por el “procedimiento de tutela de derechos fundamentales”.

4.3 DICTAMENES DE LA DIRECCION DEL TRABAJO SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

4.3.1 El respeto y protección a la vida y a la honra del trabajador.

4.3.1.1 Dictamen 3276 de 16 OCTUBRE 2002.¹⁸

Materia: Derechos Fundamentales. Derecho a la Intimidad, Vida Privada y Honra de los Trabajadores. Mecanismos de Control Audiovisual. Derechos Fundamentales.

Fuentes legales: Constitución Política de la República, artículos 19 número 4; y Código del Trabajo, artículos 5 inciso primero y 154 inciso final.

Antecedentes: Presentación de fecha 06 de agosto de 2002, de la Confederación Nacional Unitaria de Trabajadores del Transporte y Afines de Chile - CONUTT.

Hechos: Mediante presentación de antecedentes, por la Confederación Nacional Unitaria de Trabajadores del Transporte y Afines de Chile - CONUTT se solicita un pronunciamiento de esta Dirección sobre la legalidad de los sistemas de vigilancia y control, a través de videocámaras instaladas en los vehículos de la locomoción colectiva urbana.

Jurisprudencia: "...El poder de dirección del empresario, si bien reconoce como fundamento las garantías constitucionales de la libertad de empresa y el derecho de propiedad -artículos 19, N°s 21 y 24 de la Constitución, respectivamente-, se define y concretiza jurídicamente, en el específico ámbito laboral, en relación al contrato de trabajo -no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extra laboral del trabajador-, a lo que debemos agregar la ley -será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario-.

«La conformación de este poder empresarial, ha de suponer en cuanto a su ejercicio el respeto a las garantías fundamentales que la propia Constitución reconoce a todo

¹⁸ En relación a este mismo tema, de mecanismos de control empresarial y derechos fundamentales del trabajador se pueden revisar los siguientes dictámenes: dictamen 2852 de 2002; dictamen 2328 de 2002; dictamen 4822 de 2003; dictamen 2875 de 2003 y dictamen 3441 de 2008.

ciudadano y por ende al trabajador. En efecto, como se ha apuntado, los poderes empresariales no puede suponer a priori una relativización o matización del derecho fundamental, más bien, éste es el que actúa como un freno insalvable al ejercicio de tales poderes. Por lo tanto, el problema no tiene sólo una connotación contractual -modalización de la vida dentro de la empresa según las directrices o la organización empresarial-, tiene también un componente que escapa al limitado y circunscrito ámbito del contrato de trabajo para trasladarse a la órbita constitucional, esto es, al ejercicio por parte del trabajador de derechos que trascienden su categorización como trabajador para amoldarse a un plano omnicomprendivo de su personalidad toda. En consecuencia, dicho poder -expresión de las necesidades organizativas o productivas del empresario, pero delimitado jurídicamente en virtud del contrato de trabajo y de la ley- necesariamente ha de verse afectado en alguna medida en aras del respeto pleno de los derechos fundamentales del trabajador».

De las fiscalizaciones practicadas a empresas del sector, se ha podido constatar que los dispositivos de control consisten en videocámaras instaladas en los buses de la locomoción colectiva urbana. Dichas cámaras se encuentran ubicadas, en la parte delantera del vehículo, normalmente en el centro del parabrisas o en el costado izquierdo, en la ubicación del chofer, y se encuentran dirigidas hacia el interior, captando por su radio de acción (180 grados), la entrada delantera, el pasillo, los pasajeros sentados en el lado derecho de la máquina y al conductor.

Las imágenes captadas se graban en una cinta de vídeo que normalmente se ubica junto a la entrada delantera del bus, en una caja cerrada herméticamente. Estas videocámaras se activan mediante un sensor y comienzan sus grabaciones al abrirse las puertas de la máquina.

Estas cintas son instaladas, retiradas, revisadas y gestionadas por personal de mismas empresas.

Igualmente, se ha constatado que la finalidad declarada por los empleadores con la implementación y utilización de estos mecanismos de control audiovisual, se orienta fundamentalmente a velar por la seguridad de los conductores y los pasajeros.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha podido comprobar en la fiscalización que el control empresarial mediante estos mecanismos audiovisuales, se dirige también a vigilar la actividad de los conductores.

Ahora bien, de conformidad a la doctrina esbozada en el dictamen 2328/130, de 19 de julio de 2002, que se acompaña en copia adjunta y que estableció la doctrina de este Servicio en relación a los sistemas de control audiovisual instalados en los vehículos de la locomoción colectiva, la procedencia o improcedencia de la implementación y utilización de sistemas de control audiovisual, «debe determinarse a la luz de los objetivos o finalidades tenidas en vista para su implementación, antecedentes que permitirán en definitiva establecer si dicho control afecta o no la dignidad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores. Se trata en concreto, de determinar en qué medida la utilización de tecnologías de control pueden llegar a afectar el derecho a la intimidad del trabajador, garantía que como se sabe, le es reconocida por la propia Carta Fundamental (artículo 19 N° 4) y que ha de suponer para éste, tanto el reconocimiento de un ámbito propio y excluido a la intromisión o invasiones no queridas, como el derecho a controlar los datos e información relativas a su persona».

Al respecto, el mismo pronunciamiento establece que cuando la finalidad perseguida con los sistemas de control audiovisual, se orienta exclusivamente a vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador, no resulta lícito, «toda vez, que supone una forma de control ilimitada, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad y en forma panorámica, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empresario o su representante, sino que en buenas cuentas significa el control y poder total y completo sobre la persona del trabajador», provocando «en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. El trabajador, al verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte de su empleador».

Asimismo, se agrega que «el control permanente por las cámaras constituye un atentado desproporcionado a la intimidad del trabajador, ya que permite también evidenciar aspectos de la conducta del trabajador que no dicen relación con la actividad laborativa, es decir con la actividad desarrollada para el cumplimiento de la prestación de trabajo (strictu sensu), sino que obedecen a situaciones, que si bien se verifican en el puesto de trabajo o con ocasión de la prestación de los servicios, se expresan en las naturales pausas que toda actividad humana supone, denominadas

por la doctrina «licencias comportamentales», y que como tales no tienen porque ser conocidas por el empleador (José Luis Goñi Sein, El respecto a la esfera privada del trabajador, Civitas, Madrid, 1988, p. 144 y Daniel Martínez Fons, El poder de control del empresario en la relación laboral, CES, Madrid, 2002, p. 75). La naturaleza del lugar en donde se desarrolla la actividad del sujeto, sea aquel privado o público, no determina la calificación de esa conducta en uno u otro sentido. En consecuencia, una determinada conducta o actividad relativa a aspectos íntimos o privados del trabajador, no deja de serlo por el simple hecho de desarrollarse en el ámbito de la empresa».

Continúa el dictamen argumentando que «la utilización de estos mecanismos de control audiovisual, con el exclusivo objetivo de vigilar el cumplimiento de la prestación de trabajo, importa a todas luces una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer 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.» «En virtud de este principio de proporcionalidad, se exige que la medida limitativa, en este caso el control audiovisual, 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, lo que en la situación en análisis evidentemente no ocurre, ya que existen variadas otras formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y que son menos restrictivas de la libertad del trabajador».

Por su parte, cuando la implementación de estos mecanismos de control audiovisual, resulte objetivamente necesario por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos (materiales tóxicos o peligros, alto costo de las maquinarias o de las materias primas, etc.) o por razones de seguridad, sea de los propios trabajadores o de terceros (prevención de asaltos a bancos, aeropuertos, prevención de comisión de hurtos en centros comerciales, etc.) dicho control resulta lícito. Se trata pues, de «supuestos en los cuales la instalación de mecanismos de control audiovisual, tiene como fundamento motivaciones diferentes al control laboral, siendo su razón de ser la prevención de situaciones de riesgo consideradas preponderantes en atención a los bienes jurídicos protegidos».

Ahora bien, «como consecuencia de la posibilidad de instalar o emplazar videocámaras por razones técnico productivas o de seguridad, se puede llegar a un control o vigilancia de la actividad del trabajador, ello como una consecuencia técnica necesaria e inevitable del sistema implementado, pero accidental, en cuanto constituye un efecto secundario. En estos casos, el control sobre la actividad del trabajador debe valorarse en función de los objetivos perseguidos -técnico productivos y de seguridad-, de suerte, que el sacrificio de la intimidad del trabajador sea un resultado, como se apuntó, accidental, nunca la intensión primaria por parte del empleador».

Con todo, el control empresarial, cualquiera sea su finalidad, «sólo puede resultar lícito en la medida que se cumplan a su respecto con los requisitos generales de toda medida de control y, además, con algunos singulares relacionados con el medio empleado».

«En cuanto a los requisitos generales de toda medida de control, de conformidad al inciso final del artículo 154, del Código del Trabajo, dichas medidas de control:

- a. Deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene
- b. Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley;
- c. Sólo pueden efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral;
- d. Su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, es decir, no debe tener un carácter discriminatorio; y
- e. Debe respetarse la dignidad del trabajador.

En lo referido a los requisitos específicos de los mecanismos de control audiovisual y que arrancan de su propia naturaleza, ellos pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) No deben dirigirse directamente al trabajador sino que, en lo posible, orientarse en un plano panorámico;
- b. Deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino; y
- c. Su emplazamiento no debe abarcar lugares, aún cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores, tales como, comedores y salas de descanso, así como tampoco a

aquellos en los que no se realiza actividad laborativa, como los baños, casilleros, salas de vestuarios, etc.

Ahora bien, en lo tocante a los resultados obtenidos con la implementación y utilización de estos mecanismos de control audiovisual, esto es, las grabaciones, es posible establecer ciertos criterios generales que dicen relación con el contenido esencial de derecho a la intimidad del trabajador, en su dimensión de control sobre los datos relativos a su persona:

- a. Debe garantizarse la debida custodia y almacenamiento de las grabaciones;
- b. Los trabajadores deberán tener pleno acceso a las grabaciones en las que ellos aparezcan, pudiendo en caso de autorizarlo permitir el acceso a las mismas a los representantes sindicales;
- c. En cuanto a la gestión de los datos contenidos en las grabaciones, deberá garantizarse la reserva de toda la información y datos privados del trabajador obtenidos mediante estos mecanismos de control audiovisual, excluyendo de su conocimiento a toda persona distinta al empleador y al trabajador, salvo naturalmente que la grabación sea requerida por organismos con competencia para ello. Lo anterior, de conformidad al artículo 154 bis, del Código del Trabajo, que consagra un verdadero habeas data en materia laboral;
- d. El empleador deberá, en un plazo razonable, eliminar, sea destruyendo o regrabando las cintas que contengan datos no relativos a la finalidad para la cual se han establecido (razones técnico productivas o de seguridad); y
- e. Resulta del todo ilícito alterar o manipular el contenido de las grabaciones o editarlas de modo que se descontextualicen las imágenes en ellas contenidas.»
- f. Como se señaló, de conformidad a las fiscalizaciones practicadas, los sistemas de control a través de videocámaras implementados por las empresas del sector, tendrían como objetivo esencial velar por la seguridad de los conductores y de los pasajeros.

Con todo, de esas mismas fiscalizaciones se deduce que el control empresarial mediante estos mecanismos audiovisuales, apunta también, de manera preferente, a vigilar la actividad de los conductores, elevándose a la categoría de principal el control de la actividad del trabajador, no cumpliéndose en consecuencia con el carácter accidental que ha de tener este control para que pueda ser aceptada su procedencia.

A ello se suma, el hecho que no se cumpliría con todos los requisitos generales para implementar medidas de control, ya que en general no se cuenta con un Reglamento Interno en el cual se regule la implementación de las videocámaras, y tampoco se ha garantizado su utilización no discriminatoria, toda vez, que no todos los vehículos cuentan con las referidas cámaras ni se ha establecido criterio alguno para su instalación que permita mantener el carácter despersonalizado de la medida, de manera que su utilización queda simplemente entregada al arbitrio de la empresa.

Asimismo, los trabajadores o sus representantes no tienen acceso a las grabaciones obtenidas mediante la utilización de las videocámaras, violentando con ello el debido control que sobre los datos relativos a su persona debe tener el trabajador.

De esta manera, más allá de los fines y motivaciones alegadas -técnico productiva o de seguridad- por las empresas fiscalizadas para la implementación de estos dispositivos de control audiovisual, y que justificarían su utilización, en la práctica estos mecanismos han constituido una forma de control ilícito, en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad de los trabajadores que no es razonable o proporcional a los fines reales perseguidos.

E consecuencia y tomando en consideración las argumentaciones expuestas precedentemente y el reconocimiento del carácter limitativo que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra los trabajadores, posee respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), así como la prevalencia que la dignidad de éste tiene respecto de los mecanismos de control (inciso final, del artículo 154 del Código del Trabajo), es posible concluir que sólo resulta lícita la utilización de mecanismos de control audiovisual cuando ellos se justifican por razones técnico productivas o de seguridad, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental, siendo condición esencial para su implementación, el cumplimiento de los requisitos generales de toda medida de control laboral y específicos del medio en análisis.”¹⁹

¹⁹ Ver en texto completo en [http:// www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63481.html](http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63481.html)

Comentario

En el citado caso, la Dirección del Trabajo, ha establecido y reconocido a través de distintos dictámenes y en particular en el dictamen en comento, los derechos fundamentales del derecho a la intimidad, vida privada y la honra de los trabajadores de la locomoción colectiva, en relación a la utilización de cámaras de vigilancia en los buses urbanos mientras prestan ellos sus labores. De esta manera se establece que solo será lícita la utilización de mecanismos de control empresarial (en este caso las cámaras de vigilancia), cuando ello se justifique de manera objetiva por exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad de los trabajadores o clientes. Ahora, si se utilizan estos mecanismos solo con el objeto de vigilar y fiscalizar la ejecución de la labor del trabajador, no resulta lícita la utilización de estos mecanismos ya que significa el poder total y completo del empleador sobre el trabajador, porque supone un control ilimitado y de esta manera se configura una intromisión no idónea y desproporcionada, afectando de esta manera los derechos fundamentales de la intimidad y honra del trabajador.

4.3.1.2 Dictamen 2697 de 7 de Julio 2009.

Materia: Derechos Fundamentales. Derecho a la Vida Privada. Libertad de Trabajo.

Fuentes legales: Constitución Política, artículo 19 N°4 y 16; Código del Trabajo, artículos 5° inciso 1°.

Antecedentes: Presentación del Presidente y Secretario del Sindicato de Trabajadores de la Empresa VTR Global COM S.A. IV Región.

Hechos: Mediante la presentación de antecedentes por el Presidente y Secretario del Sindicato de Trabajadores de la Empresa VTR Global COM S.A. IV Región se solicita un dictamen sobre el documento "ANEXO DE CONTRATO DE TRABAJO SOBRE POLÍTICA DE CONFLICTO DE INTERESES", relativo a los posibles conflictos de intereses que pudiera generarse con los trabajadores de la empresa VTR GLOBAL COM S.A. en el desarrollo de sus labores.

Jurisprudencia: "...Que, a partir de la lectura de las normas recién transcritas, es posible formular las siguientes consideraciones:

1.- Se asume que la pretensión de normar el conflicto de interés del trabajador con los de la empresa, materializado en diversas directrices que persiguen dar cumplimiento a cierto ámbito ético jurídico del contrato de trabajo por parte de los trabajadores, de tal forma de prevenir conductas reprochables de éstos, emana del poder de dirección que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador;

2.- Que, en todo caso, cabe hacer presente que dada la naturaleza del anexo de contrato de trabajo recién transcrito, esto es, un conjunto de directrices que el empleador imparte a ciertos trabajadores a efecto de resolver los eventuales conflictos de intereses que pudieren darse, el instrumento normativo idóneo dispuesto por el legislador para tal efecto es el Reglamento Interno de Orden de la empresa. En efecto, se tratan aquéllas, de un conjunto de obligaciones impuestas al trabajador por parte de su empleador, vinculadas a un cierto orden ético jurídico que persigue el empleador, sin que éste adquiera obligaciones para con aquél, como sucede con las normas típicamente contractuales. Por lo anterior y en tanto obligaciones a las que han de estar sometidos los trabajadores, deberá incorporarse a dicho Reglamento por así ordenarlo el artículo 154 N°5 del Código del Trabajo, conciliándose, así, los intereses del empleador, al reconocérsele la facultad para normar y disciplinar en lo que a orden se refiere la actividad de los trabajadores, con los derechos de los trabajadores a exigir el respeto a los límites que a tales órdenes impone el ordenamiento jurídico laboral, efecto de lo cual lo constituyen la necesidad que los medios de control sean idóneos (artículo 154 inciso final del Código del Trabajo), la mantención de la reserva por parte del empleador, de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral (artículo 154 bis CT), el derecho a recibir un ejemplar gratuito del Reglamento Interno (artículo 156 CT) y a impugnar sus disposiciones (artículo 153 CT), teniendo en cuenta siempre que uno de los límites del ejercicio de cualquier facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador habrá de respetar el ejercicio de los derechos constitucionales de sus trabajadores.

3.- Que, algunas de las obligaciones contenidas en el anexo transcrito por su propia naturaleza, pueden llegar a colisionar con el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores a quienes se dirigen, especialmente en lo que dice relación con el derecho a la intimidad y la libertad de trabajo;

4.- Que, el artículo 5º inciso 1º del Código del Trabajo, dispone:

"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."

5.- Que, en el caso en comento, la colisión entre el ejercicio de las potestades del empleador materializado en las instrucciones en comento y los derechos constitucionales de los trabajadores afectados, no se encuentra resuelta expresamente por el legislador;

6.- Que, tal como se reconoce en doctrina y en la jurisprudencia judicial comparada y nacional (así, en este último caso, sentencia del Juzgado del Trabajo de Copiapó de 15.09.2008, RIT T-1-2008), así como la propia jurisprudencia administrativa (contenida, entre otros, en dictamen N°2.856/162, de 30.08.2002) en caso de no existir una norma que resuelva dicho conflicto, habrá de resolverse en un análisis casuístico en base al denominado "principio de proporcionalidad", que se materializa en tres sub principios, 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;

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; 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. Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, lo que no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto. (Ruiz Ruiz Ramón, "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española", Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N°10, 2006, pág. 62, consultada en www.filosofiyderecho.com/rdfd)

Así las cosas, una medida restrictiva de un derecho fundamental superará el juicio de proporcionalidad si se constata el cumplimiento de los tres requisitos o condiciones

referidas: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). (Ruiz Ruiz Ramón, ob. cit.)

7.- Que, sin perjuicio del análisis que corresponda en su oportunidad hacer a partir de la aplicación de tales directrices, cabe formular las siguientes observaciones al referido anexo contractual:

a.- Resulta contradictorio que se asuma como un conflicto de intereses el "participar en cualquier situación académica, hacer publicaciones y/o presentaciones donde se pudiera producir un eventual conflicto de interés" y que ello motive, en forma previa la necesaria comunicación al Comité creado para tal efecto por el empleador y la autorización de éste, con la respuesta que se da en el documento singularizado como "Preguntas y Respuestas de: Conflicto de Intereses en VTR". En efecto, frente a la pregunta (formulada hipotéticamente) "me han ofrecido ejercer la docencia universitaria ¿puedo aceptarlo?", se responde: "No existe conflicto de intereses en participar como docente, realizar publicaciones y/o presentaciones siempre y cuando no utilice información confidencial de la empresa para efecto de realizar sus actividades docentes."

Ahora bien, y más allá de la señalada contradicción, el que se obligue a los trabajadores a informar, entre otras circunstancias, el hecho de participar en cualquier situación (léase actividad) académica, ciertamente que limita la libertad de desarrollar actividades docentes al someterlas a un estatuto ajeno a las mismas que excede, por lo mismo, de los contornos del contrato de trabajo y del respeto al derecho a la libertad de trabajo, que supone reconocerle a toda persona el derecho constitucional para buscar, escoger, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficios lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. (Evans de la Cuadra, Enrique, "Los derechos constitucionales", T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986, p.216, citado por Irueta Uriarte, Pedro, en "Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art.19 N°16 de la Constitución chilena", Colección de Investigaciones Jurídicas N°9, 2006, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado,

Santiago, pág.49.) También dicha libertad incluye el derecho a abandonar una actividad (Savatier, Jean, "La liberté dans le travail", citado por Irureta Uriarte, Pedro, ob. cit. Pág.49). Cabe hacer presente, por último, que la libertad de trabajo en el contexto de la Constitución de 1980 aparece como un derecho autónomo y no conexo con el derecho del trabajo (Irureta, pág.51). Resulta, así, del todo desproporcionado que se limite a los trabajadores afectos al comentado anexo de contrato el derecho que tienen como personas dotadas de ciertas aptitudes y conocimientos, a desarrollar actividades docentes y hacer publicaciones asociadas a éstas, cubiertas todas por la libertad de trabajo que garantiza la Constitución;

b.- La comisión creada por el empleador para hacer operativo el anexo de contrato en comento (por medio de la recepción de los informes de los trabajadores por presuntos conflictos de interés y de la aprobación escrita del camino a seguir), denominado Comité de Ética de VTR deberá necesariamente encontrar como límites a su actuación ya no tan sólo los derechos constitucionales sustanciales ya aludidos, sino también en el derecho al debido proceso en su faz adjetiva o formal, que supone el respeto a los principios y derechos que les han de corresponder a los trabajadores que deban acudir a tal Comité en cumplimiento de lo obligado por el señalado anexo contractual, entre los cuales ha de contarse el derecho a ser oídos, así como a defenderse adecuadamente y a que la resolución adoptada por el Comité sea debidamente fundada, evitando con ello que la decisión del Comité resulta arbitraria, no razonada o desproporcionada;

c.- Que, a modo de especificación de uno de los puntos abordados en el párrafo anterior, cabe hacer presente que el Comité de Ética, en el entendido inequívoco que representa al empleador en su actuar, deberá respetar los derechos constitucionales de los trabajadores sometidos a su actuar, en especial, por la naturaleza de las obligaciones a que se refiere el anexo de contrato de trabajo, en lo relativo al respeto y protección de la vida privada, consagrado en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental y respecto del cual, deberá tenerse en cuenta lo siguiente.

La vida privada, objeto de protección por este derecho, ha sido definida como "el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin

su consentimiento previo." (Cea Egaña, José Luis, "Derecho Constitucional Chileno, Tomo II", Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, 2004, pág.178.)

Congruente con la protección que el constituyente brinda a la vida privada, la Ley N°19.628 ("Sobre protección de la vida privada", D. O. 28.08.1999) ha dispuesto que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la referida ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (art. 4° inc.1°), entendiéndose por datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (art. 2° f). Asimismo, se sostiene que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles (según el art. 2° g, lo constituyen aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.) salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. (art. 10°)

Llevado al ámbito laboral, el legislador ampara este derecho, además de la referencia que se hace en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, que, al disponer que el empleador "deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral" (artículo 154 bis del mismo cuerpo legal) y, al consignar que la empresa usuaria "deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral." (Artículo 183 Y del mismo código).

Se ha sostenido en doctrina que, "el empresario no podrá llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere (la ley) intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, por lo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental tendrá que supeditarse a la estricta observancia del "principio de proporcionalidad" o "necesario equilibrio" entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional.(&) En particular, la instalación y empleo por el empresario de instrumentos de control de la actividad laboral en el centro de trabajo (grabación de sonido, circuito cerrado de televisión) se acomoda a las exigencias del

derecho a la intimidad de los trabajadores afectados tan sólo cuando la medida resulte "justificada, idónea para la finalidad perseguida por la empresa, necesaria y equilibrada. (PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, "Derecho del Trabajo, Decimocuarta edición, Editorial Universitaria Areces, Madrid, 2006, pág.118).

Asimismo, la jurisprudencia de este Servicio, también ha sostenido, refiriéndose a una cláusula contractual que exige del trabajador una "conducta personal intachable", que "tales comportamientos sólo podrían pactarse a condición que los mismos importen un comportamiento estrictamente laboral, en consideración a la naturaleza de los servicios contratados. En efecto, tales exigencias conductuales de los trabajadores pueden incorporarse al estatuto jurídico individual como conductas de carácter laboral, al estar vinculadas directamente con el desempeño del servicio contratado, no siendo jurídicamente procedente, en consecuencia, establecer como obligación contractual otras conductas personales, ámbito que el contrato de trabajo no puede entrar a regular sin arriesgar infringir la protección de la vida privada garantizada constitucionalmente." (Dictamen N°5.516/326, de 04 de noviembre de 1999.)

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones constitucionales y legales citadas y doctrina institucional y de autores tenida en cuenta, cúpleme informar a Uds. que, sin perjuicio del análisis que corresponda en su oportunidad hacer a partir de la aplicación de las directrices contenidas en el Anexo de Contrato de Trabajo sobre Política de conflicto de intereses, cabe formular las siguientes observaciones al referido anexo contractual:

- 1.- Resulta del todo desproporcionado que se limite a los trabajadores de VTR Globalcom S.A., afectos al anexo de contrato de trabajo sobre política de conflicto de intereses el derecho que tienen como personas dotadas de ciertas aptitudes y conocimientos, a desarrollar actividades docentes y hacer publicaciones asociadas a éstas, cubiertas todas por la libertad de trabajo que garantiza la Constitución;
- 2.- La comisión creada por el empleador para hacer operativo el anexo de contrato en comento (por medio de la recepción de los informes de los trabajadores por presuntos conflictos de interés y de la aprobación escrita del camino a seguir), denominado Comité de Ética de VTR deberá necesariamente encontrar como límite a su actuación, no tan sólo los derechos constitucionales sustanciales ya aludidos, sino también el

derecho al debido proceso en su faz adjetiva o formal, que supone el respeto a los principios y derechos que les han de corresponder a los trabajadores que deban acudir a tal Comité en cumplimiento de lo obligado por el señalado anexo contractual, entre los cuales ha de contarse el derecho a ser oídos, así como a defenderse adecuadamente y a que la resolución adoptada por el Comité sea debidamente fundada, y

3.- El Comité de Ética, en el entendido inequívoco que representa al empleador en su actuar, deberá respetar los derechos constitucionales de los trabajadores sometidos a su actuar, en especial, por la naturaleza de las obligaciones a que se refiere el anexo de contrato de trabajo, en lo relativo al respeto y protección de la vida privada, consagrado en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental...²⁰

Comentario

La Dirección del Trabajo en el dictamen precedente, dispone que el empleador deberá respetar siempre los derechos fundamentales de los trabajadores, y en el caso en particular, debe hacerlo, porque eventualmente puede colisionar el derecho de dirección de la empresa, que emana del derecho de propiedad del empleador, con el derecho a la vida privada e intimidad del trabajador, ya que este a través del anexo de contrato que se pretende firmar se está obligando a informar sobre cualquier conflicto de intereses que tenga con la compañía, pudiendo de esta manera vulnerarse su derecho a la intimidad y vida privada.

También se establece que puede haber conflicto o vulneración del derecho a la libertad de trabajo, cuando en este caso se defina como un conflicto de interés la realización de labores docentes o hacer publicaciones ya que este derecho está justamente amparado por la libertad de trabajo.

²⁰ Ver texto completo en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96745.html>

4.3.2 La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

4.3.2.1 Dictamen 260 de 24 de Enero de 2002.

Materia: Empresa. Facultades de administración. Acceso correspondencia electrónica. Procedencia.

Fuentes legales: Constitución Política, artículo 19 N°s. 5, 24 y 26. Código del Trabajo, artículo 5°.

Antecedentes: Presentación del señor Gianpaolo Peirano, de 21.02.2001.

Hechos: Se consulta a la Dirección del Trabajo, si es lícito que la empleadora tenga acceso a la correspondencia electrónica de sus trabajadores, en el caso que el dependiente use bienes de propiedad de ésta.

Jurisprudencia: "...Como se advierte, en la situación descrita aparecen en conflicto dos valores, los que a su vez el ordenamiento jurídico ampara mediante dos garantías constitucionales distintas, debiendo resolverse, en consecuencia, la forma en que deben compatibilizarse ambas y en qué condiciones prima una sobre la otra. Por una parte, *la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada*, y por la otra, la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de *la garantía constitucional del derecho de propiedad*, contempladas respectivamente, en el artículo 19 Nos 5 y 24 de la Constitución Política del Estado.

Asimismo, especial consideración deberá prestarse al actual inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, incorporado por el párrafo N° 4 del artículo único de la ley N° 19.759, que precisa:

"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".

Ahora bien, la experiencia práctica que emana de los hechos y la costumbre, indican que en el ámbito de las relaciones de trabajo, lo habitual y frecuente es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, aún cuando la línea y el aparato pertenezcan al empleador. Igual cosa sucede con cierto mobiliario y lugares de la empresa que usa el dependiente, tales

como casilleros, escritorios y cajones, entre otros, en que lo corriente será que estos reductos sean una proyección natural de la persona y actividad del dependiente, y por tanto, habitualmente tampoco serán controlados ni invadidos por el empleador, aún cuando -se reitera- en estricto rigor sean de propiedad de éste. Con similar predicamento deben abordarse las situaciones a que dé lugar el uso del correo electrónico.

Lo anterior no es impedimento para que resulte aconsejable la regulación formal del uso de estos bienes de que es titular la empleadora, lo que naturalmente no puede ni debe significar limitar *la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada*.

En efecto, como se sabe, es obligatorio para las empresas que ocupen diez o más trabajadores, *"confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento"*, conforme lo precisa el inciso 1º del actual artículo 153 del Código del Trabajo. Previa la entrada en vigencia de esta normativa, de oficio o a petición de parte, esta Dirección puede *"exigir modificaciones al referido reglamento interno en razón de ilegalidad"*, según -ahora- el inciso final de la citada disposición legal.

Conforme a estas disposiciones legales, 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 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.

Con todo, deberá tenerse presente que el artículo 154 del Código del Trabajo precisa una serie de disposiciones que, *"a lo menos"*, debe contener este reglamento interno, y, entre ellas, la N° 5, que precisa: *"las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos*

los trabajadores". Pues bien, de regularse el uso del correo electrónico por el reglamento interno de la empresa, conforme al inciso final del referido artículo 154, *"Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el N° 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador".*

En empresas de menos de diez trabajadores, nada impide que esta regulación opere por la vía del contrato individual de trabajo o el instrumento colectivo, cuidando siempre de preservar la plena vigencia de la garantía constitucional involucrada, la que no podrá en ningún caso ni en ninguna medida ser materia de acuerdo entre las partes ni tampoco de regulación por el reglamento interno de la empresa.

Por ejemplo, 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.

Asimismo, la doctrina comparada ha imaginado los costos de uso extraproductivos del correo electrónico, los que también podrían regularse por el reglamento interno de la empresa: *"Siendo el titular de la empresa el pagador de los gastos inherentes al uso del correo electrónico, no se le puede, de entrada, exigir que vaya a su costa la utilización del mismo para fines personales del asalariado o no relacionado directamente con la propia producción o la prestación del servicio de que se trate: se trataría de un enriquecimiento injusto, cuando no, en determinados casos, de un abuso de derecho o una deslealtad contractual"* (Miguel Angel Falguera i Baró, "Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador", Revista Relaciones Laborales N° 22, España, noviembre de 2000, página 24).

En síntesis, como se ha dicho, el empleador podrá regular las condiciones de uso de los correos electrónicos, cubriendo los casos y situaciones descritos precedentemente y otros, pero en ningún caso - ni por reglamento interno ni por acuerdo de las partes - podrá regularse el ejercicio mismo de la respectiva garantía constitucional.

Por lo demás, no podría ser de otra forma, si se tiene presente que aún las regulaciones legales de una garantía constitucional autorizadas por la propia Constitución, *"no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"* (artículo 19 N° 26 de la Constitución Política del Estado).

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones constitucionales y legales precedentes, cúpleme manifestar a Ud. 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..."²¹

Comentario

En el dictamen en comento, la Dirección del Trabajo ha establecido que el empleador tiene el pleno derecho a administrar la empresa y por lo mismo, puede regular en el caso particular, las condiciones, frecuencia y oportunidad con que los trabajadores hagan uso del correo electrónico de la empresa. Pero el empleador no podrá en ningún caso vulnerar la garantía de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada que ampara al trabajador, por lo que nunca podrá tener acceso directo al correo privado del trabajador.

²¹ Ver texto completo en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63171.html>

4.3.3 El derecho a la no discriminación.²²

4.3.3.1 Dictamen 3448 de 12 de Septiembre 2001.

Materia: Derechos Fundamentales. Principio Discriminación.

Fuentes legales: Código del Trabajo, art. 2°. Constitución Política, artículos 5° inciso 2° y 19 N° 16. Pacto de Derechos Económicos, Social es y Culturales, artículos 2° y 6°.

Antecedentes: Presentaciones de la Secretaría Regional Ministerial del Trabajo y Previsión Social de la IXª Región y de la Agrupación de Profesionales Cesantes y con Dicom, de 27.06.2001 y 24.08.2001.

Hechos: La Agrupación de Profesionales Cesantes junto con Dicom de Temuco, consultan si es legal que los empleadores exijan un certificado de la empresa Dicom como requisito para contratar a un trabajador y, en los casos que se tiene un empleo, como requisito para conservar éste.

Jurisprudencia: "...el constituyente incorpora en nuestra Carta Fundamental -como garantía constitucional- el principio de la libertad de trabajo, en términos tales que *"prohíbe cualquier 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"* (artículo 19 N° 16 de la Constitución Política).

Como es sabido, el constituyente establece como pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que emanan de ella, directriz constitucional esencial que se consagra en los artículos 1º, 5º inciso 2º y 19º numeral 26 de nuestra Carta Fundamental. A su vez, el constituyente de 1989, para vincular más estrechamente el desarrollo de nuestro ordenamiento interno con el estado y evolución de la comunidad jurídica internacional, elevó la jerarquía de los tratados internacionales, y agregó al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, el acápite siguiente: *"Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*. Es decir, los órganos estatales asumen un rol activo no sólo respetando los derechos

²² Otros dictámenes sobre la materia. Dictamen 352 de 2004; dictamen 543 de 2004; dictamen 1279 de 2006.

fundamentales, sino sobretodo, promoviéndolos. Y estos derechos -que deben respetarse y promoverse- son todos aquellos garantizados por la Constitución, pero también, todos aquellos garantizados por los tratados internacionales *"ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*.

Es por esta vía, que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por Chile y publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989. Este instrumento refuerza *"la libertad de trabajo como derecho fundamental"* consagrado por nuestra Constitución, pero además -y es lo innovador en esta materia- precisa e individualiza determinadas *"causales"* a las que atribuye expresos efectos discriminatorios y transgresores de la garantía constitucional de la libertad de trabajo. Estas -así denominadas- *"causales o circunstancias"* de discriminación, exclusión o preferencia que contempla este Pacto, a su turno, incrementan y enriquecen aquellas que tienen su origen en la legislatura nacional, que son, a saber: *"raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social"* (actual artículo 2º inciso 2º del Código del Trabajo).

En efecto, el inciso Nº 1 del artículo 6 de este Pacto, precisa:

"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho".

Y, para garantizar la eficacia de este derecho fundamental, este Pacto deja establecido en el Nº 2 del artículo 2 del mismo, la calidad de garantes de los Estados Partes, los que deberán asegurar que este derecho se ejerza *"sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*.

En estas condiciones, se colige de las normas precedentes, que la Constitución consagra el principio y la garantía constitucional de la libertad de trabajo, prohibiendo toda discriminación que no tenga como base la idoneidad o capacidad personal para desempeñar un empleo, y complementariamente, el citado instrumento internacional enuncia y describe hipótesis de discriminación precisas y determinadas, que incrementa y enriquece el elenco de causales de discriminación de nuestro

ordenamiento interno, sin perjuicio que, además -como cierre de esta enumeración- añadida una fórmula genérica, "*cualquier otra condición social*". Este sistema -así enriquecido- que equilibradamente garantiza un derecho y a la vez anticipa y describe hipótesis de transgresión al mismo, permite, a quien interpreta y aplica el derecho, calificar con mayor amplitud -y discrecional y fundadamente- que un hecho, circunstancia, calidad o condición, resulta atentatoria a la libertad de trabajo.

Ahora bien, conforme a los principios de supremacía constitucional y vinculación directa contenidos en el artículo 6º de la Constitución Política del Estado, y las normas de rango constitucional analizadas, esta Dirección del Trabajo debe, en consecuencia, emitir una opinión sobre la constitucionalidad y legalidad de exigir al postulante a un empleo o al dependiente con contrato de trabajo vigente, la presentación de un certificado de la empresa Dicom, máxime si conforme al actual inciso 4º del artículo 2º del Código del Trabajo, "*Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios*".

Tal es el sentido de la doctrina de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, cual es, "*servir de pauta de comportamiento de los individuos en sus relaciones y no simplemente de ser un elemento interpretativo del Derecho privado*" (José María Bilbao Ubillos, La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Boletín de la Dirección del Trabajo, mayo 2001, página 17).

Desde luego, en concepto de esta Dirección, exigir como parte del ritual de selección al postulante a un empleo o como requisito de permanencia en éste, la obligación de acompañar un certificado de Dicom, implica incorporar al proceso de selección de personal una exigencia arbitraria y caprichosa que no consulta la ley, y que, por lo mismo, perturba la referida garantía constitucional de libertad de trabajo. Esta misma objeción jurídica es válida en el caso que se haga depender la conservación del empleo a esta inconsulta certificación. Sin duda, una empresa cuyo giro consiste en recibir, administrar y certificar información específica del ámbito financiero y comercial -por su naturaleza- no se encuentra en condiciones de aportar antecedentes útiles y pertinentes sobre "*la capacidad o idoneidad personal*" del aspirante a un empleo o de un actual dependiente, que es la exigencia -y no otra- que precisa la Constitución y la ley.

Y más específicamente, en cuanto al fondo, esta carga como se le ha denominado a esta certificación, de acuerdo al artículo 2 N° 2 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, significa una definida y nítida causal de discriminación. Efectivamente, al discernir y decidir el empleador sobre el postulante a un empleo o sobre la conservación de éste, lo hace sobre la base de un certificado en que constan hechos que -en palabras de este Pacto- dan cuenta de la "*posición económica*" del aspirante o trabajador, al proporcionar información sobre el grado y capacidad de cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras. Y como se ha dicho, es discriminatorio e indebido erigir la "*posición económica*" como factor dirimente de la postulación a un trabajo o de la conservación de éste.

En definitiva, de lo que se trata, es de sopesar equilibradamente los intereses en juego, en el sentido sistémico y finalista que aconseja la interpretación constitucional. Así, la certificación de Dicom analizada, que lejanamente se sustenta en el derecho fundamental de propiedad que el empleador tiene sobre su empresa, razonablemente debe ceder ante el derecho fundamental a la libertad de trabajo, que como se ha visto en el caso en análisis, sufre una amenaza inmediata y directa.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones de rango constitucional y normas legales invocadas, cúmpleme manifestar a Uds. que es ilícito exigir certificaciones de la empresa Dicom para postular a un trabajo, como asimismo, es igualmente ilícito que la conservación de un empleo quede sujeta a certificaciones provenientes de dicha empresa o de otras de similar giro..."²³

Comentario

La Dirección del Trabajo ha establecido que en el caso en particular, constituye un acto ilícito exigir certificaciones de DICOM para postular a un trabajo, como asimismo para postular a cualquier clase de empleo. Todo esto ya que al sopesar los derechos en juego del empleador en primer lugar y los del trabajador, resultan estos últimos de mucho mayor valor. Es así como con esta exigencia hecha por el empleador de

²³ Ver texto completo en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62738.html>

solicitar certificado de DICOM se está cometiendo un acto discriminatorio, porque se está tomando en cuenta la “posición económica” del trabajador como factor dirimente, al momento de optar por contratar una u otra persona. Además se transgreden normas constitucionales, como el derecho a la no discriminación, y normas contenidas en tratados internacionales ratificados por nuestro país.

4.3.3.2 Dictamen 698 de 11 de Febrero 2003.

Materia: Principio no discriminación. Oferta de trabajo.

Fuentes legales: Artículo 19 de la Constitución Política y artículo 2 del Código del Trabajo.

Antecedentes: Presentación del Colegio de Profesores de Chile, XI Región, de 16.12.2002.

Hechos: Se ha solicitado a la Directora Regional de Trabajo de Aysén, señalar que tipo de actuación jurídica le corresponde a este organismo, frente a publicaciones de avisos que son discriminatorias, en este caso, señalando como requisito para un trabajo una “edad máxima de 35 años”. Atendido lo dispuesto en el artículo 2 del Código del Trabajo.

Jurisprudencia: “...El derecho a no ser objeto de discriminación en el ámbito laboral se encuentra consagrado como derecho de aquellos que la propia Constitución considera como fundamentales, debiendo merecer por tanto la máxima atención y protección por los órganos del Estado.

En efecto, el artículo 19 número 16 de la Constitución Política señala que:

“Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la idoneidad o capacidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

Dicho precepto constitucional viene a ser recepcionado en materia legal por el artículo 2 del Código del Trabajo que, en sus incisos segundo y tercero, señala:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

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*”.

Las disposiciones anteriores se enmarcan dentro de las normas internacionales vigentes en Chile sobre la materia, ya que se ajustan al tenor de lo dispuesto en el Convenio N° 111 sobre discriminación en el empleo de la Organización Internacional del Trabajo, suscrito y ratificado por Chile desde el 20 de Septiembre de 1970.

De este modo en Chile, resulta una vulneración del derecho constitucional a la no discriminación laboral, cualquier distinción, preferencia o exclusión efectuada en base a los criterios señalados por las normas anteriormente citadas, dentro de los cuales, tanto en el artículo 2 del Código de Trabajo como el artículo 1 del Convenio N° 111 de la OIT, se encuentre expresamente señalada la edad.

Ahora, en el caso de una publicación que considere el criterio de la edad como cualquier otro de los mencionados, la ley laboral ha sido categórica, en el inciso quinto del citado artículo 2, señalando que:

“Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ella cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero”.

De este modo, el legislador ha configurado un ilícito laboral de carácter objetivo que se construye con la presencia de los siguientes elementos:

- a.) Una oferta de trabajo efectuada por el empleador, directamente o por la vía de terceros.
- b.) Que la oferta se realice por cualquier medio, gráfico, visual, escrito, etc.
- c.) Que dicha oferta señale como requisito para acceder al puesto de trabajo ofrecido algunas de las condiciones o calidades señaladas en el inciso tercero del artículo 2 del Código del Trabajo, entre ellas, la edad.

De este modo, atendido lo anterior, y especialmente los taxativos términos del legislador laboral en el inciso quinto del artículo 2 del Código del Trabajo, es posible señalar que reunidos estos elementos se ha configurado el ilícito laboral que sanciona dicho precepto, no siendo necesario ningún elemento adicional, como un móvil o intención determinada o un sujeto específico afectado.

Ahora, y respondiendo a la consulta objeto de este pronunciamiento, en el caso de reunirse las condiciones recién señaladas se ha configurado la especial infracción del inciso quinto del artículo 2 del Código del Trabajo, cuya finalidad es la protección de un derecho constitucional violentado por la vía de ofertas por cualquier medio, debiendo, en consecuencia, sancionarse dicha situación en conformidad a la ley laboral, esto es, aplicando el Servicio y sus fiscalizadores las multas laborales que corresponda.

En consecuencia, de las consideraciones arriba transcritas, es posible concluir que la publicación de avisos en medios de prensa señalando como requisito para acceder a un determinado puesto de trabajo algunas de las condiciones o calidades señaladas en el artículo 2 del Código del Trabajo, entre ellas, la edad, configura la infracción laboral tipificada en el inciso quinto del mismo artículo, debiendo ser sancionada por este Servicio con las multas administrativas contemplada en el artículo 477 del Código del Trabajo...²⁴

Comentario

La Dirección del Trabajo deja establecido con este dictamen, que las publicaciones de avisos para ofrecer un puesto de trabajo en que se señalen como requisitos, alguna de las condiciones enunciadas en el artículo 2º del Código del Trabajo, constituyen un acto de discriminación -como en este caso en particular en que se exige cierta edad para optar al cargo- , con lo que se configura la infracción laboral que se establece en el mismo artículo, correspondiendo a la Inspección del Trabajo, aplicar las sanciones correspondientes.

4.3.3.3 Dictamen 3704 de 11 de agosto de 2004.

Materia: Derechos Fundamentales. Principio No Discriminación. Facultades de Administración.

²⁴Ver texto completo en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62847.html>

Fuentes legales: Constitución Política de la República, artículos 1º, inciso primero; 19, números 2 y 16; Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, (núm. 111), de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998; y Código del Trabajo, artículos 2º, 5º, inciso primero y artículo 154, inciso final.

Antecedentes: La Dirección del Trabajo en atención de sus facultades legales dicta de oficio este dictamen por necesidades del Servicio.

Jurisprudencia: "... I. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACION COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de igualdad. El artículo 1º de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; y el artículo 19 N° 2 que: "La constitución asegura a todas las personas: N° 2 La igualdad ante la ley". La Constitución Política efectúa un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de libertad e igualdad, ... conformándose de esta manera, una verdadera «trilogía ontológica» (Humberto Nogueira Alcalá, Dogmática Constitucional, Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 113) que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, erigiéndose como factor modelador y fundante de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (Ord. N° 2856/162, 30.08.2002).

Dicho principio inspirador y modelador de nuestra convivencia nacional es recepcionado, con individualidad propia según se verá, en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a la no discriminación. El artículo 19 N° 16, en su inciso tercero, dispone: "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".

Se reconoce el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental y como tal en una expresión jurídica tangible y concreta de la dignidad de la persona humana y en "una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona". De esta manera el derecho a la no discriminación se constituye en un verdadero derecho subjetivo "en tanto ampara y

tutela los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero «status jurídico» para los mismos, irrenunciable e irreductible" (Ord. 2856/162, 30.08.2002).

Por su parte, en el plano infraconstitucional el legislador ha desarrollado con mayor amplitud el derecho a la no discriminación laboral en el artículo 2º, del Código del Trabajo, específicamente en sus incisos segundo, tercero y cuarto:

"Son contrarios a los principios de la leyes laborales los actos de discriminación.

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.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación."

De esta manera, nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento, en particular a lo prevenido en el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998, instrumento éste que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental.

Así, su categorización como derecho fundamental otorga al derecho a lo no discriminación un contenido preciso e ineludible, propio de este tipo de garantías, al constituirse en límite a los poderes empresariales.

En efecto, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Servicio, el inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo, reconoce "la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales... Dicha norma está revestida de un indudable valor normativo y dotada de una verdadera vis expansiva que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en base al principio favor libertatis, esto es, en un sentido que apunte a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral. ..., esta norma está llamada a constituirse en la idea matriz o componente estructural básico del contenido material de nuestro sistema normativo laboral.

En este sentido, es posible afirmar con rotundidad que, de conformidad a las normas constitucionales y en particular al inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo, los derechos fundamentales actúan, en nuestro sistema jurídico-laboral, como verdaderos ejes modeladores y conformadores de la idea de la «ciudadanía en la empresa».

Los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales, siendo ésta no una afirmación teórica o meramente simbólica sino que un principio o valor normativo -función unificadora o integradora de los derechos fundamentales- que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquellos por sobre éstos. Se crea pues, un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos." (Ord. 2856/162, 30.08.2002).

Adicionalmente, el principio de no discriminación es utilizado como instrumento de apoyo para el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales, en tanto se constituye como elemento condicionante a la hora de permitir ciertos límites que pudieren imponerse por el empleador en el desarrollo de los poderes empresariales. Específicamente la no discriminación se presenta como requisito de cualquier medida de control, cuestión hoy ya no sólo con reconocimiento jurisprudencial sino legal a partir de la dictación de la Ley 19.759, al establecerse que toda medida de control debe aplicarse de manera "general", "garantizándose la impersonalidad de la medida" (inciso final, del artículo 154, del Código del Trabajo). O, en otros casos, como elemento determinante -configurador del tipo- a la hora de vislumbrar la violación de un derecho fundamental, tal y como sucede en materia de violaciones a la libertad sindical en donde las conductas discriminatorias conforman y configuran en gran medida el tipo infraccional (conductas antisindicales).

II.EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACION: DELIMITACION

Para un mejor desarrollo del presente análisis resulta conveniente ahondar en el concepto de igualdad y no discriminación, como nociones esenciales de las normas previamente citadas, buscando con ello identificar con claridad el ámbito de acción en

nuestro sistema jurídico y naturalmente en su aplicación y consecuencias en situaciones fácticas concretas.

La noción de igualdad en nuestro sistema jurídico, particularmente en la Constitución, discurre sobre dos ejes. El primero, dice relación con la igualdad en la ley (igualdad de derechos), esto es, sobre la idea de que todas las personas son iguales ("Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", artículo 1º, inciso primero) y, por tanto, todo privilegio o exención no será tolerado ("En Chile no hay persona ni grupo privilegiado", artículo 19, Nº 2, inciso segundo); y, el segundo, la igualdad ante la ley (igualdad de trato), es decir, estableciendo la prohibición dirigida a los poderes públicos -al legislador en la elaboración de la ley y al juez en su aplicación- de establecer una desigualdad de trato normativo no razonable u objetiva ("Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias", artículo 19, Nº 2, inciso tercero).

En cuanto a este segundo eje, la noción de igualdad denota la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto las disparidades de trato razonables. Todas las personas, en circunstancias similares, estén afectas a los mismos derechos o prohibiciones, en definitiva a un mismo estatuto jurídico.

Con todo, 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.

Desde luego, 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.

La discriminación adquiere vida propia en tanto deja ser entendida como un simple problema de desigualdad. La configuración de determinados tipos discriminatorios suponen una valoración jurídico-filosófica de determinadas situaciones que atentan contra la propia dignidad humana; una reacción a ciertos fenómenos sociales preexistentes y muy arraigados de marginación y exclusión social, sea de individuos o

de grupos en función de sus características singulares. Las situaciones de discriminación obedecen no ya a situaciones meramente irrazonables o arbitrarias sino que por sobre todo odiosas e indignas, que suponen la identificación del afectado ya no como diferente sino como inferior y sometido. En definitiva las situaciones de discriminación recogidas por la legislación interna y la internacional, denotan una clara e inequívoca toma de postura del orden social contra determinados y específicos tratos desiguales entre seres humanos.

El discriminado lo es en cuanto pertenece a un grupo social excluido. De esta manera, la norma antidiscriminatoria ejerce una función promocional en tanto busca no sólo reprimir ciertas conductas sino que también fomentar la integración de ciertos colectivos marginados.

III.EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA EXIGENCIA DE PARIDAD DE TRATO

La noción de igualdad supone la ausencia de arbitrariedad, es decir, el trato injustificadamente desigual, admitiendo en consecuencia, tratos desiguales a condición de que encuentren una razonable justificación.

En cambio, 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.

Como ha tenido ocasión de pronunciarse la doctrina, en una fórmula que ha devenido en clásica, en el mandato general de igualdad "son posibles todas las alternativas, salvo la irrazonable o arbitraria; en la no discriminación se impone un mandato de no discriminación, normalmente a través de una exigencia de paridad de trato. Es decir, la paridad, identidad de trato..., aparece como el instrumento o medio fundamental para la eliminación de discriminaciones, mientras que en la igualdad de trato no se eliminan las diferencias, sólo se postula su no arbitrariedad" (Miguel Rodríguez-Piñero y M^a Fernanda Fernández I., Igualdad y Discriminación, Tecnos, Madrid, 1986, p. 160). De esta forma, la igualdad de trato o paridad en la no discriminación forma parte del contenido esencial del derecho; en cambio, en la igualdad constituye un límite externo a la posibilidad de establecer diferenciaciones.

De ahí, que las causas de la discriminación "ya no pueden ser invocadas como legítimos títulos potencialmente justificativos de tratamientos diferenciadores, cuya

valoración final, desde la perspectiva del par igualdad/desigualdad, es la no razonabilidad o arbitrariedad de la diferenciación misma" (Fernando Valdés Dal-Ré, "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador", en Libro de Informes Generales, Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003, p. 108).

Por otra parte, las desigualdades de trato que inciden en la violación del mandato general de igualdad en tanto son calificadas de arbitrarias han de buscarse caso a caso en la confrontación de aquellas con la situación de otro u otros sujetos en un momento determinado; en cambio, el juicio de discriminación trasciende el momento concreto para convertirse en una situación sistemática de desigualdad de trato ya dada.

La formulación de determinadas y específicas conductas discriminatorias se estructuran en base al sujeto o grupo que sufre la diferenciación y no ya desde la óptica del que la ejerce y por tanto sujeto a una eventual justificación en base a la no arbitrariedad o razonabilidad de la medida, es decir, en la no discriminación el grado de discrecionalidad es sustancialmente menor en tanto hay una valoración preliminar de ilicitud en ciertas conductas.

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).

IV. DISCRIMINACION INDIRECTA

Lo importante en el acto discriminatorio es el resultado, en cuanto conforma, cuando estamos en presencia de algunos de los motivos vedados, una situación objetiva de discriminación. La mirada se pone no en si las diferencias son arbitrarias (sujeto activo) sino en las consecuencias del acto (sujeto pasivo).

De ahí, que la virtualidad protectora del derecho a la no discriminación comprenda la noción de discriminación indirecta, que sobrepasa la noción estricta de discriminación directa (tratamiento diferenciado y perjudicial en base a una distinción explícita y expresa), extendiéndola a comportamientos formal y aparentemente neutros, no discriminatorios (conductas que utilizan como criterios diferenciadores aquellos

permitidos por los ordenamientos jurídicos, en nuestro caso la "capacidad" o "idoneidad personal" para el puesto de trabajo), pero de los que igualmente se derivan diferencias de trato en razón de las situaciones disímiles en las que pueden encontrarse los sujetos pertenecientes a un cierto colectivo en relación a otro, produciendo un resultado desventajoso para unos y para otros no.

En efecto, la aplicación de un mismo trato diferenciador (prima facie) lícito a todos los sujetos por igual puede redundar en desigualdades atendidas las características específicas de ciertos grupos; así por ejemplo, el supeditar el dominio de un idioma o un determinado nivel de enseñanza educacional como requisito para acceder a un cargo cuando dicha cualificación no resulte estrictamente necesaria para el mismo, afecta irremediablemente a los miembros de todos aquellos grupos sociales que están en una condición desmejorada para formarse en un idioma o que pertenezcan a una determinada nacionalidad o que no pudieron terminar sus estudios.

Se trata pues, de conductas que siendo neutras (dirigidas o aplicadas de manera indiferenciada o con tratamientos razonablemente desiguales) en el tratamiento formal de los distintos grupos o colectivos, en cuanto a sus efectos introducen diferenciaciones discriminatorias, impacto adverso (adverse impact), según la conceptualización norteamericana; o que, pese a ser explícitas, por tratarse de diferenciaciones tan arraigadas se tornan invisibles, sistema discriminatorio (systemic discrimination), según la versión canadiense (Fernando Valdés Dal-Ré, op. cit., p. 116-117).

Ahora bien, a diferencia de las discriminaciones directas que utilizan como elementos diferenciadores las causas reguladas como discriminatorias (raza, sexo, etc.) y como tales no susceptibles de un juicio de razonabilidad (proporcionalidad), la discriminación indirecta, al tratarse de diferenciaciones basadas en motivos formalmente lícitos (basados en las "idoneidad personal" o "capacidad") pero que devienen en discriminación en atención a los efectos adversos producidos, ha de aplicarse a su respecto, como medida de justificación el juicio de razonabilidad (proporcionalidad) de la conducta, permitiendo, en tanto se trate de una medida que, no obstante produzca un resultado adverso sea razonable o justificada, su licitud.

V.MOTIVOS DISCRIMINATORIOS: UNA ENUMERACION NO TAXATIVA.

La incorporación en nuestra legislación (inciso tercero, del artículo 2º, del Código del Trabajo) 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 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.

De no entenderlo así, se debería concluir, por ejemplo, que tratándose de la discriminación por preferencia u opción sexual (minorías sexuales), o por apariencia física, no serían conductas discriminatorias y por tanto reprochables jurídicamente, cuestión que evidentemente no resiste análisis alguno. A igual conclusión se llegaba respecto de la discriminación por embarazo de la madre trabajadora o por ser el trabajador o trabajadora portador del virus VIH o por discapacidad, antes de las regulaciones que prohibieron expresamente su utilización como motivos de diferenciación.

Asimismo, esta formulación abierta y ligada a la capacidad o idoneidad personal del trabajador permite encuadrar cierto tipo de conductas de control empresarial de común ocurrencia, tales como los test de drogas o alcohol, como discriminatorias en tanto no se basen estrictamente en dichos elementos -capacidad o idoneidad personal- como condicionantes determinantes, esenciales y directas del control.

Como se ha tenido oportunidad de establecer el legislador laboral ha reseñado un conjunto de motivaciones, que dada su especial aptitud o potencial lesivo a la condición humana constituyen discriminaciones vedadas, permitiendo excepciones de

manera expresa. De ahí, que fuera de los casos contemplados no resulta lícita -discriminatoria- la diferenciación basada en dichos motivos.

Pues bien, fuera de los motivos expresamente vedados de desigualdad de trato, en materia laboral cualquier diferenciación no basada en las calificaciones o competencias de la persona del trabajador resultan también discriminatorias, en tanto éstas constituyen la única causal de diferenciación lícita.

VI. ESTRUCTURA DEL TIPO INFRACCIONAL

Por su parte, y ahora en cuanto a la estructura del tipo infraccional, es posible apuntar que como elementos configuradores del ilícito (actos discriminatorios) el legislador laboral ha contemplado los siguientes:

-una diferenciación (distinciones, exclusiones o preferencias);

-que dicha diferenciación se base en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social;

A dichas motivaciones debemos agregar, por mandato constitucional, cualquier otra motivación que no se base en la capacidad o idoneidad personal; y

-que se produzca como resultado una desigualdad de trato (anulación o alteración de la igualdad de oportunidades).

De la configuración precedentemente esbozada se desprende con claridad que el legislador excluye cualquier elemento subjetivo o de intencionalidad del sujeto activo a la hora de configurar el acto discriminatorio. Se trata pues de una figura objetiva, es decir, basta para que se produzca discriminación una desigualdad de trato que se verifique a través de algunas de las situaciones vedadas por la norma.

La referencia al "objeto" de la desigualdad de trato, esto es, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, ha de entenderse necesariamente como un reforzamiento de la idea de desigualdad de trato -efecto de la diferenciación basada en las condiciones vedadas-. Buscar en dicho término alguna idea de intencionalidad o de una eventual apertura hacia un juicio de razonabilidad -ausencia de arbitrariedad- como mecanismo de ruptura o de excepción de la no discriminación equivaldría a equiparar en términos absolutos las nociones de igualdad y no discriminación, cuestión que a lo largo de este análisis ha sido ya desechada.

De no comprenderlo así, podríamos permitir desigualdades de trato, por ejemplo en base a raza, amparadas en la ausencia de una finalidad discriminatoria, lo que a todas luces resulta ser una opción que repugna la dignidad del ser humano. El sólo hecho de utilizar la raza como mecanismo diferenciador atenta contra la igualdad de oportunidades o de trato.

Con todo, sí resulta destacable la idea de que a partir de la noción de igualdad de oportunidades se enfatiza el concepto de que la no discriminación no supone una obligación de igualdad simétrica o de efectiva contratación para un sujeto perteneciente a un determinado colectivo (mujeres, etnias, nacionales, etc.) sino que la efectiva posibilidad de competir en condiciones equivalentes con otros sujetos sin que medie el establecimiento de condicionantes, directas o indirectas, que no digan relación con las competencias para el desarrollo de un determinado empleo.

VII.AMBITO DE APLICACIÓN

El derecho a la no discriminación ejerce su virtualidad protectora en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva.

En efecto, tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes, en los procesos de selección de personal, como durante su desarrollo y en su conclusión el derecho a la no discriminación emerge como límite a los poderes empresariales.

Asimismo, y ahora en cuanto al ámbito material en que puede ejercerse el derecho a la no discriminación, éste no sólo se refiere a las conductas ligadas al acceso al empleo (ofertas de trabajo y selección de personal) sino también a aquellas referidas al desarrollo de la relación laboral propiamente tal, es decir, a las condiciones de trabajo y a la causa de término de la misma.²⁵

²⁵ Ver texto completo en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-68527.html>

Comentario

La Dirección del Trabajo en atención a sus facultades legales, y como una medida para el mejor servicio de la Dirección, procedió a dictar de oficio este dictamen, en virtud del cual se fijó el sentido y alcance de los incisos 2º, 3º y 4º del artículo del artículo 2º del Código del Trabajo, estableciendo la forma de interpretar el derecho a la no discriminación como derecho fundamental, su delimitación, los motivos o causas por las cuales se discrimina y su ámbito de aplicación.

4.3.3.4 Dictamen 1187 de 10 de marzo de 2010.

Materia: Derechos Fundamentales. Principio de no discriminación. Igualdad de remuneraciones.

Fuentes legales: Ley N°20.348 art. 1º, artículo 2º y artículo 62 bis del Código del Trabajo.

Antecedentes: Presentación de fecha 23 de septiembre de 2009, de don Carlos Sánchez Moreira, de Komatsu Chile.

Hechos: Mediante presentación de don Carlos Sánchez Moreira, de Komatsu Chile. Se ha solicitado un pronunciamiento de Dirección del Trabajo acerca de las materias relacionadas con la aplicación de la Ley N°20.348, que regula el derecho de igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres.

Jurisprudencia: "... En relación a la consulta signada con este número, cabe tener presente que el artículo 62 bis del Código del Trabajo, agregado por el artículo 1º de la Ley N°20.348, que Resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones, publicada en el Diario Oficial del 19-06-2009, dispone:

"El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en la remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6º del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez

que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa”.

De la disposición legal precedentemente transcrita es posible inferir que el empleador se encuentra obligado a dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que desarrollen un mismo trabajo, no considerando que sean arbitrarias aquellas diferencias que pudieran producirse en las remuneraciones fundadas en razones de capacidad, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

De la misma norma se infiere que una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa, las denuncias que pudieran realizarse sobre la base de este precepto, se deben sustanciar en conformidad al procedimiento de tutela laboral contemplado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

...En ese contexto, agregó, toda infracción a estas normas dará lugar a un procedimiento tutelar de los derechos fundamentales, lo cual constituye toda una innovación en nuestra legislación laboral. La acción de tutela resguarda el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, entre los cuales se encuentra, precisamente, el de la no discriminación. En consecuencia, en el nuevo procedimiento laboral se contempla un mecanismo de protección de estos derechos y al alero del mismo quedarán sujetos los casos de discriminación de que aquí se trata.”...

...Ahora bien, tanto del tenor literal de la norma en comento, como de la historia fidedigna de la ley revisada en los párrafos que anteceden, resulta posible concluir, en primer término, que el objetivo de la ley que incorporó este artículo en el Código, es eliminar situaciones de discriminación que puedan afectar a las mujeres, en razón de género, en el ámbito remuneracional.

De la misma forma, es dable deducir que la disposición en estudio impone el principio de igualdad de remuneraciones sólo entre hombres y mujeres y no comprende tal igualdad entre personas del mismo sexo.

Asimismo, del precepto en análisis es posible colegir que el empleador ante un mismo trabajo que sea desempeñado por un hombre y una mujer, se encuentra obligado a dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre ambos.

En relación al derecho a la no discriminación y al principio de igualdad, es necesario tener presente la doctrina sustentada por este Servicio sobre el particular, entre otros, en Ordinario N°3704/134, de 11-08-2004, que señala:

“Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de igualdad. El artículo 1º de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; y el artículo 19 N°2 que: “La constitución asegura a todas las personas: N°2 La igualdad ante la ley”. La Constitución Política efectúa un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de libertad e igualdad, ... conformándose de esta manera, una verdadera «trilogía ontológica» (Humberto Nogueira Alcalá, Dogmática Constitucional, Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 113) que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, erigiéndose como factor modelador y fundante de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (Ord. N°2856/162, 30.08.2002).

Dicho principio inspirador y modelador de nuestra convivencia nacional es recepcionado, con individualidad propia según se verá, en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a lo no discriminación. El artículo 19 N°16, en su inciso tercero, dispone: “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”.

Se reconoce el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental y como tal en una expresión jurídica tangible y concreta de la dignidad de la persona humana y en “una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona”. De esta manera el derecho a la no discriminación se constituye en un verdadero derecho subjetivo “en tanto ampara y tutela los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero «status jurídico» para los mismos, irrenunciable e irreductible” (Ord. 2856/162, 30.08.2002).

Por su parte, en el plano infraconstitucional el legislador ha desarrollado con mayor amplitud el derecho a la no discriminación laboral en el artículo 2º, del Código del Trabajo, específicamente en sus incisos segundo, tercero y cuarto:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

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.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.”.

De esta manera, nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento, en particular a lo prevenido en el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998, instrumento éste que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental.

Así, su categorización como derecho fundamental otorga al derecho a lo no discriminación un contenido preciso e ineludible, propio de este tipo de garantías, al constituirse en límite a los poderes empresariales. “

En otra parte, este mismo pronunciamiento expresa:

“La noción de igualdad supone la ausencia de arbitrariedad, es decir, el trato injustificadamente desigual, admitiendo en consecuencia, tratos desiguales a condición de que encuentren una razonable justificación.”

Cabe tener presente, a la vez, lo sostenido en Ordinario N ° 2210/ 035, de 05-06-2009, de este Servicio, respecto al principio de igualdad en comento, a saber:

“ El principio de igualdad ha de entenderse contenedor de un contenido múltiple, al comprender tres aspectos normativos: la exigencia de igualdad o de igual tratamiento a quienes están en una misma situación o categoría; la permisión de la desigualdad, vale decir, de no tratar del mismo modo a quienes se encuentran en situaciones o categorías distintas, y, finalmente, la prohibición de la discriminación, lo que supone la prohibición de tratar distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de igualdad”.

En otros términos, según se señala en el mismo pronunciamiento, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la

ley, a una igualdad sustantivamente justa, esto es, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles.

Así, la misma norma en análisis establece que no serán consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad responsabilidad o productividad.

Ahora bien, según el principio de hermenéutica legal contenido en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, la primera regla de interpretación nos lleva a aplicar el principio gramatical, según el cual, el sentido que debe darse a las palabras no es otro, según lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada de nuestros Tribunales, que aquel que le es asignado al vocablo por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, texto que a la voz de “capacidad” asigna el significado de “aptitud, el talento o la cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo”.

Asimismo, el Diccionario citado asigna a la palabra “calificación” “el significado de “acción y efecto de calificar” y “calificar”, a la vez, es “apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o algo”.

Por su parte, el vocablo “idoneidad”, según el mismo diccionario es “cualidad de idóneo” e “idóneo” es “adecuado y apropiado para algo”. A la vez, “responsabilidad” es “cualidad de responsable” y “responsable” dicho de una persona: “que pone cuidado y atención en lo que hace o decide”. Finalmente, el vocablo “productividad”, según el aludido diccionario es “cualidad de productivo” y “productivo” “que tiene virtud de producir” y en otra acepción, es “que es útil y provechoso”.

Este precepto reconoce, de esta forma, la posibilidad de que ante iguales funciones desempeñadas por un hombre y una mujer, pueda asignarse remuneraciones distintas, fundándose en criterios objetivos, como pueden ser la aptitud, el talento o la cualidad de que disponga un trabajador para desempeñarse en una determinada labor, el cuidado, atención y esmero que coloque en su trabajo, el rendimiento que tenga en él, etc.

Continuando con el análisis del artículo 62 bis que nos ocupa, cabe recordar que el inciso 2º de este precepto establece que las denuncias que se realicen invocando esta norma, se deben sustanciar en conformidad al procedimiento de tutela laboral contemplado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, una vez

concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa...”²⁶

Comentario

En el anterior dictamen la Dirección del Trabajo se pronuncia acerca del objetivo de la ley nº 20.348 que incorporó en el Código del Trabajo la norma que establece la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Es así como en atención a esta norma el empleador se ve obligado a dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones frente al desempeño de iguales funciones por un hombre y una mujer. Se determina también que es posible pagar distintas remuneraciones por parte del empleador frente a iguales funciones, cuando se funde esta diferencia en criterios objetivos, como por ejemplo, su calificación, responsabilidad o productividad. Ahora si se produjera contravención a esta norma, el trabajador afectado deberá deducir un reclamo por escrito, ante el empleador, el que deberá en el reglamento interno de la empresa establecer el procedimiento a través del cual se dará respuesta al reclamo respectivo. Si no se da una respuesta satisfactoria al trabajador en atención al reclamo por desigualdad de remuneraciones, podrá accionar a través del procedimiento de tutela laboral que se contempla en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo y que tratamos en el capítulo cuarto.

²⁶Ver texto completo en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-97655.html>

4.4 JURISPRUDENCIA JUDICIAL SOBRE LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.²⁷

La jurisprudencia constituye una fuente del derecho y la podemos definir como el conjunto de fallos uniformes emanados de los Tribunales Superiores de Justicia.

En relación a este punto, es decir a los fallos que emanan de los Tribunales Superiores de Justicia, hemos adoptado la decisión de recopilar y analizar sentencias emanadas de los jueces del fondo, es decir de los Juzgados de Letras del Trabajo, en atención a que con la última reforma de la ley 20.260, los tribunales conocerán en única instancia de los juicios del trabajo, ya que con la reforma se eliminó el recurso de apelación de la sentencia definitiva de los juicios del trabajo y se reemplazó por el recurso de nulidad, recurso que es de derecho estricto y que procede por causales expresamente establecidas por el legislador. De esta manera las Cortes de Apelaciones ya no conocerán en segunda instancia de los juicios del trabajo, conociendo tanto en los hechos como en el derecho, sino que conocerán las impugnaciones de las sentencias definitivas de juicios del trabajo, a través del referido recurso de nulidad.

Es así como la recopilación de fallos que hemos realizado, se refiere a sentencias de los distintos Juzgados de Letras del Trabajo del país, sentencias que se encuentran firmes y ejecutoriadas, ya sea por haberse fallado los respectivos recursos de nulidad interpuestos, ya sea porque no se dedujeron recursos. Además debemos hacer presente que respecto a determinados derechos fundamentales en que no hay sentencias aun de nuestros Juzgados de Letras del Trabajo, hemos recurrido a la jurisprudencia española, en razón de que nuestro “procedimiento de tutela”, tiene como antecedente la legislación de dicha nación.

²⁷ Para ver el texto completo de cada una de las sentencias extractadas se puede acceder a ellas a través de la página institucional del poder judicial www.poderjudicial.cl.

4.4.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador.

4.4.1.1 Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto. RIT T-1-2009.²⁸

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Integridad psíquica.

Fuentes legales: Artículo 19 n°1 de la Constitución Política.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandantes: Fernando Torres Astorga.

Amada Beatriz Astorga Guajardo.

Demandada: Corporación Municipal de Educación y Salud de San José de Maipo.

Hechos: Con fecha 09 de diciembre de 2009, doña Antonella Barba Rodríguez, abogado, en representación de doña Amada Beatriz Astorga Guajardo, profesora, interpone demanda en procedimiento de tutela de derechos fundamentales, mobbing o acoso laboral y cobro de prestaciones, señalando; que ocurrió un cambio de funciones de la actora con menoscabo del trabajador, infracción al ius variandi y situación de acoso laboral, ya que ha sido objeto de diversos menoscabos hasta concluir en un cambio de sus funciones, con una consecuente rebaja de sus remuneraciones, además de una falta de lugar de trabajo, ya que no cuenta con un espacio donde funcionar el equipo de gestión (sus funciones).

Razones por las cuales se ven vulnerados sus derechos, estos son principalmente la garantía del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, entre otros, ello con ocasión de discriminación, maltrato, desigualdad y daño psicológico.

Jurisprudencia: “...**DÉCIMO SEXTO:** Que ha consecuencia de lo expresado en los considerandos anteriores, la demandante de autos doña Amada Beatriz Astorga sufrió un grave menoscabo emocional, ya que se vio degradada, humillada como profesional y como persona, entre otros, lo que la llegó a una baja en su autovaloración, seguridad, a la angustia, baja en su honor, conduciéndola incluso a consultar un profesional, a fin de pedir ayuda frente a éste cuadro de hostigamiento laboral.

Y principalmente, en mérito de la prueba pericial rendida por la demandante, en que se indican con detalle, los cuadros vividos por la demandante, su sufrimiento, depresión,

²⁸ Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

maltrato psicológico, frustración, los que señala la profesional señorita Gallardo, tajantemente que se deben a su dificultosa relación laboral, y no como dice la demandada a los problemas familiares que ésta tendría.

Que teniendo presente, que la indemnización por daño moral no está establecida en nuestra legislación como una pena o sanción para el empleador negligente, sino que como una compensación al trabajador que ha sufrido un daño, y estando ésta acreditada por la prueba pericial de autos, donde se acredita el nexo causal entre el hostigamiento laboral y el cuadro depresivo de la demandante, no se tendrá más que acceder a dicha solicitud.

Sin embargo, según se dijo, las lesiones psíquicas ocasionadas a la demandante, le han causado daño moral, el cual se valora teniendo en consideración la forma en que se produjeron, los sufrimientos ocasionados, el tratamiento que implica su recuperación, para lo cual es como bien dice la perito se debe realizar un tratamiento con la demandante, a fin de mejorarse completamente, y por lo demás, fijando el monto de la indemnización en la suma de cuatro millones de pesos (\$ 4.000.000), más los reajustes e intereses que se dispondrán...”;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, analizada la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, éste tribunal ha llegado a la convicción que:

La demandante doña Amada Beatriz Astorga Guajardo fue vulnerada en sus derechos fundamentales, es decir, en su integridad síquica, a raíz del hostigamiento laboral de que fue objeto y acreditada en el presente juicio, con el consecuente menoscabo en su salud síquica, valoración de sí misma, llevándola a una depresión producto de aquello. Lo que fue probado con la prueba rendida ya expuesta y detallada en esta sentencia, y sin dejar de lado la inspección personal de ésta juez, que hizo en el lugar en cuestión, en la comuna de San José de Maipo, donde se pudo corroborar la efectividad de que la demandante no tenía funciones claras a desarrollar, no contaba con un lugar físico donde desarrollar sus funciones; luego de su licencia médica la habían cambiado de funciones y rebajado sus remuneraciones, argumentos por los cuales se accederá a las solicitudes planteadas por la demandante, y por consecuente se desestimaré lo planteado por la demandada, conforme a los antecedentes ya mencionados.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en el artículo 87 del estatuto docente, los artículos 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11,12, 63, 87, 184, 432, 446, 453, 454, 485 y siguientes

del Código del Trabajo, y artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, se resuelve:

I.- Que se acoge la demanda de autos interpuesta por don Fernando Torres Astorga en representación de doña Amada Beatriz Astorga Guajardo, en contra de la Corporación Municipal de San José de Maipo, declarándose en consecuencia la existencia de vulneración de garantías fundamentales establecidas en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y el artículo 2 del Código del Trabajo.

II.- Que se ordena en éste acto el cese inmediato por parte de la demandada en su actuar antijurídico, bajo el apercibimiento del artículo 492 del Código del Trabajo.

III.- Por lo que deberá la demandada:

- 1.- Reincorporar de manera total e inmediata a las funciones que desarrollaba la demandante ante de la comisión de los hechos, es decir, antes de abril de 2009, con la remuneración total de dicha función.
- 2.- Dar un tratamiento psicológico y psiquiátrico.
- 3.- Dar Excusas públicas en un medio de circulación nacional por la conducta discriminatoria, arbitraria, ilegal, desidiosa y carente de preocupación mostrada en este caso.
- 4.- Entregar por concepto de daño moral la suma de \$ 4.000.000.-...”

Comentario

En este fallo el juez laboral toma en cuenta la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante, violación que es un perjuicio a su integridad psicológica, derecho que está basado en el artículo 19 n° 1 de la Constitución Política de la República.

La demanda interpuesta por la actora se basa en el mobbing o acoso laboral. En este caso el empleador, ejerce el ius variandi, que se puede definir “como la facultad de modificar las condiciones de trabajo por parte del empleador, en cuanto no cause al trabajador un daño de importancia, ni imponga una alteración radical del régimen

convenido”.²⁹ Este derecho está consagrado en el artículo 12 del Código del Trabajo teniendo como límite el respeto de los derechos esenciales del trabajador y dentro de estas garantías el derecho a la integridad física y psíquica que son los derechos vulnerados según este fallo.

En el caso particular, dicha facultad del empleador afecta considerablemente la psiquis de la demandante. Esta situación quedó demostrada en el proceso con el informe pericial psicológico, el cual da cuenta de los daños síquicos sufrida por la actora. Por este motivo el tribunal en la sentencia ordena, teniendo en cuenta que no está establecida como pena o sanción al empleador, la indemnización, sino como una compensación económica al trabajador, por el daño causado, en este caso el daño psicológico.

Esta indemnización el tribunal la fijó, de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley y de acuerdo al gravamen sufrido por la demandante y la fijó en el monto de cuatro millones de pesos. También fijó el tribunal que la empresa debe darle al trabajador un tratamiento psiquiátrico, dar excusas públicas en un medio de circulación nacional, en el cual la empresa indique o señale la conducta discriminatoria arbitraria e ilegal y la carencia de preocupación mostrada en ese caso. Esto nos lleva a darnos cuenta en este análisis que la sentencia del procedimiento de tutela es una sentencia de contenido complejo por la serie de decisiones que se contienen en la misma.

4.4.1.2 Sentencia Juzgado de Letras de Valdivia. RIT T-14-2009.³⁰

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Integridad física y psíquica.

Fuentes legales: Artículo 19 n° 1 de la Constitución Política.

Antecedentes: Denuncia presentada por la Inspección del Trabajo de Valdivia.

Denunciante: Inspección del Trabajo de Valdivia.

Denunciado: Verónica Moraga Villagrán

²⁹ LANATA FUENZALIDA GABRIELA. “Contrato individual de trabajo”. 2ª edición 2007. Editorial LexisNexis. Pág. 57.

³⁰ Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

Hechos: Con fecha 01 de julio del año 2009, se ingresó ante la Dirección del Trabajo denuncia por vulneración de derechos fundamentales, interpuesta por Manuel Alejandro Niño Ruiz, quién expone que el día 21 de junio de 2009 cumplía sus labores de guardia de seguridad y se presentó en su puesto de trabajo, en ese momento se encuentra con el supervisor de la empresa, quien vestido de camuflaje militar estaba acompañado de un tercero, y éste último procede a golpearlo con un madero de seguridad, mientras el supervisor lo sujetaba con firmeza de la mano y le decía que se calmara mientras el tercero no identificado lo seguía golpeando.

La institución denunciante, a partir de los antecedentes proporcionados por el afectado, realizó un procedimiento de investigación a través del cual se pudo constatar los hechos denunciados.

Jurisprudencia: “...**PRIMERO:** Que la acción de tutela laboral introducida por el nuevo procedimiento laboral tiene por objetivo dotar a los trabajadores de un mecanismo de defensa de sus derechos ciudadanos, introduciendo el concepto de ciudadanía en la empresa desarrollado por la doctrina y de aplicación en la legislación comparada.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo, el procedimiento de tutela se aplica: a) Respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales; b) que afecten a los derechos fundamentales de los trabajadores señalados en la misma norma, entre los cuales se cuentan el contemplado en el artículo 19 N° 1, inciso 1º de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a la vida, integridad física y psíquica de las personas, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; y, c) cuando tales derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. En este sentido, el inciso 3º de la norma citada preceptúa que los derechos o garantías resguardados resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que se confieren al empleador limita su pleno ejercicio, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto de su contenido esencial.

En cuanto a los titulares de la acción, ésta puede iniciarse por el propio trabajador, y en ciertos y determinados casos por requerimiento de la organización sindical a la cual se encuentre afiliado o por denuncia de la Inspección del Trabajo, o incluso, residualmente, por el propio empleador cuando se trata de prácticas antisindicales en

los casos de infracción a los artículos 290 y 291 de acuerdo a lo establecido en el artículo 292 del Código referido.

En cuanto a la prueba, en este nuevo mecanismo de tutela de los derechos fundamentales el legislador se ha encargado de dotar al accionante de un alivio de su carga probatoria al disponer en 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”* consagrándose en nuestro derecho positivo la denominada “prueba indiciaria o técnica de los indicios”. En este sentido, el profesor José Luis Ugarte expresa que: *“... Se trata de una regla legal de juicio que no opera, por tanto, ni en la etapa de presentación de la prueba – audiencia preparatoria – ni de la rendición o incorporación de la prueba – audiencia de juicio-, sino que en la etapa de la construcción de la sentencia por parte del juez, esto es, en el de la decisión judicial del fondo del asunto. De este modo, es perfectamente posible que no sea necesario aplicar la regla de juicio contenida en el artículo 493. Más precisamente en dos casos opuestos: a) el trabajador logró la prueba del hecho lesivo mediante la aportación de prueba directa sobre el hecho, y/o b) el empleador logró acreditar hechos constitutivos de una justificación objetiva y proporcionada de la conducta. En estos casos, el hecho de la conducta lesiva no se encuentra incierto o dudoso, sino todo lo contrario: hay certeza o de que ocurrió o de que no es efectivo.”* (José Luis Ugarte Cataldo, “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”, Editorial Legal Publishing, 1ª Edición, Abril 2009, página 45). Cabe la duda, entonces, sobre qué se debe entender por indicios suficientes, el citado autor señala que: *“Dichos indicios dicen relación con hechos que han de generar en el juzgador al menos, la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales”. Por ello, la prueba reducida de que se beneficia el trabajador se traduce en la prueba de hechos que generen en el juez una sospecha razonable de que ha existido la conducta lesiva.”* (Op. Cit. Pág.46).

Esta técnica, reducción probatoria, no implica inversión del onus probandi, puesto que no significa que sea suficiente la mera alegación de una lesión a un derecho fundamental, para que se traslade al empleador la carga probatoria, sino que ella consiste en aliviar la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el

cual acredite indicios de la conducta lesiva, esto es, acredite hechos que generen la sospecha fundada, razonable, en orden a la existencia de la lesión que alega. La regla no se refiere a una presunción judicial, que nazca por decisión del juez de la causa, sino una regla legal de distribución del costo o sacrificio probatorio, que como tal se entiende conocida por las partes, como cualquier otra regla de derecho.

En consecuencia, se hace necesario despejar, como primera cuestión relevante orientada a la decisión del asunto controvertido, si la demandante cumplió con este estándar probatorio exigido...”;

OCTAVO: Que de acuerdo a la prueba rendida, y los hechos que se han tenido por acreditados, en la especie, trabajador agredido en su jornada laboral por el supervisor de la empresa, que ejerce facultades de dirección o administración por lo que representa de pleno derecho al empleador, agresión que tuvo como origen el altercado vía radial por bromas efectuadas por el primero y altercado presencial entre ambos por vestimenta de estilo gótico de éste, existe claridad sobre la efectividad de la vulneración del derecho fundamental del trabajador agredido consagrado en el artículo 19 N° 1, inciso 1º, de la Constitución Política (derecho a la vida y a la integridad física y psíquica); que ésta vulneración ha sido consecuencia directa de actos ocurridos durante la relación laboral; y que ese derecho ha resultado lesionado producto del ejercicio abusivo de las facultades del empleador, por intermedio del supervisor que lo representa de pleno derecho.

NOVENO: Que de acuerdo al derecho constitucional tutelado e infringido por la empresa, huelga señalar que no existe prueba alguna en la causa que permita justificar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, por lo tanto, la denuncia efectuada por la Inspección del Trabajo deberá ser acogida en los términos que se expresarán en lo resolutivo...”;

DÉCIMO: Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 495 del Código del Trabajo, el juez laboral no sólo debe declarar la existencia o no de la vulneración de derechos, sino que también, ordenar, de persistir la infracción a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato; la indicación concreta de las medidas dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración, incluidas las indemnizaciones que procedan; y ordenar el pago de las multas a que hubiere lugar.

En cuanto al cese de la conducta antijurídica, de acuerdo a la prueba rendida en autos,

se tiene por acreditado que el vínculo laboral que unió a la empresa y el Sr. Niño no se encuentra vigente, por lo que mal podría decretarse el cese de la conducta, máxime que la vulneración del derecho tutelado fue consumado en un solo acto producto de la golpiza del día 21 de junio, todo esto sin perjuicio de las medidas reparatorias que se decretarán.

En cuanto a la aplicación de multa, teniendo en consideración que la conducta del empleador no tiene aparejada una sanción especial, se debe aplicar lo preceptuado en el artículo 506 del Código del Trabajo, específicamente su inciso primero por cuanto no hay prueba alguna en la causa para determinar la cantidad de trabajadores que laboran en la empresa. El quantum de la multa se aplicará en su máximo de acuerdo a la gravedad del derecho vulnerado y la conducta de la empresa en el apoyo al trabajador afectado, el cual fue despedido con posterioridad, según lo reconoce la empresa en su contestación.

DECIMO PRIMERO: Que en cuanto a las medidas concretas dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias perniciosas derivadas de la vulneración del derecho fundamental, incluidas las indemnizaciones que procedan, por su carácter eminentemente reparatorio deben tener por objeto el restablecimiento del ejercicio pleno del derecho fundamental lesionado, en este caso específico se trata de reparar el daño esencialmente de carácter psíquico sufrido por el Sr. Niño, de acuerdo a los certificados médicos acompañados en el informe de fiscalización referidos anteriormente. Esta reparación debe ser íntegra, por lo que, a juicio de este sentenciador, debe comprender un aspecto pecuniario o económico y un aspecto de carácter inmaterial, que cumplan su objetivo no sólo de restablecer la integridad emocional del afectado sino que también haga fuerza en la empresa para que tome las medidas que estime necesarias para que no vuelvan a repetirse actos de semejante gravedad. Por estas consideraciones, este sentenciador condenará a la empresa para que cancele un tratamiento de carácter psicológico a favor del afectado y, asimismo, cancele una suma de dinero por las vías de hecho de las que fue víctima gravemente el trabajador.

Por lo anteriormente expuesto, y visto lo dispuesto en los artículos 387, 389, 446 y siguientes, 456, 457, 459, 485 y siguientes y artículo 506, todos del Código del Trabajo, SE RESUELVE:

I.- Que se acoge la denuncia interpuesta por la Inspección Provincial del Trabajo de esta ciudad, toda vez que se ha acreditado que el empleador Verónica Moraga Villagrán, ha procedido por intermedio de su supervisor don Luis Muñoz Saldivia a vulnerar el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 1, inciso 1º, de la Constitución Política de la República consistente en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador Manuel Alejandro Niño Ruiz, producto de la agresión de la cual fue víctima con fecha 21 de junio del año 2009.

II.- Que se sanciona a la empresa denunciada de conformidad al artículo 506, inciso 1º, del Código del Trabajo con una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales.

III.- Que la denunciada deberá cancelar una suma de \$2.000.000.- (dos millones de pesos) como indemnización por el daño físico y psíquico irrogado al afectado, dentro del plazo de 10 días desde que la presente sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, bajo el apercibimiento dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo.

IV.- Que la empresa deberá instruir de forma clara y categórica a su supervisor para que se abstenga en lo futuro de realizar nuevos actos de violencia ya sea de forma verbal como física en contra de los trabajadores de la empresa. Esta obligación se entenderá cumplida con la entrega en este Tribunal de un documento escrito que contenga las menciones señaladas, firmada por el supervisor dentro del plazo de 10 días desde que el fallo se encuentre firme y ejecutoriado, bajo el apercibimiento dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo.

V.- Que la empresa deberá cancelar una evaluación psicológica a favor del afectado y el posterior tratamiento, si es que procediere, a fin de restablecer su estado emocional gravemente afectado producto de la golpiza. Para cumplir esta obligación la empresa deberá hacer llegar a este Tribunal dentro del plazo señalado en el numeral anterior el día y hora para que el trabajador concurra al especialista, bajo el apercibimiento dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo...”

Comentario

En este caso hay una vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y psíquica del demandante.

Este procedimiento se inicia con una denuncia en la Inspección del Trabajo de Valdivia. Acá se dio una conducta por parte del empleador, representada por el supervisor de la empresa, el cual vulneró los derechos fundamentales del trabajador.

La vulneración de los derechos fundamentales del trabajador se establecieron a través de los indicios aportados por el propio trabajador y la parte empleadora no pudo explicar el fundamento y proporcionalidad de la medida adoptada.

Por tanto al producirse la agresión de los derechos fundamentales en una relación laboral y no existiendo prueba alguna por parte del empleador, el tribunal en su sentencia acoge la denuncia efectuada por la Inspección del Trabajo. El tribunal decide el restablecimiento pleno del ejercicio de los derechos fundamentales afectados, ordenando la reparación que tiene una parte pecuniaria y una inmaterial que buscaba no solo la reparación del actor, sino también tomar las medidas adecuadas para que no se vuelvan a repetir estos hechos. Todo lo cual está contenido en el texto de la sentencia.

4.4.2 El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador.

4.4.2.1 Sentencia 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT T-45-2009.³¹

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Derecho a la honra.

Fuentes legales: Artículo 19 n° 1 y 4 de la Constitución Política.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandante: Mónica Isabel Melo Soto.

³¹ Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

Demandado: Comercial COMPU-PRINT Limitada.

Hechos: Comparece doña Mónica Isabel Melo Soto, secretaria, , quien demanda en procedimiento de tutela laboral a COMERCIAL COMPU-PRINT LIMITADA, fundado en que durante la relación laboral con la demandada se le vulneraron sus derechos en su esencia, a través de diversos actos que constituyen un ejercicio abusivo por parte de su empleadora del poder de dirección, que tiene como consecuencia directa e inmediata su humillación colocando en entredicho no sólo la calidad de trabajo y profesionalismo sino su dignidad de persona al punto de resultar una perturbación de su integridad física y su derecho a la honra.

La demandante en acto seguido solicita que se declare vulnerado sus derechos fundamentales reconocidos y amparados por la legislación laboral, específicamente el derecho a la vida e integridad física y psíquica, el derecho a la honra con ocasión de los hechos y circunstancias que rodearon el término de la relación laboral y de manera subsidiaria que se declare que el despido fue indebido.

Jurisprudencia: “...NOVENO: El orden jurídico laboral, en un proceso de progresivo reconocimiento pleno y posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales de las relaciones de trabajo, ha evolucionado recientemente desde el expreso reconocimiento de la función limitadora que cumplen tales derechos respecto de las potestades que el mismo ordenamiento reconoce al empleador para dirigir, organizar, y regular la actividad empresarial hasta una fase de garantía plena de tales derechos. En tal evolución se reconoce una fase de afianzamiento o reconocimiento de tales límites con las normas que introduce primero la reforma de la ley 19.759 a los artículos 5 y 154 del Código del Trabajo.

Las primeras normas ponen a la dignidad de la persona del trabajador como eje central del trato respetuoso que debe presidir las relaciones del trabajo, en el marco de una relación de poder asimétrica y factible de desbordarse, desde el ejercicio de las potestades legales del empleador, lesionando los derechos fundamentales de la parte más débil de la contratación.

El inciso tercero del artículo 2° señala que *“Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”*

El inciso primero del artículo 5° prescribe que *“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 pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”

Resulta evidente que, por sus características, el método que se utilizó para imputar una sustracción de dinero a la actora carece de rigurosidad. La demandada esgrime una justificación para la realización de la medida pero ésta, en la forma en que se ha llevado a cabo, dada su manifiesta disociación con la esfera legítima que el ordenamiento reserva al ejercicio de las potestades empresariales, no resiste el test de la finalidad lícita y por lo mismo, el de idoneidad (la relación medio-fin que éste supone, y que exige que el primero se configure bajo una conducta amparada por el derecho), al configurarse como un procedimiento sin bases claras que dieran cuenta de la ilicitud en el flujo normal y corriente de dineros que manejaba la actora.

No puede desatenderse en este punto del análisis, que el fundamento último de la acción de la empleadora (la causa que esgrime para justificar su conducta) dice relación con la gravedad que representa para la empresa la pérdida de cerca de un millón de pesos y la posibilidad que le dio ésta a la actora a fin de devolver los dineros, sin embargo aquel se desarrolló en un proceso interno carente de información, bilateralidad, rigurosidad, exactitud, coherencia con el manejo de dineros, instrucciones o documentos, con presiones indebidas y atemorizantes, sin recurrir a la conducta que le hubiere permitido alcanzar una finalidad similar, una prolija y bien informada investigación interna sería, respetando el principio de inocencia, sin afectar los derechos fundamentales.

La infracción al deber de generalidad en la aplicación de la medida no impone mayor análisis, desde que es claro que la medida se dirige determinada y específicamente sobre quién aparece como sospechosa y responsable en la pérdida del dinero.

Finalmente, la última exigencia legal, aquella que exige la subordinación de toda medida al imperativo de respeto a la dignidad del trabajador permite abordar, de lleno al específico análisis acerca de la lesión de los derechos fundamentales del trabajador.

Hay lesión de *garantías* fundamentales señala la norma del inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo *“cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”*

Que la arbitrariedad manifiesta se refleja en la inexactitud de los montos supuestamente apropiados, no es posible que la imputación efectuada no señale un monto determinado y concreto.....”

Que los hechos acreditados en el proceso contienen suficientes referencias a la forma cómo se investigaron las cosas y que por su pura forma de ejecución tiene aptitud suficiente para concluir que se ha afectado gravemente la integridad psíquica de la actora, en los hechos causó aflicción, desasosiego, angustia, nerviosismo, refrendado el estado anímico, por la testigo de la demandante, constatado por esta propia Juez al momento de ser interrogada por la contraria.

Finalmente en relación con el derecho previsto en el número 4 del artículo 19 de la Carta fundamental, que en la demandada se postula como un atentado contra su vida privada y honra personal, es preciso volver brevemente a la cuestión fáctica para recordar algunas cuestiones necesarias.

No se ha discutido la labor desempeñada por la actora durante el tiempo que duró esta relación laboral, la misma ha hablado de confianzas, al acompañar al tener mandato para retirar la cuenta corriente de su ex empleador, que de hecho, no se habían producido jamás entredichos entre las partes relativas a dinero e incluso ésta se refiere al Gerente General como una persona tranquila, pacífica, que fue lo que la llevó también atemorizarse en la “entrevista que ambos tuvieron a puertas cerradas.

Respecto del procedimiento de investigación, de lo informado en la carta de despido e incluso la forma en que se ha contestado la demanda en la especie son por cierto seriamente lesivos de la honra del actor, más aún si el resto de los miembros que forman aquella comunidad laboral se encontraban al tanto de lo sucedido

Encuadrado en la norma del artículo 489 del Código del Trabajo, como un caso de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, las indemnizaciones previstas en el inciso tercero de la norma, son procedentes...”;

DECIMO PRIMERO: Que la indemnización compensatoria del daño extra patrimonial que se demanda bajo el rótulo de *daño moral* será desestimada únicamente por estimarse que la indemnización adicional cubre adecuadamente en este caso el resarcimiento compensatorio de la lesión de los bienes extra patrimoniales anotados, sin perjuicio de lo que pueda decirse en otros casos a la luz del principio general del

derecho que impone la reparación integral del daño, cuando la tarifa legal pueda impresionar como manifiestamente insuficiente...”

DECIMO TERCERO: La prueba analizada lo ha sido conforme a las reglas de la sana crítica. La restante prueba no contiene información que contradiga aquellos hechos asentados por los medios que se han tenido en consideración para fijar los hechos.

De acuerdo a las consideraciones antedichas, normas citadas y teniendo en vista además lo que disponen los artículos 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Preámbulo y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, Número 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 5, 6 inciso segundo, 19 de la Constitución Política de la República; 1, 2, 5, 7, 41, 420, 425, 432, 454, 455, 456, 459, 445, inciso primero, 485, 486, 490, 491, 493, 495 y 506 del Código del Trabajo se declara que:

I.- Se hace lugar a la demanda declarándose que la demandada COMERCIAL COMPU-PRINT LIMITADA vulneró la dignidad del demandante, su honra e integridad psíquica con ocasión del despido de que fue objeto el 2 de octubre de 2009, en la investigación de 30 de septiembre de ese año que sirve de sustento a la exoneración...”

Comentario

Este fallo se basa en la vulneración al derecho fundamental a la honra del trabajador con ocasión del despido.

La actora solicita que se declaren vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, integridad física y psíquica y en especial el derecho a la honra, que es lo que nos ocupa en este análisis.

En este caso la demandante alega distintos hechos, que la parte empleadora tuvo para con ella, hechos que dejan en entredicho no solo la calidad de su trabajo y profesionalismo, sino que también y lo más importante su dignidad de persona, al punto de resultar una perturbación de su integridad física y síquica.

Este fallo pone el acento que la facultad de dirección del empleador tiene como limite el pleno respeto de las garantías de los derechos fundamentales laborales. En el caso específico el derecho a la honra. Como dijimos anteriormente este fallo pone énfasis en el respeto de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 2º inciso 3º artículo 5º inciso 1º del Código del Trabajo. En este caso la empleadora uso un determinado método para imputar una sustracción de dinero, pero este método tiene una finalidad ilícita.

Cabe destacar que la medida de investigación no cumple con los requisitos de generalidad e impersonalidad que deben tener este tipo de controles, sino muy por el contrario, se desarrolló en forma determinada y específica sobre quien aparece como sospechoso, afectando la honra de este.

Es así que el tribunal, acreditado los hechos y valorados de acuerdo a la sana crítica decide acoger la demanda de tutela, pero la indemnización de daño moral fue desestimada por estimarse que la indemnización adicional cubre adecuadamente en este caso el resarcimiento compensatorio del derecho vulnerado.

4.4.2.2 Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. RIT T-41-2009.³²

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Derecho a la honra.

Fuentes legales: Artículo 19 nº 4 de la Constitución Política.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandante: Ramón Jesús Salazar Céspedes.

Demandado: Carnes Santa Ana S.A.

Hechos: Don Ramón Jesús Salazar Céspedes, trabajador, interpone demanda en juicio del trabajo, de acción de tutela de derechos fundamentales, en contra de su ex - empleadora, la empresa Carnes Santa Ana S.A.

El trabajador estuvo prestando servicios a la empleadora durante 4 años continuos, y en un día determinado su jefe le hace una imputación en relación a que ha intentado robar mercadería de la empresa. Acto seguido fue amenazado y presionado para que

³² Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

firmó una carta de renuncia voluntaria. Al no prestar su firma el trabajador fue retenido en el local impidiéndole salir mientras le acosaban y hostigaban. Se le amenazó con llamar a Carabineros y tras dos horas de retención obligada, les llamaron efectivamente. Por lo antes expuesto el trabajador solicita que se declare en el procedimiento de tutela laboral que se han vulnerado sus derechos a la integridad física y psíquica y su derecho a la honra, más las indemnizaciones correspondientes.

Jurisprudencia: "...SEPTIMO: Que en relación con la vulneración de los derechos fundamentales que denuncia el actor, quien sostiene se vulneró su derecho a la integridad física y psíquica como también su derecho a la honra, con las pruebas rendidas por las partes se concluye que efectivamente se vulneró el derecho a la honra, por lo siguiente:

a) Porque los hechos que se imputan al actor ocurrieron el 7 de junio de 2009, oportunidad en que lo normal habría sido llamar a Carabineros de inmediato atendida la gravedad de la conducta atribuida al actor y denunciar el hurto, que William Lufi dice haber presenciado. Sin embargo, esto se hace sólo dos días después, lo que no tiene sentido si ya no hay evidencia.

b) Porque si bien Juan Carlos Vidal, absolviendo posiciones y Carlos Águila, prestando testimonio han aseverado que al actor no se le retuvo, analizando la prueba en conjunto se desprende que sí se hizo, tal como lo sostienen los testigos del actor, en particular Héctor Muñoz quien vio que desde las 9 horas se le retuvo, sin permitirle que cambiara su ropa por la de trabajo y que tras un par de horas en esta situación, fue llamado Carabineros y éstos permanecieron en el lugar como hasta las 13.00 horas.

c) Porque no resulta verosímil lo expuesto por Carlos Águila cuando dice que porque no sabían qué hacer, le preguntaron a Carabineros y por eso ellos concurren y, tampoco lo es lo declarado por William Lufi cuando sostiene que aquél notificó al actor su despido y después llamó a Carabineros sólo para dejar constancia de que se le despedía. Situaciones que no tienen sentido por la calidad de jefes de ambos testigos y no guardan relación con la grave conducta imputada, sólo se entiende como una medida de presión ejercida en contra del trabajador.

d) Porque la circunstancia de intentar explicaciones ilógicas para justificar el llamado a Carabineros, le da más fuerza y credibilidad a lo declarado por los testigos del demandante, Jeannette Ortiz y Juan Silva, cuando señalan que pasaban por la

Carnicería Santa Ana y se detuvieron porque estaba Carabineros, pudiendo escuchar que se hablaba de que habían pillado a un ladrón y que también vieron que a Salazar lo acosaban y que no lo soltaron hasta pasadas las 13.00 horas.

e) Porque lo anterior confirma lo expuesto por el actor en su libelo, ya que se ha demostrado que fue retenido en el local impidiéndole salir mientras le acosaban y hostigaban. Se le amenazó con llamar a Carabineros y tras dos horas de retención obligada, les llamaron efectivamente.

f) Porque esta situación humillante, en presencia de sus compañeros de trabajo e incluso transeúntes, vulnera su honra y la de su familia.

g) Porque aun cuando es efectivo lo expuesto por la denunciada en cuanto el despido normal, justificado o no, no violenta en principio los derechos fundamentales del trabajador; no lo es menos que este despido se hizo con escándalo y notoriedad, lesionando la dignidad del actor innecesariamente...”

OCTAVO: Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en lo que atañe a la vulneración al derecho a la integridad física y psíquica, aunque se hizo mención a dolencias físicas y de salud, como a estado de ánimo, no se rindió prueba suficiente para formar convicción en esta sentenciadora...”

UNDECIMO: Que por lo anterior, no cabe sino concluir que no se probó la causal invocada y por tanto, el despido de que fue objeto el actor ha sido injustificado, resultando procedente acoger las solicitudes de indemnización sustitutiva de aviso previo, ya que no se dio aviso con la anticipación legal debida y, asimismo, indemnización por años de servicio con incremento del 80%. Asimismo habiéndose producido la vulneración, establecida en el considerando 7º de este fallo, con ocasión del despido se ordenará también pagar la indemnización adicional de que trata el art 489 del Código del Trabajo.

Visto además lo dispuesto en los arts. 160, 162, 163, 168, 456, 457, 459, 486, 489 y 495 del Código del Trabajo, SE DECLARA:

I.- Que la demandada Carnes Santa Ana SA vulneró el derecho a la honra de Ramón Jesús Salazar Céspedes, con ocasión del despido.

II.- Que dicho despido fue injustificado y sin aviso previo...”

Comentario

En este fallo se acoge la acción de tutela de un trabajador, por afectar gravemente su derecho al honor. Pues se trató de un despido escandaloso, en el cual le fue imputado el robo de mercaderías, además de estar retenido el empleado por su empleador por el espacio de dos horas al no aceptar el trabajador la firma de una carta de autodespido.

El tribunal ante una serie de contradicciones de la parte empleadora y de testigos, llegó a la conclusión que se vulneró, gravemente el derecho a la honra del trabajador. A su vez, el actor, no pudo acreditar una vulneración a la integridad física y síquica. Todos estos hechos quedaron plasmados en la sentencia respectiva.

4.4.3 Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

4.4.3.1 Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó. RIT T-1-2008.³³

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Inviolabilidad de la comunicación privada.

Fuentes legales: Artículo 19 nº 5 de la Constitución Política.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandante: María Natalia Madrid Obregón.

Demandado: Sociedad de Profesionales Kronos.

Hechos: La demandante solicitó que se declarase su despido como vulneratorio de derechos fundamentales y conforme a ello se estableciera la obligación de su ex empleadora de pagar las indemnizaciones que procedieran de conformidad al artículo 489 del Código del Trabajo. Esta acción se funda en que con fecha dos de junio de dos mil ocho, su empleador le comunicó el término del contrato de trabajo por correo certificado, aplicando la causal señalada en el artículo 160 N°7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, fundado en

³³Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

que supuestamente habría entregado información confidencial vía electrónica, sin autorización de sus jefes, a personal profesional de la empresa Salfa Construcciones, la cual era su fiscalizada. Los fundamentos entregados por el representante de la empresa, para invocar la causal de despido, demuestran que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad de todo tipo de comunicación privada, entre los que debemos considerar el sistema denominado MESSENGER, el que respalda en carpetas el contenido de las conversaciones sostenidas con otros contactos de una lista que cada usuario tiene, al cual solo se accede con una clave personal, la que nunca ha proporcionado a persona alguna, y menos a la empresa Sociedad de Profesionales Kronos Limitada, derecho que se encuentra protegido por lo dispuesto en el artículo 19 N°5, de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 485 del Código del Trabajo. Además no existe regulación alguna en el contrato de trabajo, ni en el reglamento interno que autorice a la empresa conocer el contenido de los correos enviados y recibidos por los trabajadores.

Jurisprudencia: “...**SÉPTIMO:** Razonamiento respecto a la carga procesal probatoria de la demandante: la exigencia de indicios. Según ya se ha esbozado, uno de los principios más fuertemente recogidos con la reforma procesal laboral, es el de la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores, siendo en esa vertiente de pensamiento que se justifican otros de los principios de la misma, como oralidad, intermediación, gratuidad, celeridad, oficialidad con función cautelar y probatoria del juez, etcétera. Con todo, el alcance de este principio de tutela judicial efectiva es mucho mayor del que aparece a simple vista y que en forma tan evidente se expresa en los principios recién apuntados; en efecto, existen otras consecuencias jurídicas, recogidas por nuestro legislador laboral, que son fruto directo de esta lógica de protección integral hacia la parte más débil. Por cierto que este posicionamiento normativo no es de creación propia de nuestro legislador, sino que viene aprehendido de un establecimiento serio y consolidado del derecho comparado, relativo al difícil escenario probatorio en que se encuentra el trabajador al momento de efectuar una denuncia por violación o lesión de derechos fundamentales, dificultad que evidentemente emana, como lo destaca nuestra doctrina, de la situación estratégica en que se encuentra el empresario sobre la prueba, derivado de la proximidad y dominio que tiene la mayoría de las veces sobre ella. El no reconocimiento de la situación antes descrita, hubiese

significado una evidente merma al principio de tutela judicial efectiva referido, toda vez que habría contenido en sí misma una traba procesal que colocaría muchas veces al trabajador en la imposibilidad de lograr un resultado judicial favorable. Es por ello, que haciéndose cargo de lo anterior, nuestro legislador laboral en el artículo 493, introdujo una reducción probatoria, consistente en la obligación del trabajador de presentar sólo indicios suficientes de la vulneración que alega. Esta técnica, como lo ha señalado José Luis Ugarte Cataldo, no se trata de una inversión del onus probandi, ya que no basta la alegación de una lesión a un derecho fundamental, para que se traslade al empleador la carga probatoria, sino que sólo se alivia la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de la conducta lesiva, esto es, acredite hechos que generen la sospecha fundada, razonable, de que ha existido esta lesión.

Reconocido lo anterior, es necesario, en consecuencia, despejar como primer tema relevante si la demandante cumplió con este estándar probatorio exigido. Acá debe destacarse, que la carta de despido incorporada y que da cuenta de la causal y de los hechos esgrimidos para poner término a la relación laboral, alude directamente a la entrega –comprobada- de información por vía electrónica por un conducto irregular. Luego en el acta levantada ante la Inspección del trabajo la trabajadora reclama que esta información comprobada, a que alude la empresa, correspondería a una conversación instantánea que por Messenger tuvo con una amiga, la cual estima, se habría obtenido violando su contraseña de su cuenta particular, ya que en ningún momento ella a autorizado a la empresa para leer su información privada y nunca ha respaldado sus conversaciones. En la misma acta introducida por la actora, se consigna la respuesta de la sociedad demandada, la que señala que efectivamente tiene pruebas escritas de una conversación electrónica entre la trabajadora y la funcionaria de Salfa Construcciones, documento en el que fundarían su decisión de despido. Agrega al respecto que en ningún momento se habría violado una clave o contraseña privada de la trabajadora, sino que se accedió a esta información a través de un respaldo generado en la carpeta MIS DOCUMENTOS, a la cual se habría llegado fortuitamente luego de la búsqueda de otros antecedentes. En el mismo sentido, la absolución de posiciones de Jorge Godoy Frías ilustró al tribunal en cuanto a que él con la demandante operaban un mismo computador, ya que estos no son de

uso exclusivo y que cada funcionario de la empresa tenía una clave personal para ingresar a estos equipos. Los computadores estaban habilitados para navegar por internet y además se trabajaba con intranet para los asuntos de la empresa. Preguntado respecto a un correo personal de la trabajadora Madrid Obregón = Nmadrid8@hotmail.com, señaló que conoció ese correo por que en una carpeta MIS LOGS de la carpeta MIS DOCUMENTOS en el escritorio del computador, existían archivos de este correo a los que accedió, sin requerir de una clave. Señala que encontró esa información de casualidad, buscando información propia; agrega que al ver esa información, le llamó la atención, por lo que revisó unos dos o tres días de conversaciones; ahí encontró la conversación que invocó como fundante del despido, la cual al verla inmediatamente se dio cuenta que correspondía a una conversación entre la señorita Obregón con Ema Pía.

Del análisis de la prueba anteriormente referida, este juzgador tiene por establecido, que existen antecedentes suficientes, para al menos estimar a priori, que eventualmente, el despido de María Natalia Madrid Obregón pudiese estar fundado en la utilización de información de carácter privado, toda vez que queda en evidencia que esta información correspondía a una conversación entre la trabajadora afectada y un tercero, la cual circunstancialmente quedó respaldada en una carpeta del escritorio del computador, pero que en ningún caso, ello significa, que por esa situación, la información pasa a transformarse en pública, ya que para que ello pudiese estimarse, necesariamente, se requeriría una manifestación de voluntad de la parte emisora y receptora, o al menos de una de ellas; por lo que a falta de dicha manifestación debe entenderse que la información sigue siendo privada, ya que en ella por las características que envuelve –comunicación electrónica escrita y directa de una persona determinada a otra, también determinada, por un medio cerrado- demuestra una voluntad tal de excluir del conocimiento de lo comunicado a terceros, que de haberse estimado que alguien podría haber interferido en dicha comunicación, conociéndola de cualquier modo, lo más probable es que no la hubiesen realizado. A mayor abundamiento, el ciudadano común y corriente, en muchas de las actividades que desarrolla a diario, en ámbitos de privacidad, lo hace bajo la confianza, con la razonable expectativa, de que este sector de su vida no será interferido por terceros, ya que la sola posibilidad de que ello suceda, le haría moldear su comportamiento a tal

extremo que su libertad para determinarse y comportarse no sería tal, ya que sería temeroso de que saliera a la luz, lo que él ha querido que sea secreto. Así respecto a la inviolabilidad de los medios de comunicación se ha señalado que ella descansa sobre los principios de autonomía, dignidad e intimidad de la persona, que se traduce en una esfera de derecho formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona, que normalmente están sustraídos del conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta en ese conocimiento.

Luego en este análisis cabe preguntarse, si es que varía lo antes razonado, la circunstancia de que lo comunicado no sea información personal, sino que sea una conversación referida a temas que competen por ejemplo a la empresa; y si varía la circunstancia el hecho de que la información se haya encontrado en un respaldo el cual no sería el vehículo de comunicación mismo.

Respecto de la primera interrogante, y partiendo del supuesto de que la obtención de esta información sea a través de un hecho fortuito y no premeditado o infractor de mecanismos de seguridad, debiese estimarse que en primer término, nuestra legislación, más allá del contenido mismo de la comunicación privada, lo que garantiza en este caso, es que no se produzcan invasiones a la intimidad que sean irracionales y desproporcionadas, con lo cual ya envía un mensaje relativo a que existe una prohibición de acceder, utilizar e invocar cualquier información contenida en estos canales privados, cuando ello pudiese significar el desconocimiento del derecho en su esencia. Luego si la transgresión es tan insoportable, por afectar el núcleo mismo del derecho protegido, será irrelevante el contenido de la comunicación, por lo que incluso, refiriendo temas que pudieran interesar a la empresa, no podrían ser utilizados ni invocados. Por el contrario si esta vulneración es más sutil, más tenue y por lo mismo sólo implica una afectación de determinadas manifestaciones del mismo, podrá ser aceptada en la medida que sea racional y proporcionada, donde normalmente la racionalidad estará dada por la necesidad de compatibilizarlo con otros bienes y derechos; en ese sentido podría ser eventualmente aceptada la utilización de la información que se refiere a la empresa. Finalmente, para la segunda interrogante, se debe asumir, como ya se señaló, que no porque circunstancialmente esta comunicación privada se haya respaldado en un archivo que ya no sería el vehículo de

comunicación mismo quiere decir que está información es pública, ya que ella todavía expresa las aspiraciones de alguien que siempre pensó mantenerlas en el ámbito de lo privado, siendo totalmente irrelevante que no contenga ella una clave, cerradura, cierre u otro mecanismo de seguridad, toda vez que la simple actividad de observación permite formarse la conciencia y claridad de que esa información no está dirigida hacia su persona, como ocurrió en el caso propuesto, donde era evidente que se trataba de un correo que no le pertenecía al lector ocasional, a menos que hubiese pretendido llamarse María Natalia o Ema Pía, con lo cual su eventual utilización también debe responder al análisis de cuanto ello produce una lesión en el derecho tutelado constitucionalmente.

OCTAVO: Razonamiento respecto de la obligación de la demandada de explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. En cierto modo las reflexiones efectuadas en el acápite previo, nos permiten hacer una nueva constatación, que en todo caso ya ha sido efectuada por autores como Eduardo Caamaño Rojo, en el sentido de que los derechos fundamentales, sean específicos, inespecíficos, laboralizados o no, no son absolutos y por lo mismo reconocen como límite el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales; en razón de ello, en su ejercicio y siempre teniendo presente que nunca se puede afectar el núcleo irreductible de un derecho fundamental –lo conocido en doctrina como el límite a los límites-, en el ejercicio de uno de estos derechos puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

Con lo anterior se responde la interrogante de si los derechos fundamentales reconocen algún tipo de límite o morigeración en el particular ámbito de la empresa, por lo que corresponde cuestionarse ahora cuando el ejercicio del poder empresarial puede concretamente llegar a producir la afectación referida.

Tal como lo ha señalado la Dirección del Trabajo en Dictamen 8237-1995, el sistema jurídico ha dotado al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es la facultad de dirigir y mantener el orden dentro de la empresa. Estos poderes reconocen su fundamento en el derecho constitucional de propiedad y en la libertad para desarrollar cualquier actividad económica; sus objetivos son dotar al empresario del poder de iniciativa económica con libertad para contratar trabajadores,

adaptarse a las necesidades del mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido y sancionar en última instancia.

Es en virtud de los poderes empresariales antes referidos, que se pierde el equilibrio en la relación entre particulares, pasando a desarrollarse esta relación en un ámbito de subordinación y dependencia, propia del derecho público y de las relaciones entre el Estado y un particular, -quizá por ello, en este ámbito, sea tan nítida la discusión de los derechos fundamentales, nacidos precisamente en un Estado de derecho como límite al poder estatal-, por lo que esta tensión es la que pasa a constituir el punto de partida para la colisión de los poderes empresariales y de los derechos fundamentales del trabajador.

Luego de lo razonado, es ineludible que el objeto de este juicio es determinar si fue justificado el accionar del empleador en el ejercicio de sus facultades legales –leer el respaldo de una conversación privada y luego utilizarla públicamente- o si esta vulneración al trabajador –inviolabilidad de toda comunicación privada- no es aceptable amparado en sus derechos fundamentales, esto es en aquellos derechos que por su trascendencia y jerarquía dentro del conjunto de los que son atribuidos a la persona, constituyen un núcleo central, esencial, que debe ser protegido de manera especial y fuerte frente al ataque de terceros.

Ante esta colisión de derechos, debe primero consultarse en la legislación nacional, si es que existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por vía de la subsunción. La verdad es que no existe tal norma, sólo podemos encontrar como referencia las normas dispersas que van conformando los poderes de dirección y disciplina referidos –artículo 12, 24, 153 y otras- y el inciso segundo del artículo quinto del Código del Trabajo que señala que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen 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 estos. A lo anterior debe sumarse el inciso final del artículo 154 del cuerpo legal citado a propósito de las menciones que obligatoriamente debe contener el reglamento interno de la empresa, que dispone que toda medida de control, sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la imparcialidad de la medida, para respetar la

dignidad del trabajador. 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 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 estándar 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 quienes se relacionó y cuanto 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 a 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 examen, necesariamente debe recordarse el dictamen N°260-2002 de la Dirección del Trabajo, el cual señaló, ejemplificando, que lo habitual es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, por mucho que la línea y el aparato mismo le pertenezcan; lo mismo es extensivo a otras dependencias físicas específicas y por cierto a otros medios de comunicación, donde debe comprenderse sin duda el uso del correo electrónico y del sistema messenger. Luego la conclusión inevitable es que para que pueda pretender enterarse del contenido de las conversaciones de sus trabajadores debe tratarse de situaciones muy justificadas y por tanto excepcionales. Una de ellas podría ser como ya se ha visto la protección de información confidencial y de las estrategias y secretos de la empresa.

Este mismo dictamen señala tajantemente que en ningún caso el empleador puede tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores –límite a los límites-, para a continuación señalar que excepcionalmente el empleador podría conocer los correos enviados desde el servidor de la empresa, pero siempre que se cumpla como requisito previo que ello sea regulado en el reglamento interno en forma expresa. Así en el reglamento interno debe regularse las condiciones, frecuencia y oportunidad del uso de estos medios electrónicos; en el mismo reglamento puede estatuirse que todos los correos –enviados del servidor- vayan con copia a la gerencia; finalmente que se regule el uso extraproductivo de los mismas herramientas proporcionadas por estos sistemas.

A su vez debemos recordar, en esta parte del análisis, el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, que dispone que toda medida de control, sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la imparcialidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

Vayamos a nuestro caso concreto. La prueba documental rendida, como ya se analizó, en ninguna parte ilustró a este juzgador en el sentido de que se haya establecido en el reglamento interno, que las conversaciones electrónicas de los trabajadores, efectuadas desde equipos computacionales de la empresa, serían respaldadas en archivos que convertirían esta información en pública. Si se hubiese establecido tal advertencia, quizá ello pudiese haber llegado a justificar la utilización contra el emisor de su información, ya que éste sabría desde antes que existe esa posibilidad y por lo mismo habría moldeado su actuar a tales exigencias. Es dable preguntarse entonces, si alguien podría pensar que la señorita Madrid Obregón, de haber sabido que existía tal advertencia en el reglamento interno ¿habría reproducido a su amiga ese mail de don Jorge León Navas, poniendo en riesgo su trabajo?, evidentemente que no. Y si emitió esa comunicación y tantas otras más, lo hizo, que duda cabe, en la confianza de que dicha conversación se mantendría en el ámbito de lo estrictamente privado. Ilustrador al respecto son los dichos de la misma afectada cuando afirma que en ese periodo ella vivía con Ema Pía –la receptora de la información- y que de haber querido hacer algo malo –traspasar información confidencial- sin que fuese conocido por sus jefes, podría perfectamente haber esperado que llegase el término de la jornada para luego en el hogar entregarle esa información; por el contrario si lo hizo a través de Messenger fue en la confianza de que nadie sabría de esta conversación porque entendía que era privada –de hecho se lee en el respectivo respaldo de la conversación que pide que esto no lo comente a nadie pues fue enviada exclusivamente a Matías y David R-. Conclusión de lo anterior, es que la actividad de don Jorge Godoy Frías, presenta un primer problema para auto justificarse, cual es el hecho de que si es que se quería ejercer ese control debía estar previsto en el reglamento interno y no lo estaba. Así no basta en este punto, el compromiso y lealtad mostrado hacia la empresa por don Francisco Omar Lagos Peralta, cuando señaló que en todos los trabajos estaría prohibido almacenar información personal dentro de los

equipos de la empresa y que a su juicio, la información personal pasa a ser pública cuando se deja en el disco duro de un computador, ya que a ella puede acceder cualquiera. Evidentemente el razonamiento vertido por él, pierde sustento frente a la interpretación ya efectuada por la Dirección del Trabajo y por lo demás, porque él no reconoce que un respaldo de una conversación por Messenger sigue dentro del ámbito de lo privado, toda vez que como se refirió no se ha manifestado consentimiento de hacerlo público y porque de una simple ojeada él y don Jorge Godoy Frías, como ambos lo reconocieron, pudieron ver en el encabezado, antes de revisar el contenido, que era una comunicación dirigida por doña María Natalia a doña Ema Pía. Lo prudente habría sido cerrar dicha comunicación y haber dado cuenta a su compañera de trabajo de que se había producido accidentalmente ese respaldo; o siendo desconfiados ¿qué fines se perseguían leyendo sus conversaciones?, pareciera que más allá del morbo que ello pudiese representar, finalmente se produjo una inaceptable desviación de la inocente lectura, pasando a constituirse en el fundamento de la desconfianza y la consecuente pérdida de la fuente laboral.

Luego la actividad del empleador, a través del señor Godoy Frías, no solo es cuestionable en la forma que se ha planteado, también en lo que sigue: luego de revisar el contenido de todas las conversaciones respaldadas de la señorita Madrid Obregón, sin su consentimiento, como se estableció no menos de 37 HOJAS, se determina utilizar éstas en su contra, según ellos por la gravedad de los hechos que contenían y que significaron una pérdida de confianza intolerable, en palabras de don Jorge Godoy Frías, ya que ellos tenían estrategias importantes que no podía ser desviadas a canales no autorizados, ya que ello les podría significar perder el contrato con su mandante, etcétera; no obstante y fundando supuestamente la causal invocada "entrega comprobada de *información confidencial* a personal profesional de Salfa por un conducto irregular", sólo se incorporó, como se estableciera en el considerando sexto, el correo extensamente descrito en el referido considerando, el cual a todas luces por su texto se trataba de una información ya enviada a Salfa Construcciones, así por lo demás quedó refrendado de la confesional de la señorita Madrid Obregón y del señor Godoy Frías. Luego la tal entrega de información confidencial a la fiscalizada no era tal, toda vez que Salfa ya contaba con dicha información, con lo cual es del todo irrelevante que se le envíe nuevamente. Con todo, para salvar esta situación, se

esbozó por los testigos Godoy Frías y Lagos Peralta que lo cuestionable era que esta información iba dirigida a la gerencia de la empresa Salfa y no a un mando medio; con lo cual surge la pregunta de si la demandada en verdad velaba por sus intereses o los de Salfa, ya que a lo más a ésta última pudiese serle desagradable tal filtración. A mayor abundamiento, el texto de la comunicación utilizada para fundar el despido, no refiere ninguna estrategia, ni ninguna información secreta y ni siquiera algo importante, sólo se trata de un correo en el cual se reiteran excusas fundadas en la divergencia existente en los puntos de vista de ambas empresas, las cuales son propias de una relación de trabajo, pero en nada demuestran una determinada línea de acción o de posibles consecuencias. Por lo anterior, *resulta desproporcionado que se haya decidido, pasar por alto que dicha información estaba contenida en un respaldo accidental de una conversación electrónica privada, para luego leerla completamente e invocarla como causa del despido, toda vez que la gravedad invocada en el supuesto actuar de la trabajadora y la necesidad de protección de la empresa frente a ello, no se condice de ningún modo con la protección esperable hacia la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.*

No es un obstáculo al razonamiento anterior, la proyección que efectúa el empleador, relativa a que quizá cuánta más información habrá comentado la trabajadora, toda vez que ha quedado demostrado que pudiendo acceder al respaldo de al menos 37 hojas de conversaciones privadas, la demandada no ha encontrado nada más que le mereciera la opinión de presentarla al juicio, con lo cual, como se señaló, la entrega de información confidencial, no ha sido más que aquello que refirió la trabajadora afectada "una conversación privada donde a modo de "cahuín" de chisme, se remitió dicho e-mail, no alcanzando en caso alguno los ribetes que ha querido mostrar la empresa. Por lo demás está pérdida de confianza alegada, por cierto que jamás podría fundar por sí misma el despido, toda vez nadie refirió que doña María Natalia haya estado contratada a través de la modalidad de cargo de exclusiva confianza de aquellos que refiere el inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo. Tampoco constituye un obstáculo la obligación de abstención de transmitir o traspasar información, contemplada en el reglamento interno, ni la alusión extensiva a la confidencialidad de la información hecha por la sociedad demandada en el mismo reglamento, toda vez que como ha quedado de manifiesto, es cuestionable que se pueda hablar de traspaso

de información cuando ya estaba entregada y que se pueda hablar de confidencial, cuando por el desarrollo temporal de los hechos ya no lo era, pero por sobre todo, porque la importancia invocada no era tal que justificase desconocer la protección de un derecho fundamental como lo es el de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y luego de ella el derecho a la intimidad.

Con lo razonado, este juez, como lo expresará en lo resolutivo, estima que el demandado no ha dado suficientes *fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad*, por lo que necesariamente deberá instarse por la protección del derecho fundamental del trabajador, materializando con ello lo tutela judicial efectiva del mandato contenido en el inciso primero del artículo quinto del Código del Trabajo, que ha dispuesto que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen 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 estos. La norma citada viene a ser sin duda, el correlato laboral, del principio de vinculación directa, contenido en el inciso segundo del artículo sexto de nuestra Constitución Política de la República, el cual dispone que sus preceptos –entre ellos los derechos y garantías reconocidos- obligan tanto a titulares como integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo. .

NOVENO: Determinación del monto de la indemnización sancionatoria.- Nuestro nuevo procedimiento de tutela ha venido a crear un cauce procesal para la protección de derechos no patrimoniales, vinculados, más que al intercambio de servicios por dinero, a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano. Con todo, frente al reconocimiento de lo complejo y agotadoras que pueden ser las relaciones entre particulares en el ámbito de la empresa, luego de destruida la comunidad de intereses, es que se ha privilegiado por sobre el reintegro laboral, lo cual sería lo único que dejaría verdaderamente indemne un despido vulneratorio, el establecimiento de una indemnización sancionatoria, que va de seis a once meses de la última remuneración mensual. Establecida la extensión del tramo por el legislador, corresponde al juez fijar en concreto el quantum de la sanción, donde éste en particular, tendrá en consideración, que la trabajadora perdió su empleo, a raíz de esta vulneración, a días de cumplir un año de servicio, lo que le habría significado una indemnización por tal concepto, correspondiente a una remuneración; luego lo determinante debe ser la

gravedad de la vulneración efectuada por el empleador, la que se determina a partir del derecho fundamental afectado, de la intensidad de afectación del mismo y de la conducta que haya tenido la sancionada en relación al debido respeto que se debe tener de este tipo de derechos; todo ello lleva a estimar que la sanción debe ser moderada, pero no el mínimo legal, como se expresará en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 6 inciso 2° y 3° y 19 N°4 y 5° de la Constitución Política de la República; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículos 1, 2, 3, 4, 5 a 11, 21, 22, 34, 35, 41, 42, 44, 54 a 58, 153, 154, 156, 160 N°7, 161, 162, 163, 168, 172, 173, 176, 178, 184, 415, 420, 423, 425 a 432, 434 a 438, 440 a 462 y 485 a 495 del Código del Trabajo; se resuelve:

Que se acoge la demanda interpuesta por doña María Natalia Madrid Obregón en contra de su ex empleadora Sociedad de Profesionales Kronos Ltda., representada legalmente por don Jorge Godoy Frías y en consecuencia se declara:

I.- Que el despido efectuado por Sociedad de Profesionales Kronos Ltda., ha sido consecuencia directa de la vulneración de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada que asistía a doña María Natalia Madrid Obregón.

II.- Dicho despido, en consecuencia, es vulneratorio de derechos fundamentales, por lo que la sociedad demandada deberá pagar a doña María Natalia Madrid Obregón las siguientes indemnizaciones:

a) \$864.100 por concepto de indemnización por omisión de aviso previo;

b) \$6.048.700 por concepto de indemnización sancionatoria, correspondiente a siete meses de la última remuneración mensual;

c) No se da lugar a las indemnizaciones del artículo 163 del Código del Trabajo y su respectiva recarga contemplada en el artículo 168 del mismo cuerpo legal, por no haber enterado la trabajadora un año de servicio.

III.- Las sumas antes señaladas deberán ser pagadas debidamente reajustadas y con intereses.

IV.- La sociedad vencida deberá, en un plazo prudencial que no exceda los próximos dos meses, incluir en su reglamento interno una regulación expresa relativa a las condiciones, frecuencia y oportunidad del uso de los medios de comunicación electrónicos que proporciona la empresa; definiendo, en específico, un procedimiento

para la revisión de los equipos y de la información que quede almacenada en carpetas y sitios no privados...”

Comentario

Esta acción está basada en que declare el despido de la actora como vulneratorio de derechos fundamentales y conforme a esto se estableciera su indemnización en conformidad al artículo 489 del Código del Trabajo.

En este caso el tribunal estimó que se produjo una grave violación al derecho fundamental de la inviolabilidad de la comunicación privada por parte del empleador, pues este habría tomado como fundamento para el despido de la parte afectada una conversación privada mantenida vía Messenger, conversación entre la actora y una funcionaria de una empresa fiscalizada por la empresa demandada. El fundamento del despido, se basó en la transmisión de información confidencial de la empresa demandada.

Este fallo consideró que tal despido tuvo como antecedentes la vulneración de derechos fundamentales de la empleadora en contra de la actora, pues vulneró el derecho a la inviolabilidad de la comunicación privada.

El tribunal consideró que pese a que la conversación quedó registrada en un respaldo en el computador de la empresa esa conversación sigue manteniendo el carácter de privado y así no da derecho para que un compañero indague esta plática, se la pase al empleador y este decida en base a ese informe despedir al trabajador.

Cabe decir que el empleador no respetó principios mínimos de adecuación, idoneidad y proporcionalidad en la adopción de medidas de control, que impidan la divulgación de información confidencial de la empresa, ni siquiera, esta medida, fue establecida en el reglamento interno de la empresa.

Por tanto el tribunal resolvió la condena de la demandante a las correspondientes indemnizaciones legales y a todo lo decidido en lo resolutivo del fallo.

4.4.3.2 Sentencia 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT T-12-2009.³⁴

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Inviolabilidad de la comunicación privada.

Fuentes legales: Artículo 19 nº 5 de la Constitución Política.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandante: Cristian Ernesto Gatsch Cordeiro.

Demandado: RedCapacita S.A.

Hechos: El día lunes 31 de agosto de 2009 don Cristian Ernesto Gatsch Cordeiro se presentó a trabajar de manera normal, y a medio día fue llamado por el gerente general de la empresa, quien le comunicó verbalmente y sin aviso previo que estaba despedido, no señaló el motivo de tal decisión, ni entregó carta de despido ni certificado del estado de las cotizaciones correspondientes. Es así como al día siguiente de producido el despido verbal fueron dadas instrucciones para que el correo electrónico que se enviara a su casilla personal fuera reenviado al correo electrónico del gerente de la empresa, situación que producida con ocasión del despido vulnera flagrantemente el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas puesto que aunque aquella dirección de correo fuera para desarrollar las funciones laborales, el correo enviado a ella sigue siendo de carácter personal y privado, comprendiéndose dentro de la garantía constitucional del número 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Jurisprudencia: “...**OCTAVO:** Que entre las partes se encuentra controvertido la fecha en que se habría iniciado la relación laboral que ha existido entre ellas, conflicto que será resuelto a la luz de la Teoría de los Actos Propios, conforme a la cual quien por medio de diversos actos manifiesta una clara posición jurídica frente a determinados hechos no puede posteriormente desconocer dicho obrar y los alcances del mismo, porque resulta atentatorio a la buena fe con que se deben ejecutar los contratos.

En el caso del demandante durante diversos años estuvo emitiendo boletas de honorarios a nombre de Redcapacita S.A. a fin de obtener el pago de los servicios que le prestaba desde el año 2000 (el mismo las acompañó en parte de prueba), después

³⁴ Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

en el año 2005 suscribe un contrato donde expresamente se consigna que la relación laboral se ha iniciado en noviembre del 2005, y además la demandada acompañó dos anexos de contrato de trabajo suscritos por el actor con fecha 01 de marzo y 01 de agosto de 2006, en lo que también expresamente se deja constancia que la relación laboral se inició el 02 de noviembre de 2005, lo que demuestra claramente la posición jurídica del actor frente a tal aspecto, debiendo considerarse además la calidad de abogado del demandante, como lo ha señalado en el mismo libelo de la demanda, de manera que en ningún caso puede alegar ignorancia de los alcances y efectos de los referidos actos sobre el tiempo en que ha estado vigente el contrato de trabajo.

De esta manera se tendrá como un hecho de la causa que el vínculo laboral existente entre las partes se inició el 02 de noviembre de 2005...”

DÉCIMO SÉPTIMO: Que finalmente corresponde analizar si se ha afectado alguno de los derechos fundamentales invocados por el actor con ocasión de la acción de tutela ejercida en el proceso, debiendo tenerse presente que el procedimiento de tutela laboral tiene por objeto el conocimiento de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores a que se refiere el artículo 485 del Código del Trabajo, siempre que dicha vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, y cuando la afectación se produzca en el ejercicio de las facultades del empleador.

A su vez el inciso final del artículo 486 del Código del Trabajo dispone que la denuncia deberá interponerse dentro de los 60 días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales, plazo que se suspenderá en la forma referida en el artículo 168 del mismo texto legal...”

DÉCIMO NOVENO: Que respecto a la garantía de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada cabe considerar que de acuerdo a la confesión prestada por el representante de la demandada y lo declarado por los testigos que tienen la calidad de trabajadores de la empresa, se establece que tan pronto el demandante fue despedido se determinó que los correos electrónicos recibidos en la casilla que la empresa le había proveído al trabajador fueran reenviados a un conjunto de trabajadores, situación que se mantuvo por varios días.

La empleadora justifica tal actuar en la circunstancia de que el correo electrónico que tenía el demandante en la empresa se utilizaba para comunicarse con los clientes, de manera que de no adoptar tal medida se hubiese afectado la atención a dichos clientes y consecuentemente al servicio que la empresa presta.

VIGÉSIMO: Que el empleador con ocasión de su poder de dirección dentro de la empresa puede afectar o limitar algunos de los derechos fundamentales de los trabajadores resguardados por este procedimiento tutela, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos, conforme lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo. Estos son la existencia de una justificación o motivo que sea suficiente; la medida no debe ser arbitraria o desproporcionada; no debe afectarse el contenido esencial del derecho; y no debe tratarse de una represalia (El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales de Sergio Gamonal contreras, Editorial LegalPublishing, Edición 2008).

Si bien conforme lo expuesto por la empleadora se puede establecer la necesidad de la medida, el tribunal considera que en la forma en que se materializó ha afectado el contenido esencial del derecho fundamental señalado, desde el momento en que al trabajador no se le comunicó no solo que se intervendría el correo electrónico que utilizaba en la empresa, sino que tampoco que se procedería a la eliminación de todo correo que no tuviera relación con la actividad de la empresa. Para materializar esto último don José Gallardo revisaba el contenido de los correos, según reconocimiento hecho al declarar como testigo, discriminando en forma arbitraria los que no tenían importancia para la empresa para proceder a su destrucción, lo que hizo por instrucciones de don Jorge Barraza.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que el correo electrónico es un medio de comunicación moderno que se caracteriza por la posibilidad de poder enviar y recibir todo tipo de información de manera remota a través de internet, para lo cual se utiliza una casilla que puede ser controlada por su titular sólo respecto de los correos enviados, no así respecto de los recibidos, y entonces si la casilla que utilizaba el actor había sido proporcionada por la empresa para su utilización exclusiva, era deber del trabajador usarla para envías sólo correos relacionados con la actividad de la empresa, como lo exige la letra k) del artículo 31 del Reglamento Interno, pero respecto de los correos recibidos el actor no podía evitar que algunos de ellos fueran sólo de interés particular suyo.

Así entonces la empleadora demandada debió haber adoptado ciertas medidas de resguardo al derecho consagrado en el artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República, ya sea comunicando al trabajador la intervención de su correo electrónico para que adoptara las medidas de resguardo que estimara pertinentes, o bien por último haber respaldado aquellos correos que no tenían relación con la actividad de la empresa, para poder entregárselos al actor a fin de que pudiera revisarlos y determinar por su voluntad el destino de los mismos, toda vez que al ser dirigidos hacia su persona son de su propiedad.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que en este caso estamos frente a una afectación al mencionado derecho fundamental que se produce con ocasión del despido del demandante, de manera que se acogerá la demanda en cuanto persigue el pago de las indemnizaciones consagradas en el inciso 3° del artículo 489 del Código del Trabajo, por los montos establecidos en la parte resolutive del presente fallo.

Y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 19, 1437, 1545, 1560 del Código Civil; 7, 8, 9, 10, 11, 41, 67, 73, 16, 162, 163, 168, 172, 432, 446, 454, 456, 459, 485, 486, 487, 490 del Código del Trabajo; 1, 6 y 19 de la Constitución Política de la República de Chile, se resuelve:

I.- Que ha lugar a la objeción deducida por la demandante respecto de la copia de boleta de honorarios electrónica acompañada por la demandada por no haber sido obtenida en forma lícita, sin costas.

II.- Que ha lugar a la demanda deducida en lo principal de la presentación de fecha 15 de septiembre de 2009, declarándose que con ocasión del despido verbal efectuado por la empresa RedCapacita S.A con fecha 31 de agosto de 2009 respecto del trabajador Cristian Ernesto Gatsch Cordeiro se afectó su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas consagrado en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República...”

Comentario

En este caso el actor es despedido de una empresa, pero sus correos electrónicos fueron reenviados al correo del gerente de la empresa. Esta situación vulnera

flagrantemente el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, vulneración que se produce con ocasión del despido.

En esta situación la parte empleadora no tuvo el suficiente tino de guardar la información ni entregársela al actor o enviársela.

Más allá que el uso de correos electrónicos, fueren proporcionados por la empresa con fines exclusivamente laborales. A estos correos muchas veces llega información personal más allá de un uso exclusivamente laboral.

En este punto entra en juego nuevamente lo que es el poder de dirección y mando del empleador con el derecho a la intimidad del trabajador a mantener conversaciones privadas.

En este caso específico el hecho que el empleador no tomara las medidas adecuadas y devolviese esa información secreta al actor, hizo que el tribunal aceptase esa demanda de tutela, demanda que fue fallada favorablemente y cuyo contenido esta en el texto de la sentencia.

4.4.4 La libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias religiosas y el ejercicio de todos los cultos.

4.4.4.1 Sentencia Tribunal Constitucional de España. ROL 38/2007.

Materia: Cuestión de inconstitucionalidad. Libertad de religión.

Fuentes legales: Artículo 16 de la Constitución Española.

Antecedentes: Presentación de cuestión de inconstitucionalidad por el Presidente de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Hechos: Doña M.C.G.M. había venido prestando servicios como profesora de religión (educación infantil y primaria), a propuesta del Obispo de Canarias, en diversos centros escolares públicos, desde el curso académico 1990/1991. En octubre del año 2000 se le comunicó que no se le formalizaría nuevo contrato, por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado. La Sra. G.M. interpuso ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria

demanda de tutela de derechos fundamentales contra el Ministerio de Educación y Ciencia, la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Obispado de Canarias. Se invocaba la lesión del principio de igualdad y del derecho a la intimidad personal, la libertad de religión.

Jurisprudencia: “...En este punto es de recordar que el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues también comporta una dimensión externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa (LOLR) y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del art. 2 LOLR, según el cual “[p]ara la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar... la formación religiosa en centros docentes públicos...”

“...El derecho de libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado implican que la impartición de la enseñanza religiosa asumida por el Estado en el marco de su deber de cooperación con las confesiones religiosas se realice por las personas que las confesiones consideren cualificadas para ello y con el contenido dogmático por ellas decidido. Sin embargo, por más que haya de respetarse la libertad de criterio de las confesiones a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas y los criterios con arreglo a los cuales determinen la concurrencia de la cualificación necesaria para la contratación de una persona como profesor de su doctrina, tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el art. 16 CE ni en ningún otro precepto de la Constitución, pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional...”

“...En realidad, el eventual conflicto con la Constitución del sistema considerado se produciría por la vulneración únicamente del art. 14 CE, en relación con los arts. 9.3 y 103.3 CE, al tratarse de contratos laborales, en los que, como ha declarado en diversas ocasiones este Tribunal, no se aplica el art. 23.2 CE (por todas, SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; y 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2), y constituir la religión uno de los motivos de discriminación expresamente vedados por el art. 14 CE. Por ello, el análisis de la cuestión planteada habrá de llevarse a cabo conforme a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE, recordando a este respecto que su vulneración “la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (por todas, SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 5; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4)” (STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)...”

“...Se trataría así de determinar si la contratación laboral por las Administraciones educativas de los profesores de religión, al venir condicionada por la previa declaración eclesiástica de idoneidad, vulneraría el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, discriminando a los posibles candidatos en función de criterios religiosos...”³⁵

Comentario

En este caso a la actora (profesora infantil y primaria de religión) no se le renovó el contrato de trabajo por mantener una relación con una persona distinta con la cual había estado casada.

³⁵ Ver texto completo en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9199>

En este fallo del Tribunal Constitucional español se analiza lo que significa la libertad religiosa, tanto lo referido a la esfera individual como la externa. En cuanto a la libertad individual esta consiste en manifestar libremente los credos religiosos. En relación a la libertad religiosa externa se consagra que las instituciones religiosas tengan sus centros de enseñanza y que estos contraten a profesionales que las confesiones consideren adecuados al contenido dogmático de sus credos. Asimismo, estas instituciones podrán determinar el contenido de sus enseñanzas.

Es en este punto en que la libertad de contratar al personal adecuado tiene su límite como todo derecho, no es absoluto, pues deben primar principios básicos en el orden público constitucional.

En este fallo se estaría vulnerando un principio de la igualdad garantizado en el artículo 14 de la C.E., pues esta desigualdad se produce cuando se introducen diferencias arbitrarias a situaciones que son iguales y esta discriminación carece de una justificación objetiva y razonable pues se debe exigir que ante iguales supuestos de hecho se apliquen iguales soluciones jurídicas.

En este caso se trata de la siguiente interrogante ¿hasta qué punto las facultades de la congregación religiosa puede elegir a trabajadores que se adecuen a sus credos sin vulneran el principio de la igualdad?

Personalmente sostenemos que se vulnera el acceso al empleo ya que en este caso no se toma en cuenta condiciones de igualdad pasando a llevar principios de merito y capacidad.

4.4.5 La libertad de emitir opinión y la de informar sin cesura previa.

4.4.5.1 Sentencia Tribunal Constitucional de España. ROL 020-2002.

Materia: Recurso de amparo. Libertad de expresión.

Fuentes legales: Artículo 20.1.a de la Constitución Española.

Antecedentes: Presentación de recurso de amparo, por vulneración del art. 20.1.a Constitución Española. (Libertad de expresión)

Hechos: El recurrente presenta en primera instancia demanda por despido nulo o improcedente aduciendo que se le había despedido de la empresa como consecuencia del ejercicio de su legítimo derecho a discrepar con las autoridades de la empresa al emitir opiniones críticas en contra de ellas. La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid. Frente a la anterior resolución judicial la parte actora interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso que fue rechazado. Contra la anterior Sentencia, el recurrente interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Por último interpone el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Jurisprudencia: “...invoca el actor la vulneración de su derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE) alegando que las manifestaciones críticas dirigidas al presidente de Argentaria, S. A., en un foro ajeno al trabajo se convirtieron en el único elemento justificante de su despido. Siendo esta la pretensión de la demanda de amparo nos corresponde, como Tribunal de garantía o tutela de los derechos fundamentales, efectuar la ponderación del derecho que el recurrente estima vulnerado y de las circunstancias concurrentes en su ejercicio, al objeto de determinar si tuvo lugar dentro de su ámbito legítimo, constitucionalmente protegido frente al poder disciplinario empresarial, y si las limitaciones establecidas por los órganos judiciales están constitucionalmente justificadas (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4; y 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2). Y aunque, en principio, tal ponderación deben hacerla los órganos judiciales, nuestro enjuiciamiento, cuando de la infracción de derechos fundamentales sustantivos se trata, no se limita a examinar la razonabilidad de la motivación de las Sentencias objeto de impugnación (SSTC 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 134/1999, de 15 de julio FJ 2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 112/2000, de 7 de junio, FJ 5; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; y 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3), sino que alcanza a comprobar si se ha realizado una ponderación adecuada «que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental aquí en juego y de las obligaciones que puedan modularlo. Juicio que permitirá determinar, a la luz de las concretas circunstancias del caso, si la reacción empresarial que condujo al despido es legítima o, por el contrario, el trabajador fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en

cuyo caso ``el despido no podría dejar de calificarse como nulo" (STC 6/1988, FJ 4, con cita de la STC 8/1985, FJ 4)» (STC 106/1996, de 12 de junio, FJ 5). Hemos de examinar, en consecuencia, si en el presente caso el recurrente en amparo hizo un uso legítimo de su derecho fundamental de libre expresión al emitir sus críticas contra el presidente de Argentaria, S. A., durante la celebración de la Junta General de Accionistas, en cuyo caso, la sanción de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual habría vulnerado aquel derecho fundamental y también las Sentencias impugnadas en la medida en que no repararon la lesión, o si, por el contrario, sus manifestaciones fueron inapropiadas, en la forma o en el fondo, excediendo los límites constitucionalmente admisibles, y, en su consecuencia, fue proporcionada y adecuada la medida disciplinaria adoptada por la empresa...”

“...según jurisprudencia consolidada, el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues «así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ``sociedad democrática" (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, [Fuentes Bobo c. España], § 43). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1.a CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4)...”

“...Pues bien, planteándose nuevamente ante este Tribunal la cuestión relativa a la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión frente al ejercicio del poder disciplinario empresarial en el seno de una relación de trabajo, se hace preciso recordar que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la

privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3, con cita de la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2). Es cierto que tanto el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), como el derecho a la información (art. 20.1.d CE), revisten matices específicos cuando su ejercicio se realiza en el ámbito de la relación laboral, pues la buena fe o la especial confianza recíproca entre el trabajador y el empresario inherente al vínculo contractual que les une actúa como límite adicional a ese ejercicio. Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la relación contractual laboral genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (SSTC 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4). Sin embargo, esto no significa que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 2; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4). Por este motivo, es preciso que en casos como el presente, los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de éstos en el Ordenamiento jurídico, en cuanto «proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona» (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (SSTC 6/1982, de 21 de enero, FJ 8; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12

de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 7; y 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3, entre otras)..."

"...Hemos dicho que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el art. 20.1.a CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6). Y hemos distinguido entre «personaje público», categoría reservada únicamente a todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, y «personajes con notoriedad pública» (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7; y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7)..."

"...el derecho de libre expresión no permite que la crítica pueda ir acompañada de expresiones formalmente injuriosas o que se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación resulte innecesaria para hacer uso de ese derecho de participación social, pues, pese a la notoriedad pública de la persona frente a la que se dirige la crítica u opinión o revelación adversa, que puede alcanzar una mayor intensidad que la dirigida frente a aquellas personas privadas sin vocación ni proyección pública, aquélla, como es obvio, no carece de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE (SSTC 11/2000, de 18 de febrero, FJ 8; 21/2000, de 31 de enero, FJ 6; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 148/2001, de 27 de junio, FJ 6; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 6). Lo que no implica que se pueda silenciar o recriminar a quienes emiten sus opiniones, comentarios o críticas sobre su actuación gestora, dentro de los límites del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión..."³⁶

³⁶ Ver texto completo en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7747>

Comentario

En esta sentencia que comentamos a continuación, se analiza el derecho a la libertad de expresión, que se ha planteado ante el Tribunal Constitucional de España, a través de un recurso de amparo, presentado por un trabajador en relación a que este fue despedido con motivo de unas críticas que realizó este, en una reunión de directorio, en contra del presidente del mismo.

En atención a estos hechos el Tribunal Constitucional Español analiza la cuestión relativa a la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión frente al ejercicio disciplinario empresarial en el seno de la relación laboral. De esta manera se analiza y se precisa que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para alguna de las partes, en este caso el trabajador, los derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos.

Se ha dicho por el Tribunal Constitucional que la relación contractual laboral genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieron ser legítimos no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación laboral dado que todo derecho debe ejercitarse conforme a la buena fe. Sin embargo esto no significa que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés del empresario. Es así como los tribunales deben preservar el equilibrio entre las obligaciones del trabajador derivados del contrato de trabajo y que el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, ya que por la preeminencia de estos derechos y libertades en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible, proporcionada y adecuada para el logro de los intereses empresariales.

En relación a la libertad de expresión el Tribunal Constitucional ha dicho que cuando se ejercita la libertad de expresión, los límites permisibles a la crítica son más amplios se esta se refiere a personas que por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades, ya que en un sistema inspirado en valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo con relevancia pública. El derecho a la libre expresión no permite que las críticas

puedan ir acompañadas de expresiones injuriosas o que se refieran a cuestiones cuya divulgación resulte innecesaria para hacer uso de su derecho de participación social, pues pese a la notoriedad pública de las personas frente a quien se dirigen las críticas, que puede alcanzar una mayor intensidad que la dirigida frente a personas privadas, aquella no carece de los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, frente a las opiniones críticas o informaciones lesivas. Lo que no implica que se pueda silenciar o recriminar a quienes emiten opiniones o críticas sobre actuaciones gestoras del empleador, dentro de los límites del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión

4.4.6 La libertad de trabajo y su protección y el derecho a su libre elección.

4.4.6.1 Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe. RIT T-12-2009.³⁷

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Libertad de trabajo y su protección.

Fuentes legales: Artículo 19 n° 1 y 16 de la Constitución Política.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandante: Jonathan Isaac Bustamante Salazar.

Demandado: Best Select Chile S.A. y solidariamente a Sodimac S.A.

Hechos: Comparece don Jonathan Isaac Bustamante Salazar, trabajador, quien interpone demanda en procedimiento de tutela laboral por despido lesivo de derechos fundamentales en contra de su ex empleador, la empresa Best Select Chile S.A. y en contra del responsable solidario, la empresa propietaria del establecimiento, Sodimac S.A. En relación con los argumentos sobre injustificación del despido y hechos violatorios de derechos fundamentales, el demandante indica que, desde que fue contratado, se desempeñó como vendedor de pinturas Renner para la empresa Best Select S.A., dentro del establecimiento de la empresa Sodimac S.A. de la ciudad de San Felipe y que mientras prestaba sus servicios, comenzó a ser hostigado persistentemente por el gerente de la sucursal, exigiéndole que se cortara el pelo,

³⁷ Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

porque su peinado no estaba acorde con la imagen de la empresa. Dicha conducta lesiva y humillante a su dignidad fue persistente y se mantuvo durante bastante tiempo, pero, a la larga, se vio obligado a acatar la orden del gerente de la sucursal, como una forma de mantener su trabajo. Luego de esto, estuvo tranquilo más o menos un mes; sin embargo, dicho gerente comenzó nuevamente a hostigarlo por su cabello, no obstante que se lo había cortado; ahora, manifestaba que no le gustaba que usara gel en su peinado, quien hacía sus manifestaciones hostiles frente al público y los demás trabajadores. En otra oportunidad, mientras estaba trabajando, se le ordenó por el subgerente de la sucursal que saliera de su puesto de trabajo, que no volviera a la tienda porque no quería que siguiera trabajando, dando instrucciones a los guardias para que no le permitieran ingresar al establecimiento, todo lo cual sucedió sin estar despedido por su empleadora. Que, ante tal situación, puso la correspondiente denuncia en la Inspección del Trabajo de la ciudad de San Felipe. La empresa Sodimac S.A. al enterarse que había concurrido a la Inspección del Trabajo, dio instrucciones a la empresa empleadora y subcontratista para que lo despidieran por necesidades de la empresa, conforme al artículo 161 del Código del Trabajo.

Jurisprudencia: “...**DECIMOTERCERO:** Que los hechos establecidos en el considerando anterior, permiten a este sentenciador concluir que la empresa Sodimac SA, a través del gerente del establecimiento Homecenter de la ciudad de San Felipe, don Gabriel Salinas Artuso, como asimismo por intermedio de su subgerente Patricio Morales Colipe y del jefe de la sección de pinturas César Cortez Cortez, ejerció facultades propias del empleador Best Select Chile SA, respecto del demandante Jonathan Bustamante Salazar, ya que durante la vigencia de la relación laboral existente entre Best Select Chile SA y el trabajador Jonathan Bustamante Salazar, se arrogó facultades propias del empleador, en este caso, el poder de dirección o potestad de mando, emitiendo órdenes e instrucciones para ser cumplidas por el demandante, fijando normas y directrices que legalmente no le correspondían. En efecto, ordenó al demandante que se cortara el pelo, que cambiara de peinado, en frente de sus compañeros de trabajo y de clientes, condicionándolo, para el caso que no cumpliera lo ordenado, con solicitar cambio de promotor, sin ser el empleador del demandante y no existiendo cláusula contractual o reglamento interno de orden, higiene y seguridad que obligara al demandante con Sodimac SA; además no le

permitió seguir desarrollando sus labores, ya que le ordenó que saliera de su puesto de trabajo, incluso sacándolo del propio establecimiento Homecenter de San Felipe, indicándole que ya no era personal externo de la tienda, dándole instrucciones a los guardias para que impidieran su ingreso al establecimiento Homecenter de San Felipe; todo ello, estando aún vigente la relación laboral entre el demandante y la empresa Best Select Chile SA. Sin embargo, a pesar de las acciones directas ejercidas por la empresa Sodimac SA respecto del demandante, en los términos antes descritos, debe considerarse que las mismas fueron ejercidas fuera de una relación laboral, por lo que no se cumple con el requisito establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo; y, asimismo, debe considerarse que en este caso la acción de tutela laboral se funda en la vulneración de derechos fundamentales producida con ocasión del despido, lo que hace improcedente la acción de tutela laboral entablada en contra de Sodimac SA, por lo que la demanda de tutela laboral será rechazada a su respecto.

DECIMOCUARTO: Que, sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, los hechos consignados en el motivo duodécimo de este fallo, permiten a este sentenciador establecer que la empleadora Best Select Chile SA, tomó conocimiento de la situación que afectaba a su trabajador Jonathan Bustamante Salazar por intermedio de la supervisora Katherin Gaya Massenet el día 14 de mayo del año 2.009, estando vigente la relación laboral con el demandante, en la reunión que sostuvo con el demandante y el supervisor de pinturas Renner Cristian Silva en las dependencias del Homecenter de San Felipe, específicamente se enteró que personal de la empresa Sodimac SA había obligado a salir al demandante de su puesto de trabajo en la tienda, impidiéndole desarrollar sus labores en la tienda, señalándole que ya no era personal externo de la tienda, dándole instrucciones a los guardias para que impidieran su ingreso al establecimiento Homecenter de San Felipe, como asimismo supo que Sodimac SA había estado exigiendo al demandante que se cortara el pelo, que cambiara de peinado sin que existiera cláusula contractual o reglamento interno de orden, higiene y seguridad que obligara al demandante con Sodimac SA, ejerciendo esta última empresa ilegítimamente facultades propias del empleador. En este orden de ideas, la empresa Best Select Chile SA, al proceder a despedir a su trabajador Jonathan Bustamante Salazar el día 15 de mayo del año 2.009, no cumplió con la obligación que

pesa sobre todo empleador, establecida en el artículo 184 del Código del Trabajo, consistente en otorgar protección a sus trabajadores, adoptando todas las medidas necesarias para proteger eficazmente, en este caso, la salud del demandante, entendida como “el estado completo de bienestar físico, psíquico y social de una persona y no sólo como la ausencia de afecciones y enfermedades”, según la definición dada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Por lo tanto, el empleador Best Select Chile SA, al ejercer la facultad de despedir trabajadores, en este caso al demandante, afectó el derecho fundamental del trabajador Jonathan Bustamante Salazar consagrado en el artículo 19 N° 1 inciso primero de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas el derecho a la integridad psíquica de la persona, sin justificación suficiente y sin respeto a su contenido esencial, produciendo en el demandante aflicción y pesar, lo que se manifestó en el momento en un estado de angustia y perturbación anímica según da cuenta la pericia psicológica de la demandante, produciéndose una afectación en su integridad psíquica, lesionando dicho derecho fundamental. Asimismo, la empresa Best Select Chile SA, al proceder al ejercicio de la facultad de despedir trabajadores respecto del demandante, vulneró el derecho fundamental del trabajador Jonathan Bustamante Salazar consagrado en el artículo 19 N° 16 inciso primero de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, entendida como el derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícito, es decir, no prohibidos por la ley, pues si bien fundó el despido del actor en la causal de necesidades de la empresa, dadas por los cambios en las condiciones del mercado, contemplada en el artículo 161 del Código del Trabajo, resultó acreditado que el despido del actor se debió exclusivamente a la solicitud que le efectuó directamente la empresa Sodimac SA, con quien no se encontraba unida por vínculo contractual alguno, impidiéndole a su trabajador, sin justificación suficiente, ejercer su labor, sin protegerlo de las acciones que realizó la empresa Sodimac SA producto del ejercicio de facultades propias del empleador que no le correspondían, lesionando el referido derecho fundamental, sin justificación suficiente y sin respeto a su contenido esencial. En consecuencia, procede acoger la acción de tutela laboral impetrada y declarar que el empleador Best Select Chile S.A., ha lesionado los derechos

fundamentales del actor, prevenidos en los números 1 inciso primero y 16 inciso primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, con ocasión del despido.

DECIMOQUINTO: Que, sin perjuicio de lo expuesto en la consideración precedente, en la especie, no se vislumbra que la motivación de la decisión del empleador Best Select Chile SA, de despedir al actor Jonathan Bustamante Salazar, haya sido a alguno de los actos discriminatorios señalados en el artículo 2° del Código del Trabajo, por lo que, a juicio de este sentenciador, no se configura la hipótesis del despido con discriminación grave alegado por la parte demandante.

DECIMOSEXTO: Que, en lo que dice relación con el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, esto es, "el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia", la parte demandante no indicó en su demanda como el ejercicio de la facultad de despedir al actor, por parte del empleador Best Select Chile SA, lesionó este derecho fundamental del demandante Jonathan Bustamante Salazar, lo que impide a este sentenciador formarse convicción a este respecto.

DECIMOSEPTIMO: Que, en lo que dice relación con la vulneración de la garantía de indemnidad alegada por la parte demandante, este sentenciador estima que no resultó acreditado que la decisión del despido del actor por parte de su empleador Best Select Chile SA, haya constituido una represalia en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, en este caso, a través de la Inspección Provincial del Trabajo de San Felipe, llevada a cabo como consecuencia de la denuncia realizada por el actor el día 14 de mayo del año 2.009.

DECIMOCTAVO: Que, habiéndose tenido por acreditado que, con ocasión del despido, el empleador Best Select Chile S.A., lesionó los derechos fundamentales del actor, prevenidos en el número 1 inciso primero y número 16 inciso primero, ambos del artículo 19 de la Constitución Política de la República, procede dar lugar al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo.

DECIMONOVENO: Asimismo, procede dar lugar a una indemnización adicional, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual del trabajador afectado. Que, dentro del tramo legal, corresponde al juez fijar el quantum de esta indemnización, para cuyo fin se

tendrá en consideración la gravedad de la vulneración efectuada por el empleador, la que se determina a partir de los derechos fundamentales afectados, la entidad de afectación de los mismos y principalmente el quebranto moral que ha sufrido el actor. Debido a lo expuesto, se fijará una indemnización adicional ascendente a nueve meses de la última remuneración mensual del demandante.

VIGESIMO: Que, estimando este sentenciador que la indemnización adicional a que se ha hecho referencia en la consideración precedente fue precisamente establecida por nuestro legislador a fin de fijar un marco dentro del cual el juez evaluara los daños producidos, especialmente el moral, estableciéndose en consecuencia un sistema tarifado de indemnización del daño producido por el despido vulneratorio de derechos, no se hará lugar a lo demandado por concepto de indemnización por daño moral...”

VIGESIMONOVENO: Que atendido que se acoge la acción principal interpuesta, se omite pronunciamiento acerca de la acción subsidiaria de despido injustificado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 19 N° 1 inciso primero y N° 16 inciso primero de la Constitución Política de la República; artículos 1, 3, 5, 7, 41, 42, 63, 73, 172, 173, 183-A, 432 y siguientes, 485 y siguientes, 506 y demás normas pertinentes del Código del Trabajo, se declara:

I.- Que, se acoge la demanda de tutela de laboral por despido lesivo de derechos fundamentales, impetrada por don Jonathan Isaac Bustamante Salazar, sólo en cuanto se declara que la demandada principal Best Select Chile S.A., ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, prevenidos en el N° 1 inciso primero y en el N° 16 inciso primero, ambos del artículo 19 de la Constitución Política de la República, con ocasión del despido...”

Comentario

En el presente caso en comento se analiza el derecho a la libertad de trabajo y la integridad psíquica del trabajador.

Es así como en este caso un trabajador demanda a su empleador por la vulneración de sus derechos fundamentales de la libertad de trabajo y la integridad psíquica. Los

hechos en que se funda la demanda se basa en que el empleador, comenzó a hostigar al trabajador exigiéndole que se cortara el pelo, ya que este lo usaba largo. Esta conducta del empleador fue persistente, incluso llegó a increpar y ridiculizar al trabajador ante sus compañeros de trabajo y ante el público. El trabajador después de un tiempo cumplió con la solicitud del empleador, para mantener su trabajo, pero el hostigamiento siguió hasta que el trabajador fue separado de sus labores y se le prohibió la entrada a su lugar de trabajo.

El tribunal en atención a la prueba rendida ha dejado establecido que el empleador ha vulnerado el derecho a la integridad psíquica del artículo 19 n° 1 de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho a la integridad psíquica de la persona sin justificación suficiente y sin respeto a su contenido esencial, produciéndose en el demandante una aflicción y pesar, lo que se manifestó en el estado de angustia y perturbación anímica. Asimismo la empresa demandada, al proceder al ejercicio de la facultad de despedir al trabajador, vulneró el derecho fundamental del mismo, consagrado en el artículo n° 16 inciso primero de la Constitución, que asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección entendida como el derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícito, es decir, no prohibidos por la ley, pues si funda el despido del actor en la causal de necesidades de la empresa, se acreditó por el demandante que el despido se debió exclusivamente a la solicitud que efectuó directamente la empresa mandante, con quien el trabajador no se encontraba unida por vínculo contractual, impidiéndole sin justificación suficiente ejercer sus labores, no prestándole la protección por las acciones de su mandante, lesionando el referido derecho fundamental sin justificación suficiente y sin respeto a su contenido esencial.

De esta manera el juez del trabajo dió por acreditado la vulneración de los referidos derechos y procedió a condenar al demandado a las correspondientes indemnizaciones legales.

4.4.6.2 Sentencia 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT T-91-2010.³⁸

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Libertad de Trabajo.

Fuentes legales: Artículo 19 nº 16 de la Constitución Política.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandante: María Cristina Calderón Pérez.

Demandado: Ilustre Municipalidad de Independencia.

Hechos: Comparece doña María Cristina Calderón Pérez, interponiendo demanda en procedimiento de tutela por vulneración de garantías constitucionales en contra de Ilustre Municipalidad de Independencia. Señala que desde marzo de 1991 comenzó a prestar servicios en el establecimiento educacional "Liceo Rosa Ester Alessandri Rodríguez" de la comuna misma comuna y que es titular de 30 horas como docente de aula para ejecutar las asignaturas de Física y Matemáticas. El 19 de noviembre de 2009 se le notificó que se le instruye una investigación sumaria, por presunto hostigamiento y persecución a una alumna del establecimiento educacional en el que prestaba servicios, la que habría comenzado por denuncia escrita formulada por la madre y apoderado de la alumna. Luego de este hecho, se le notifica de su traslado al establecimiento educacional "Liceo Presidente Balmaceda" y se le señala que solo se le respetarían sus horas titulares perdiendo las que tenía en calidad de extensión y para realizar la asignatura de Física. El 12 de enero de 2010, fue citada por el Fiscal que instruye la investigación sumaria quien, le hizo preguntas respecto de las supuestas persecuciones a la alumna. De todo esto la demandante concluye que la investigación sumaria así como el traslado de establecimiento que ha sufrido, resultan ser una sanción a su persona en atención a que supuestamente sería la responsable de una persecución en contra de esta alumna por lo que se han violentado sus derechos fundamentales, específicamente a su libertad de trabajo y también por haber existido discriminación

Jurisprudencia: "...SEXTO: Que la demandante ha alegado la existencia de vulneración a sus derechos fundamentales durante la relación laboral, respecto a la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República, esto es, "*La libertad de trabajo y su protección*", y aduce la

³⁸ Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

existencia de actos discriminatorios en conformidad a lo establecido en el artículo 2 del Código del Trabajo.

SEPTIMO: Que, en cuanto al *“onus probandi”* el artículo 493 del Código del Trabajo establece *“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido una vulneración, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcional.”*

Que dicho artículo introdujo una reducción probatoria, consistente en la obligación del trabajador de presentar indicios suficientes de la vulneración de garantías fundamentales que alega. Esta técnica, de alivio o rebaja probatoria, no implica inversión de la carga probatoria, ya que no es suficiente la sola alegación de una lesión a un derecho fundamental, para que se traslade al empleador la carga probatoria, sino que ella consiste en aliviar la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de la conducta lesiva, esto es, acredite hechos que generen la sospecha fundada, razonable, en orden a la existencia de la lesión que alega...”;

DECIMO: Que en esta materia esta sentenciadora concuerda con lo planteado por la Dirección del Trabajo en su ordinario N°0374/005 en cuanto a que “la configuración de determinados tipos discriminatorios suponen una valoración jurídico-filosófica de determinadas situaciones que atentan contra la propia dignidad humana (al descalificarlo perjudicialmente por razones meramente personales e irrelevantes al momento de evaluar la capacidad o idoneidad del trabajador); una reacción a ciertos fenómenos sociales preexistentes y muy arraigados de marginación y exclusión social, sea de individuos o de grupos en función de sus características singulares. Las situaciones de discriminación obedecen no ya a situaciones meramente irrazonables o arbitrarias sino que por sobre todo odiosas e indignas, que suponen la identificación del afectado ya no como diferente sino como inferior y sometido. En definitiva las situaciones de discriminación recogidas por la legislación interna y la internacional, denotan una clara e inequívoca toma de postura del orden social contra determinados y específicos tratos desiguales entre seres humanos...”;

DUODECIMO: Que en cuanto a la garantía establecida en el artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República, debe entenderse en dos aspectos, comprendiendo por una parte, la libertad de trabajo, esto es, el derecho de toda

persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley. Por tanto forma parte de la garantía tratada, dentro del marco de la legislación vigente, el elegir las condiciones en que se prestarán los servicios y a no ser obligado a desarrollarlos en otras condiciones. Así, si bien nuestro ordenamiento jurídico establece la posibilidad que se modifiquen unilateralmente las condiciones de la prestación de servicio por parte del empleador, la misma ley se encarga en los diferentes cuerpos normativos de establecer las condiciones y límites a dicha facultad. En este sentido se ha pronunciado la Ilustrísima Corte de Apelaciones en causa Rol N°306-2010 exponiendo que: “la Constitución asegura al titular del derecho la posibilidad de decidir libremente acerca de la clase de trabajo que ejecutará y por ello debe entenderse como una afección a su derecho cualquier medida que coarte tal libertad, forzándole a prestar servicios laborales de una naturaleza diversa a los que hubieren sido el resultado de su consentimiento previo y libre. Y que si bien la libre elección del trabajo faculta a empleador y trabajador a modificar el tipo de actividad que se llevará a cabo, en el transcurso de la relación laboral. Pero ello, naturalmente, en tanto libertad que representa, debe hacerse en forma libre y, especialmente, en el marco de la regulación prevista en el ordenamiento jurídico laboral. Y si bien la legislación faculta para modificar los cursos que debe impartir un profesor, así como los niveles escolares a los que debe estar destinado; ello debe hacerse cumpliendo con los requisitos legales que se han mencionado reiteradamente...”;

DECIMO SEPTIMO: Que, así las cosas, se puede concluir que se forzó ilegalmente a la recurrente a llevar a cabo una determinado tipo de actividad remunerada sin su consentimiento causándole menoscabo, sin sujeción a las exigencias legales y en consecuencia sin fundamento ni necesidad, vulnerándose el derecho a la libertad de trabajo en el sentido indicado y expuesto en la consideración duodécima.

DECIMO OCTAVO: Que en consecuencia se hará lugar a la denuncia ordenando que se reintegre a la demandada a la planta docente del Establecimiento Educacional Liceo Rosa Ester Alessandri Rodríguez.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 19 N° 16, de la Constitución Política de la República, artículo 22, 36 y 42 de la ley N° 19.070, artículos 1, 2 y 5, , 432 y siguientes y 485 y siguientes del Código del Trabajo, se declara:

Que SE ACOGE la demanda de autos interpuesta por doña MARIA CRISTINA CALDERÓN PÉREZ en contra de ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE INDEPENDENCIA y en consecuencia se declara:

I.- Que la demandada ha vulnerado el derecho a la libertad del Trabajo y su protección de la demandante doña MARIA CRISTINA CALDERÓN PÉREZ, contemplada en el artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República.

II.- Que la demandada deberá reintegrar en sus funciones a la demandante en el Establecimiento Educacional Liceo Rosa Ester Alessandri Rodríguez, en el plazo de 5 días hábiles de ejecutoriada la presente sentencia, bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 Unidades Tributarias, la que podrá repetirse en conformidad a lo dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo...”

Comentario

En la presente sentencia se analiza el derecho a la libertad de trabajo del artículo 19 n° 16 de la Constitución Política de la República.

Este caso comienza por una demanda que presenta una profesora en contra de la Ilustre Municipalidad de Independencia, por estimar esta trabajadora que se ha vulnerado la garantía constitucional de la libertad de trabajo.

Los hechos en que se funda la demanda consisten en que la empleadora, trasladó a la profesora, de su original lugar de trabajo, un determinado colegio de la comuna, a otro establecimiento educacional, en el cual ejercerá otras funciones y se le rebajará su carga de horas de clases. Todo esto motivado por una denuncia en su contra por un posible hostigamiento y persecución en contra de una alumna del establecimiento educacional. Después de esta denuncia se instruye una investigación sumaria y se le notifica que debe cambiarse de lugar de trabajo de la manera ya descrita.

El tribunal atendida la prueba rendida resolvió que se vulneró el derecho a la libertad de trabajo, condenando a la empleadora a las indemnizaciones legales

correspondientes y ordenando el reintegro de la trabajadora a sus antiguas funciones, bajo apercibimiento de multa, todo esto teniendo como fundamento que la garantía establecida en el artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República, debe entenderse en dos aspectos, comprendiendo por una parte, la libertad de trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley. Por tanto forma parte de la garantía tratada, dentro del marco de la legislación vigente, el elegir las condiciones en que se prestarán los servicios y a no ser obligado a desarrollarlos en otras condiciones. Así, si bien nuestro ordenamiento jurídico establece la posibilidad que se modifiquen unilateralmente las condiciones de la prestación de servicio por parte del empleador, la misma ley se encarga en los diferentes cuerpos normativos de establecer las condiciones y límites a dicha facultad.

Así el tribunal ha estimado que se forzó ilegalmente a la demandante a llevar a cabo un determinado tipo de actividad remunerada sin su consentimiento causándole menoscabo, sin sujeción a las exigencias legales y en consecuencia sin fundamento ni necesidad, vulnerándose el derecho a la libertad de trabajo.

4.4.7 El derecho a la no discriminación.

4.4.7.1 Sentencia 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT T-38-2010.³⁹

Materia: Tutela de derechos fundamentales. No discriminación. Motivos Religiosos.

Fuentes legales: Artículo 2º y 485 del Código del Trabajo.

Antecedentes: Denuncia en procedimiento de tutela de derechos.

Denunciante: Inspección Provincial del Trabajo de Santiago

Nora Melo Iribarren

³⁹ Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

Demandado: TP Chile S.A.

Hechos: Con fecha 24 de septiembre de 2009 doña Nora Melo Iribarren interpuso ante la Inspección del Trabajo de Santiago denuncia por vulneración a derechos fundamentales, indicando que es hostilizada desde hace varios meses, mediante insultos a su religión, situación que se ha agravado en el último tiempo, señalando que se les ordenó a los supervisores insultarla y molestarla. Luego de esta denuncia se hizo una inspección a la empresa emitiéndose un informe de fiscalización que se acompaña a la denuncia presentada al tribunal.

La trabajadora expresa que ha sido víctima de actos de hostigamiento y discriminación en su lugar de trabajo, por parte de los supervisores de la empresa de call center en que labora, con motivo de que ella profesa la religión musulmana. En vista de estos actos, la denunciante aduce que han sido vulnerados sus derechos a la integridad física y psíquica, su derecho a la honra y su derecho a no ser discriminada, por lo que solicita al tribunal que cese la vulneración de sus derechos.

Jurisprudencia: "...**SEXTO:** Que para una adecuada resolución del asunto debe en primer lugar tenerse presente que la acción de tutela de derechos fundamentales fue incorporada a través de la Ley 20.087, buscando con ello la protección y resguardo de ciertos derechos fundamentales del trabajador al interior de su relación laboral, ya sea mientras esta se desarrolla o bien al finalizar la misma, a fin de que se restableciera el ejercicio del derecho lesionado o la reparación del daño producido, consagrando con esto el reconocimiento del mismo como ciudadano en el marco de sus relaciones laborales y con ello evitar el abuso del ejercicio de la potestad de mando del empleador.

Que los derechos antes señalados corresponden a los establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en sus números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º inciso primero, 12º, inciso primero y 16, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y lo expresado en el inciso cuarto.

Que igualmente resultan amparados por esta acción los trabajadores que sufran actos discriminatorios, de conformidad con el artículo 2º del Código del Trabajo.

Que dentro del mismo marco, atendida las funciones consagradas para dicha institución y siendo el organismo encargado de velar por los derechos sociales de los trabajadores, el cuerpo normativo antes referido en su artículo 485 ordena a la Inspección del Trabajo la denuncia de hechos que supongan una vulneración de derechos fundamentales.

SEPTIMO: Que asimismo debe tenerse a la vista, que el procedimiento consagra una modificación en la carga probatoria, quedando radicado en el trabajador el establecimiento de indicios, a saber señales o evidencias, que hagan verosímil los hechos por este planteados, lo anterior fundado en la dificultad del trabajador de acreditar fehacientemente los antecedentes fácticos de una vulneración de garantías, debiendo el empleador a su turno explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

De esta forma, corresponde al trabajador la acreditación conforme a las reglas de la sana crítica de aquellos hechos o circunstancias que logren generar en el juez laboral la sospecha razonable de que esa conducta lesiva denunciada se ha producido, (Tutela de derechos fundamentales del trabajador. José Luis Ugarte Cataldo. Legal publishing. Año 2009. 2ª Edición. Página 47).

Y por su parte al empleador deberá aportar y probar en juicio, que tal conducta es procedente y razonable conforme su poder de dirección, además de proporcional, entendido tal concepto como lo ha dicho la doctrina, como un actuar idóneo, necesario y proporcional, a saber que permita alcanzar un fin legítimo, indispensable para alcanzar la finalidad anotada y racional en la afección al derecho fundamental, que permita justificar la medida como sus efectos.

Lo anterior no obstante la posibilidad de acreditación por parte de la demandada de hechos directos de la afección del derecho fundamental.

OCTAVO: Que de igual forma resulta útil tener a la vista lo dispuesto en el inciso segundo artículo 23 del DFL N° 2 de 1967, correspondiente a la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, la cual establece que los hechos constatados por los Inspectores del Trabajo constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial...”;

DECIMO CUARTO: Que conforme lo antes referido la parte demandante ha podido acreditar en autos hechos que constituyen indicios o señales suficientes de un trato

diferente a la trabajadora respecto de sus compañeros, fundado específicamente en la religión que esta profesa, lo que se materializaba a través de los insultos que hacían referencia a su credo y en tratamiento que se le daba diariamente al hacer diferencias negativas en cuanto a la hora y consecuentemente la forma de su descanso, al asignarle un puesto de trabajo alejado de sus compañeros, además de impedirle situaciones tan cotidianas como hablar con los clientes que se comunicaban en un idioma diferente al español, tal como ocurría con el resto de sus compañeros, sin ningún fundamento legítimo para ello, todo lo cual le provocó una depresión severa...”;

DECIMO SEXTO: Que sin perjuicio de lo anterior, tampoco la demandada alegó ni rindió prueba alguna orientada a justificar la proporcionalidad de las medidas adoptadas, en orden a omitir o modificar el horario de descanso de la trabajadora afectada, la designación de cambio de puesto alejado de sus compañeros de trabajo o la prohibición de hablar en árabe, máxime si esta era una conducta habitual entre los supervisores y trabajadores de la demandada, al ser una práctica esporádica, especialmente debido a los servicios contratados por Vodafone España a Telepormance Chile.

DECIMO SEPTIMO: Que la conducta antes referida, a saber un tratamiento diferente y arbitrario a un trabajador fundado en la religión que este profesa, es un hecho que se encuentra prohibido tanto en la legislación nacional e internacional, así se ha consagrado como un derecho fundamental la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, cuya fuente normativa se encuentra en la Declaración de Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana de Derechos Humanos y Constitución Política de la República de Chile, como referente máximo de la normativa nacional.

Así en ellos se consagra la igualdad de los sujetos en dignidad y derechos y frente a la ley, no pudiendo efectuarse diferenciación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, etc., las que en principio son consideradas ilegítimas, de manera tal que “toda diferencia basada en la cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad debiendo ser sometida un riguroso análisis de racionalidad y proporcionalidad” (Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Humberto Nogueira Alcalá. Editorial Librotecnia. Año 2008. Tomo II. Página 223).

Luego lo que prohíbe la ley es la discriminación o diferencia arbitraria, a saber un tratamiento distinto y carente de justificación objetiva y razonable (Ídem. Página 229).

Por su parte en materia laboral, tal principio se consagra en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo números 111 y 156 y en los artículos 19 N° 16 de la Constitución Política de la República y 2 del Código del Trabajo, disponiendo dichas normas la prohibición de toda discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal y señalando a la última disposición mencionada que son actos de discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas entre otros en la religión, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

De acuerdo a lo antes señalado aquello buscado por el legislador es la protección de la dignidad del trabajador, fundado en la no diferenciación arbitraria e injusta de aquel en el trato al interior de la empresa, teniendo derecho a un tratamiento igual al de sus compañeros, que se encuentren en similares condiciones, no pudiendo ser un eje de distinción negativa el credo que profesa aquel, como ha ocurrido en el caso de autos.

Así no resulta aceptable que la trabajadora de autos, haya recibido órdenes diferentes a las de sus compañeros y que hubiera sido considerada conflictiva, por el sólo hecho de profesar una religión diferente, que en nada influyó en el desempeño de sus labores durante los 3 años que ha prestado servicios, salvo con la llegada de nuevos superiores que no toleraban el credo que una persona tenía y que el mismo le haya causado un estado emocional tal que la llevó a concurrir a un especialista que le diagnosticó depresión por ello.

Que en nada obsta lo anterior, el hecho de que tanto la trabajadora afectada como el médico tratante hayan mencionado, que aquella tuvo dificultades desde pequeña con su familia y en su colegio por simpatizar con la fe musulmana, por cuanto tanto ella como los testigos señalan que desde hacía dos años había comenzado a estudiar árabe y acercarse a la misma, por lo que transcurrieron varios años entre ambos episodios como para considerar que el primero de ellos fuera determinante para la depresión que actualmente sufre...”;

DECIMO NOVENO: Que de acuerdo a lo antes señalado y conforme además a lo declarado por los testigos de la parte demandante, se tiene por establecido que la trabajadora Nora Melo Iribarren, se vio afectada por los insultos y discriminación

ejercida en su contra, traduciéndose aquello un padecimiento que altero su salud psíquica y le produjo sufrimiento, aflicción e impotencia de verse expuesta a tales acciones, por lo que se ordenará el pago de una indemnización por daño moral, conforme indicará en la parte resolutive de este fallo, lo anterior por haberse establecido por el legislador como medida de reparación la solución de las indemnizaciones que procedan para el caso concreto y haberse solicitado por la parte demandante.

Visto además, lo dispuesto en los artículos 1, 2, 420 y siguientes, 485 y siguientes del Código del Trabajo, Declaración de Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana de Derechos Humanos y Constitución Política de la República de Chile, SE DECLARA:

Que SE ACOGE la demanda de autos interpuesta por la DIRECCION DEL TRABAJO INSPECCION PROVINCIAL DEL TRABAJO DE SANTIAGO en contra de TP CHILE S.A. y en consecuencia se declara:

I.- Que la demandada ha vulnerado el derecho a la no discriminación por religión de la trabajadora Nora Melo Iribarren.

II.- La demandada deberá en forma inmediata cesar tal vulneración, poniendo fin a los malos tratos verbales y diferencias existentes entre la trabajadora Nora Melo Iribarren respecto del resto de los operadores telefónicos en relación a su descanso o break, asignación de puesto de trabajo y forma de hacer su labor, bajo sanción de aplicarle multa de 50 a 100 Unidades Tributarias, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la misma.

III.- La demandada como medida de reparación deberá:

i.- Mantener la asignación de un nuevo supervisor y Project Manager a la trabajadora afectada.

ii.- No asignar como jefes de la señora Nora Melo Iribarren a los señores Rosa Jerez Riveros, María Ojeda Laguardia y David Castro Marambio.

iii.- Destinar de los señores Rosa Jerez Riveros, María Ojeda Laguardia y David Castro Marambio a lugar físico de trabajo diferente al de la trabajadora afectada y realizar las gestiones necesarias para evitar cualquier contacto entre ellos.

iv.- Realización de una capacitación no inferior a 6 horas cronológicas para la totalidad de los empleados de la demandada, a fin de desarrollar competencias para un trato adecuado y respetuoso entre pares y subordinados, especialmente en referencia a la convivencia al interior de la empresa, en especial en la relación con las menciones del inciso 4º del artículo 2º del Código del Trabajo, dentro del plazo de 3 meses a contar de la fecha en que el presente fallo quede ejecutoriado.

v.- Publicar en los diarios murales del lugar una carta de disculpas a la trabajadora afectada en la cual expresamente reconocerá la existencia de actos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales, la cual además deberá adjuntarse a la liquidación de remuneraciones de todos los trabajadores de la misma, todo lo cual deberá cumplirse al mes siguiente de ejecutoriada la presente sentencia definitiva.

vi.- La demandada remitirá a su mandante Vodafone copia autorizada de la presente sentencia definitiva, ordenándose desde ya su otorgamiento, hecho del cual deberá dejar constancia en este proceso en el plazo de 3 meses desde la época en que quede ejecutoriada

vii.- Solucionar la suma total de \$5.000.000 por concepto de indemnización por daño moral, más los reajustes e intereses calculados de conformidad con el artículo 63 del Código del Trabajo.

IV.- Se multa a la demandada en 60 Unidades Tributarias Mensuales por haber vulnerado el artículo 5º del Código del Trabajo...”

Comentario

El caso que pasamos a comentar constituye uno de los casos emblemáticos en cuanto al derecho a la no discriminación en razón de motivos religiosos y especialmente en cuanto a que la discriminación se da por el hecho que una persona profese la religión musulmana.

Este juicio comienza por la denuncia que hace una trabajadora de un call center, hace a la Inspección del Trabajo de Santiago, la cual la remitió al Juzgado del Trabajo de Santiago, indicando que ha sido hostilizando constantemente en su trabajo,

mediante insultos, malos tratos, discriminación, por el solo hecho de profesar la religión musulmana.

El juez del trabajo estimó en el juicio que comentamos que la demandante pudo acreditar en el juicio hechos que constituyen indicios suficientes de un trato diferente que se le dió a la trabajadora respecto de sus compañeros de trabajo, fundados en la religión que profesa. Sin perjuicio de lo anterior la demandada no alegó ni rindió prueba orientada a justificar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en contra de la trabajadora afectada. La conducta antes referida, constituye un trato diferente y arbitrario a un trabajador fundado en la religión que profesa, es un hecho prohibido, tanto por la legislación nacional como internacional, así se ha consagrado como un derecho fundamental la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, cuya fuente normativa se encuentra en la Declaración de Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana de Derechos Humanos y Constitución Política de la República de Chile, como referente máximo de la normativa nacional.

Así en ellos se consagra la igualdad de los sujetos en dignidad y derechos y frente a la ley, no pudiendo efectuarse diferenciación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, etc., las que en principio son consideradas ilegítimas, de manera tal que toda diferencia basada en la cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad debiendo ser sometida un riguroso análisis de racionalidad y proporcionalidad. Luego lo que prohíbe la ley es la discriminación o diferencia arbitraria, a saber un tratamiento distinto y carente de justificación objetiva y razonable.

Por su parte en materia laboral, tal principio se consagra en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo números 111 y 156 y en los artículos 19 N° 16 de la Constitución Política de la República y 2 del Código del Trabajo, disponiendo dichas normas la prohibición de toda discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal y señalando a la última disposición mencionada que son actos de discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas entre otros en la religión, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

De acuerdo a lo antes señalado aquello buscado por el legislador es la protección de la dignidad del trabajador, fundado en la no diferenciación arbitraria e injusta de aquel en el trato al interior de la empresa, teniendo derecho a un tratamiento igual al de sus compañeros, que se encuentren en similares condiciones, no pudiendo ser un eje de distinción negativa el credo que profesa aquella.

En atención a estos fundamentos el juez declaró que se vulneró el derecho a la no discriminación en materia laboral, y determinó el cese inmediato de los actos discriminatorios, bajo apercibimiento de multa, también se decretaron una serie de medidas de mitigación por el acto discriminatorio, y además las correspondientes indemnizaciones establecidas por la ley.

4.4.7.2 Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena. RIT T-3-2010.⁴⁰

Materia: Tutela de derechos fundamentales. No discriminación. Motivo edad.

Fuentes legales: Artículo 2º y 485 del Código del Trabajo.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandante: Texia Concha Mundaca

Demandado: Inversiones Córdova y Rodríguez Ltda.

Hechos: Comparece doña Texia Concha Mundaca deduciendo demanda en procedimiento de tutela, por vulneración de derechos fundamentales, en contra de Inversiones Córdova y Rodríguez Ltda. Es así como el día 1º de diciembre de 2009 recibió una carta en la que se le comunicaba su despido, invocándose la causal del artículo 160 numerando 7 del Código del Trabajo. Añade que, tres días antes del despido, recibió una llamada de la supervisora de ventas preguntándole su edad y que el día del despido llegó a su lugar de trabajo a la hora normal pero no pudo firmar el libro de asistencia y fue citada a una reunión, lugar donde se le comunicó que no podía seguir trabajando por su edad, exhibiéndosele un documento de la empresa donde se indicaba como edad máxima los 52 años. Por lo antes expuesto la demandante estima que su despido vulnera el principio de igualdad, atenta contra su honra e importa una

⁴⁰ Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

discriminación que no se basa en sus capacidades, trasgrediendo lo dispuesto en artículo 19 N°2 y 4 de la Carta Fundamental y el artículo 2° del Código del Trabajo.

Jurisprudencia: "...**SEXTO:** Que, no hay que perder de vista, que es justamente el sentenciador de primera instancia, quien tiene la facultad de apreciar soberanamente y en conformidad a la sana crítica, los medios de prueba que se introducen a juicio oral, pudiendo examinar detalladamente todas las circunstancias que rodean las declaraciones testimoniales, actitudes corporales de los testigos y además las razones que dan para justificar sus dichos, pudiendo formarse una opinión directa de su veracidad.

Así las cosas, a esta sentenciadora le bastan estas dos declaraciones para formarse la convicción de que efectivamente la actora fue despedida por razones de edad, vulnerando la garantía contemplada en el artículo 2° del Código del Trabajo, circunstancia que evidentemente trasgrede la prohibición de discriminación que se contempla en el artículo 2° del Código del Trabajo, estando dicha garantía amparada por el procedimiento que regulan los artículos 485 y siguientes del citado cuerpo legal. En cuanto a la invocación de la igualdad ante la Ley, ésta no está contemplada en el procedimiento de tutela y respecto al derecho a la honra no se visualiza de qué manera ésta ha sido afectada.

Por otro lado, no hay que olvidar la forma en que la demandada materializa el despido, invocando primero incumplimiento contractual grave para después aducir un supuesto error e invocar la causal de necesidades de la empresa, siendo muy sintomático que no pudo probar ninguna de las dos, de manera que la lógica indica que habían otras razones para proceder a la desvinculación laboral, lo que le da mayor sustentabilidad a la denuncia, afirmando también que en la empresa laboran NUMEROSOS trabajadores que tienen más de 50 años, aspecto que tampoco probó.

SÉPTIMO: Que, finalmente, cabe hacer presente que la demandada ha hecho mucho caudal de la circunstancia de que contrató a la actora cuando ya tenía más de 50 años, pero la verdad es que dicha situación sólo acredita que la demandada no discriminó al momento de la contratación pero sí lo hizo al tiempo del despido. Por lo demás, puede razonablemente suponerse que la instrucción de no contar con ejecutivos mayores de 50 años haya sido dada con posterioridad a la contratación de la actora.

También la demandada, en sus alegaciones en audiencia, recalcó la circunstancia de que el documento que le fuera exhibido a la actora, y en el que según las declaraciones de dos testigos, se incluía una exigencia de edad, carecía de firma y de fecha, olvidando que resulta indiferente su origen a partir del momento en que se utiliza para justificar el despido de trabajadores de la demandada, con lo cual ésta hace suyo dicho instrumento...”;

NOVENO: Que, por todo lo latamente expuesto, queda en evidencia que la demanda de tutela ha de ser acogida en la forma que se dirá en lo resolutivo del fallo, sin que sea pertinente pronunciarse sobre la demanda de despido injustificado ya que ésta está incoada en subsidio del procedimiento de tutela.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 2, 450,453, 454, 456, 485, 487, 489, 491, 493, y 495 del Código del Trabajo SE RESUELVE:

I.-Que, la demandada ha lesionado el principio de no discriminación al despedir a la actora basándose en razones de edad, trasgrediendo la norma expresa del artículo 2º del Código del Trabajo, razón por la cual SE ACOGE la denuncia y se condena a la demandada al pago de una indemnización equivalente a seis meses de remuneración...”

Comentario

En el caso que pasamos a comentar, analizaremos el derecho a la no discriminación en el trabajo por motivos de edad.

La trabajadora de este juicio presenta la demanda en contra de la empresa empleadora por el despido injustificado que esta ha sufrido, teniendo como verdadero fundamento que el despido se debió a la vulneración de su derecho a la no discriminación y no precisamente en la causal invocada por el empleador. Los hechos que aduce la trabajadora y que estima como discriminatorios es la llamada que recibió un par de días antes del despido, por parte de su jefe, preguntándole la edad. Al otro día del llamado fue citada a una reunión y se le exhibió un documento de la empresa en que se indicaba que para trabajar en la empresa la edad máxima era de 52 años.

El juez del trabajo en su sentencia declaró que se había vulnerado el derecho a la no discriminación en materia laboral, condenando a la demandada al pago de las correspondientes indemnizaciones legales, fundando esta decisión en los motivos que expresa.

Es así como el juez considera para fundar esta decisión que no hay que perder de vista, que es justamente el sentenciador de primera instancia, quien tiene la facultad de apreciar soberanamente y en conformidad a la sana crítica, los medios de prueba que se introducen a juicio oral, pudiendo examinar detalladamente todas las circunstancias que rodean las declaraciones testimoniales, actitudes corporales de los testigos y además las razones que dan para justificar sus dichos, pudiendo formarse una opinión directa de su veracidad. Así las cosas, se ha formado la convicción de que efectivamente la actora fue despedida por razones de edad, vulnerando la garantía contemplada en el artículo 2° del Código del Trabajo, circunstancia que evidentemente trasgrede la prohibición de discriminación que se contempla en el artículo 2° del Código del Trabajo, estando dicha garantía amparada por el procedimiento que regulan los artículos 485 y siguientes del citado cuerpo legal.

4.4.8 Garantía de indemnidad.

4.4.8.1 Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó. RIT T-2-2010.⁴¹

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Garantía de indemnidad.

Fuentes legales: Artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandante: Aldo Enrique Campos Acuña.

Demandado: Buses Pullman del Sur.

Hechos: Don Aldo Enrique Campos Acuña señala, que mientras cumplía sus funciones para la demandada decidió presentar una denuncia ante la Inspección Provincial del Trabajo de Curicó, y que producto de la denuncia, mediante un inspector

⁴¹ Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

de dicha entidad, se efectúa una fiscalización a las dependencias de la empresa, constatando la efectividad de las denuncias estampadas en su oportunidad, cursando multas laborales. Luego de aquella fiscalización se decide despedirlo, utilizando para ello, la causal del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, derivada en una supuesta restructuración interna del establecimiento.

Jurisprudencia: “...**NOVENO:** Que se exige al sentenciador, la enunciación del análisis de la prueba, los hechos que estima probados y el razonamiento que conduce a ello, por tal razón se hace necesario expresar los fundamentos fácticos y jurídicos por los cuales se resuelve la controversia. Que en el caso de autos al no haber el demandado contestado la demanda y no haber comparecido a la diligencia de absolución de posiciones, no obstante habersele notificado y citado, válidamente en ambos casos, el Tribunal hace aplicable en este caso la facultad contenida en el artículo 453 N° 1 inciso 7° del Código del Trabajo, estimándose como tácitamente admitidos por el demandado todos y cada uno de los hechos contenidos en el libelo. Asimismo se hace aplicable respecto del demandado en su calidad de absolvente rebelde, la sanción contenida en el artículo 454 n° 3 del Código del Trabajo, presumiéndose efectivas en relación a los hechos objeto de prueba, la alegaciones del actor plasmadas en su libelo. Conforme a lo anterior y una vez analizada la prueba rendida en la audiencia de juicio de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es, sin contradecir y expresando las reglas de lógica, de experiencia, científicas y técnicas por las que se le asigna valor o se la desestima, tomando en consideración en este caso la gravedad, concordancia y conexión de las pruebas que se utilizan, se tendrán por acreditados los siguientes hechos.

DÉCIMO: Que la acción de tutela laboral, está destinada a la protección de una serie de derechos fundamentales del trabajador mencionados en el artículo 485 del Código del Trabajo, en relación con la normativa constitucional pertinente a que se hace alusión en el referido precepto. Sin perjuicio de lo anterior la norma señalada viene a dar lugar también a un derecho fundamental no expresamente previsto por el texto constitucional, aunque fundado en un derecho constitucional “el de tutela judicial efectiva” (previsto en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el caso de la indemnidad laboral, reconocida explícitamente en el artículo 5 del Convenio N° 158 de la OIT, sobre terminación del contrato de trabajo), y

protegido por la acción de tutela del nuevo procedimiento laboral: el derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocido técnicamente como “garantía de indemnidad”. En efecto el artículo 485 del Código del Trabajo señala que también se entenderán como conducta lesiva de derechos fundamentales “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.

Que en autos, la prueba rendida por la demandante configura una situación más que indiciaria de la vulneración alegada, y por ello al efecto, la demandada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo, tenía la carga de explicar y acreditar los fundamentos del despido del trabajador, situación que no ha ocurrido, no sólo por la falta de contestación de la demanda, sino también por la incomparecencia del demandado a las audiencias, preparatoria y de juicio, celebradas en autos. Que por ende, de los hechos que se han dado por acreditados en el considerando precedente, no cabe sino concluir que el actor fue despedido, no por cumplirse el presupuesto de necesidad de la empresa, sino que simplemente por represalia tomada por su empleador Manuel Espíndola Sánchez, ante la denuncia efectuada por el actor en conjunto con otro trabajador, ante la Inspección del Trabajo, que trajo como consecuencia la fiscalización del órgano administrativo y posteriores sanciones pecuniarias para el empleador. Que a raíz de la fiscalización efectuada, el actor se negó, con justo derecho, a ejecutar actos irregulares en el marco de la relación laboral, como por ejemplo a firmar el libro de asistencia en horarios de ingreso y salida, falsos. Que conforme lo anterior la sana crítica lleva a concluir que la única razón que tuvo la demandada para despedir al actor, ha sido sancionarlo, por el justo reclamo de sus derechos efectuado ante el órgano administrativo, razón por la cual se acogerá al acción de tutela por vulneración de la garantía de indemnidad, en la forma que se dirá en lo resolutive, teniendo presente que es procedente que se conceda la indemnización adicional establecida en el artículo 489 inciso 3º del Código del Trabajo, y que estando ya pagada la indemnización sustitutiva por falta de aviso previo y la correspondiente a los años de servicio, cabe respecto de ésta última el incremento del artículo 168 letra a, en relación con el artículo 489 inciso 3º, ambos del Código del Trabajo.

Y visto, además de las normas citadas, lo dispuesto en los artículos 7, 63, 161 inciso 1º, 162, 168, 172, 173, 445, 454, 456, 457,458, 459 , 485 y siguientes del Código del Trabajo, SE RESUELVE:

I.- Que, SE ACOGE la acción de tutela laboral presentada por don ALDO ENRIQUE CAMPOS ACUÑA, en contra de la MANUEL OCTAVIO ESPÍNDOLA SÁNCHEZ O BUSES PULLMAN DEL SUR, representado de conformidad al artículo 4º del Código del Trabajo por don Claudio Andrés Santander Oróstica, todos ya individualizados y se declara:

a) Que el despido de que ha sido objeto el actor es improcedente y atentatorio de la garantía de indemnidad establecida en los artículos 485 y 489 del Código del Trabajo...”

Comentario

El demandante en este juicio, invoca la garantía de indemnidad, ante el despido que sufrió por parte del empleador, invocando este último la causal de necesidades de la empresa.

Los hechos en que funda la demanda el trabajador, se suscitaron de la siguiente manera. El trabajador acudió a la Inspección del Trabajo de Curicó para hacer una denuncia por incumplimiento de las leyes laborales en contra de su empleador, realizándose una fiscalización por este servicio y cursándose multas. Días después de la fiscalización el trabajador fue despedido.

El juez del trabajo fundamentó su sentencia considerando que la acción de tutela laboral, está destinada a la protección de una serie de derechos fundamentales del trabajador mencionados en el artículo 485 del Código del Trabajo, en relación con la normativa constitucional pertinente a que se hace alusión en el referido precepto. Sin perjuicio de lo anterior la norma señalada viene a dar lugar también a un derecho fundamental no expresamente previsto por el texto constitucional, aunque fundado en un derecho constitucional “el de tutela judicial efectiva” (previsto en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el caso de la indemnidad laboral, reconocida explícitamente en el artículo 5 del Convenio N° 158 de la OIT, sobre

terminación del contrato de trabajo), y protegido por la acción de tutela del nuevo procedimiento laboral: el derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocido técnicamente como “garantía de indemnidad”. En efecto el artículo 485 del Código del Trabajo señala que también se entenderán como conducta lesiva de derechos fundamentales 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.

Que en autos, la prueba rendida por la demandante configura una situación más que indiciaria de la vulneración alegada, y por ello al efecto, la demandada de conformidad a los dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo, tenía la carga de explicar y acreditar los fundamentos del despido del trabajador, situación que no ha ocurrido.

De esta manera el juez del trabajo fundamenta su sentencia y acoge y declara que el despido ha sido improcedente y atentatorio de la garantía de indemnidad, decretando además las indemnizaciones legales correspondientes.

4.4.8.2 Sentencia 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT T-44-2009.⁴²

Materia: Tutela de derechos fundamentales. Garantía de indemnidad.

Fuentes legales: Artículo 485 inciso 3º del Código del Trabajo.

Antecedentes: Demanda en procedimiento de tutela de derechos.

Demandante: Carmen del Pilar Aguirre Lizama.

Demandado: Empresas SIALCOR S.A.

Hechos: Doña Carmen del Pilar Aguirre Lizama, interpone demanda en procedimiento de tutela laboral y en subsidio, nulidad de despido y despido carente de causal en contra de Empresas SIALCOR S.A. La demandante expresa que con fecha 17 de agosto de 2009, fue despedida mediante carta la cual señala como causal de término de la relación laboral la indicada en el artículo 160 letra a), b) y N° 6 del Código del Trabajo, esto es falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones, conductas de acoso sexual y el perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

⁴² Para ver texto completo de la sentencia ingresar el RIT en la página web del poder judicial www.poderjudicial.cl

Indica que su despido es una clara represalia a las solicitudes de fiscalización que presentó ante la Inspección del Trabajo, por hostigamiento laboral en su contra por parte de la empresa. Expone que su despido se produjo una vez notificada la empresa de las multas administrativas cursadas siendo represalias por las mismas.

Jurisprudencia: “...**SEXTO:** Que el punto a discernir en esta contienda radica en determinar si el despido se produjo como represalia de las actividades desplegadas por la trabajadora ante la Inspección del Trabajo, como asimismo si esta incurrió en las causales invocadas por el empleador para proceder a su despido.

SEPTIMO: Que para una adecuada resolución del asunto debe tenerse presente que la acción de tutela de derechos fundamentales fue incorporada a través de la Ley 20.087, buscando con ello la protección y resguardo de ciertos derechos fundamentales del trabajador al interior de su relación laboral, ya sea mientras esta se desarrolla o bien al finalizar la misma, a fin de que se restableciera el ejercicio del derecho lesionado o la reparación del daño producido, consagrando con esto el reconocimiento del mismo como ciudadano en el marco de sus relaciones laborales y con ello evitar el abuso del ejercicio de la potestad de mando del empleador.

OCTAVO: Que conforme el espíritu antes referido, el legislador dispuso que se entenderá como vulneración a tales derechos fundamentales, cuando existan represalias ejercidas contra los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de las acciones judiciales.

NOVENO: Que en el caso señalado, la autoridad legislativa, a la conducta desplegada por el empleador en orden a poner término al contrato de trabajo por la denuncia o solicitud efectuada ante la Inspección del Trabajo, le atribuye el carácter de vulneratorio de los derechos por él establecidos, de manera tal que bastará para dichos efectos la acreditación de parte del trabajador de la existencia de la actitud revanchista antes referida, a raíz de la interposición de una demanda o reclamación administrativa o bien de la propia actuación del ente fiscalizador, para dar por establecida la infracción requerida por la presente acción...”;

DUODECIMO: Que de esta forma, apareciendo del proceso que el despido de la actora se produjo como consecuencia inmediata y directa de la actividad de la actora -quien solicitó la realización de fiscalizaciones a la demandada a la autoridad administrativa-,

como un castigo frente al ejercicio de sus derechos laborales, se establece que el despido que fue objeto la actora fue vulneratorio.

Visto además, lo dispuesto en los artículos 1, 160, 162, 168, 172, 485 y siguientes del Código del Trabajo, SE DECLARA:

I.- Que SE ACOGE la denuncia de tutela laboral de autos interpuesta por doña CARMEN DEL PILAR AGUIRRE LIZAMA en contra de EMPRESAS SIALCOR S.A. y en consecuencia se declara:

a) Que el despido que fue objeto la actora es vulneratorio de derechos fundamentales, en virtud de lo señalado en lo considerativo de este fallo...”

Comentario

La demandante en este caso, interpone demanda en procedimiento de tutela laboral aduciendo que fue despedida por el empleador, por el hecho de haber solicitado la trabajadora una fiscalización a la Inspección del Trabajo, la que cursó multas después de dicha fiscalización. El empleador justificó el despido en la causal de falta de probidad del trabajador y por haberle causado perjuicio material al empleador en el ejercicio de las funciones. La trabajadora sostiene que fue despedida después que el empleador fue notificado de las multas impuestas por la Inspección del Trabajo, vulnerándose así la garantía de indemnidad.

El juez del trabajo fundamentó su sentencia considerando que en primer lugar el punto a discernir en la contienda radica en determinar si el despido se produjo como represalia de las actividades desplegadas por la trabajadora ante la Inspección del Trabajo, como asimismo si esta incurrió en las causales invocadas por el empleador para proceder a su despido. Para una adecuada resolución del asunto debe tenerse presente que la acción de tutela de derechos fundamentales fue incorporada a través de la Ley 20.087, buscando con ello la protección y resguardo de ciertos derechos fundamentales del trabajador al interior de su relación laboral, ya sea mientras esta se desarrolla o bien al finalizar la misma, a fin de que se restablezca el ejercicio del derecho lesionado o la reparación del daño producido, consagrando con esto el reconocimiento del mismo como ciudadano en el marco de sus relaciones laborales y

con ello evitar el abuso del ejercicio de la potestad de mando del empleador. Que conforme el espíritu antes referido, el legislador dispuso que se entenderá como vulneración a tales derechos fundamentales, cuando existan represalias ejercidas contra los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de las acciones judiciales. En el caso señalado, la autoridad legislativa, a la conducta desplegada por el empleador en orden a poner término al contrato de trabajo por la denuncia o solicitud efectuada ante la Inspección del Trabajo, le atribuye el carácter de vulneratorio de los derechos por él establecidos, de manera tal que bastará para dichos efectos la acreditación de parte del trabajador de la existencia de la actitud revanchista antes referida, a raíz de la interposición de una demanda o reclamación administrativa o bien de la propia actuación del ente fiscalizador, para dar por establecida la infracción requerida por la presente acción. Así a partir de estas consideraciones el juez decreto que el despido de la trabajadora por parte del empleador ha vulnerado la garantía de indemnidad, condenando a la demandada al pago de las correspondientes indemnizaciones legales.

CONCLUSION

Una vez concluida nuestra memoria, hay algunos puntos que tenemos que tomar en consideración.

En primer lugar debemos tener presente el gran avance que significó en el orden jurídico laboral el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, pues pasamos de un reconocimiento solo vertical en su oponibilidad (solo al poder público), a un reconocimiento horizontal de estos, es decir, en su dimensión directa e inmediata. Esto está consagrada constitucionalmente, a través del principio de “vinculación directa de la constitución”. También es digno de destacar el artículo 5º inciso 2º en el cual se expresa que “es deber de los órganos del estado promover y respetar los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes. Este avance en la Constitución Política de la República también se manifestó en el reconocimiento de algunos derechos fundamentales laborales específicos, aquellos propiamente laborales. A este reconocimiento constitucional se suma modificaciones al Código del Trabajo (ley 19759 de 2001 y 20087 de 2006). Dentro de estas reformas cabe destacar el nuevo artículo 485, el cual solo da protección a algunos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Estas reformas laborales incorporaron además el derecho o garantía de indemnidad y el derecho a la no discriminación.

Sin embargo, pese al reconocimiento constitucional y legal de los derechos fundamentales laborales, este de nada hubiese servido sin un mecanismo de tutela adecuado que protegiese efectivamente estas garantías. Pues con el recurso de protección, según lo indicamos en la presente memoria, no era el mecanismo más eficaz para la protección de estos derechos fundamentales laborales.

La reforma laboral primero modificó la judicatura laboral creando los nuevos tribunales de letras del trabajo y los de cobranza laboral y previsional y posteriormente reformó el procedimiento laboral, con lo que se crea un nuevo procedimiento ordinario laboral y dentro del mismo, como procedimiento especial, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Es en este procedimiento que queremos destacar la importantísima reforma, en lo referido a la prueba indiciaria, ya que esta sin afectar la

carga probatoria, permite aliviar el objeto de la prueba al trabajador, pues a este le basta solo con presentar indicios de la vulneración de sus derechos fundamentales, es decir, que los hechos presentados como vulneratorios provoquen en el juez una sospecha fundada de que se cometió dicho acto vulneratorio. Esto traerá como consecuencia que sea la parte empleadora quien deberá demostrar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Todos estos puntos se someterán a criterio de ponderación que el juez laboral evaluará en la sentencia.

Otro punto que destacamos con esta reforma es la ampliación de los sujetos activos de la acción, ya que pueden accionar de tutela, además del trabajador lesionado en sus derechos, las organizaciones sindicales que indica la ley y las Inspecciones del Trabajo.

Pese a que consideramos el efectivo avance con el procedimiento laboral hay puntos que consideramos perfectibles:

- a) Consideramos que todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política, deben ser objeto de tutela por parte de este nuevo procedimiento. Y no solo a los que alude el artículo 485 del Código del Trabajo, puesto que en una relación laboral se pueden vulnerar por el empleador no solo los derechos fundamentales protegidos por el mencionado artículo sino que todos los reconocidos por la Constitución
- b) También creemos que el nuevo procedimiento de tutela, debe ser un verdadero procedimiento especial, con principios y normas propias, ya que se trata de vulneración de derechos que son fundamentales tanto para las personas como para la sociedad y además teniendo en cuenta que dicha vulneración se produce en una relación laboral de dependencia y subordinación.

El nuevo procedimiento de tutela se remite en gran medida al procedimiento ordinario laboral en su tramitación, sin embargo, conserva instituciones que le son propias como lo es la prueba indiciaria, la ampliación del sujeto activo de la acción y el contenido de la sentencia en su parte resolutoria en la cual se fallan tanto aspectos pecuniarios derivadas de obligaciones laborales, como aquellas decisiones para que cesen los efectos de los actos vulneratorios de derechos fundamentales, transformándose la sentencia en este sentido en una resolución de carácter complejo.

BIBLIOGRAFIA

- AGUAYO CERONI, MARCOS - NECULHUEQUE ARRIAZA CARLOS, *“La tutela de los derechos laborales”*, memoria de grado, derecho U. Chile, Santiago, 2006.
- GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *“El procedimiento de tutela de los derechos laborales”*, editorial LegalPublishing, Santiago, 2ª ed. 2008.
- HISTORIA DE LA LEY, Ley 20087, Biblioteca del Congreso Nacional, www.bcn.cl.
- HUMERES NOGUER, HECTOR, *“Derecho del trabajo y de la Seguridad social”*, editorial jurídica de Chile, Santiago, 17ª ed., V. 1, 2004.
- JACQUES HERNANDEZ, CARLOS, *“Los derechos fundamentales como nuevo principio del derecho del trabajo”*, memoria de grado, derecho U. Chile, Santiago, 2007.
- LAGOS ARENAS, CONSTANZA – LEIVA MORALES, FELIPE, *“Análisis crítico-comparativo entre el antiguo y el nuevo procedimiento laboral”*, memoria de grado, derecho U. Chile, Santiago, 2009.
- LANATA FUENZALIDA, GABRIELA, *“Contrato individual de trabajo”*, editorial LexisNexis, Santiago, 2ª ed., 2007.
- MARQUEZ MOLINA, DANIELA – HENRIQUEZ BUGUEÑO, CRISTIAN, *“La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: el procedimiento de tutela laboral”*, memoria de grado, derecho U. Chile, Santiago, 2010.
- MELIS VALENCIA, CHRISTIAN, *“Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales”*, editorial LegalPublishing, Santiago, 2ª ed., 2010.
- MOLINA GUAITA, HERNAN, *“Derecho Constitucional”*, editorial LexisNexis, Santiago 8ª ed., 2008.
- NORAMBUENA CARDENAS, PALOMA, *“Principios formativos en el nuevo procedimiento laboral”*, memoria de grado, derecho U. Chile, Santiago, 2009.
- PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL – ALVAREZ DE LA ROSA MANUEL, *“Derecho del trabajo”*, editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 8ª ed., 2008.
- UGARTE CATALDO, JOSE LUIS, *“La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a Zorro.”*, revista derecho U Austral, vol. Nº 2, Valdivia, diciembre de 2007, pág. 49-67.

UGARTE CATALDO, JOSE LUIS, *“Tutela de derechos fundamentales del trabajador”*, editorial LegalPublishing, Santiago, 3ª ed., 2010.

SEPULVEDA GUAJARDO, GERALDINE, *“Nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales: Protección jurisdiccional ley 20087. Análisis experiencia española”*, memoria de grado, derecho U. Chile, Santiago, 2007.

WALTER DIAZ, RODOLFO – LANATA FUENZALIDA GABRIELA, *“Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno”*, editorial LegalPublishing, Santiago, 5ª ed., 2009.

RECURSOS ELECTRONICOS

www.bcn.cl

www.cybertesis.cl

www.dt.gob.cl

www.legalpublishing.cl

www.poderjudicial.cl

www.tribunalconstitucional.es