



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

**““EL REGLAMENTO INTERNO DE ORDEN, HIGIENE Y SEGURIDAD, COMO
INSTRUMENTO PROTECTOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL
TRABAJADOR.”**

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

Integrantes:

Sebastián Nicolás Godoy Restovic.

Matías Ignacio González Martínez.

Profesor guía:

Sra. María Eugenia Montt.

Santiago, Chile

2011.

ÍNDICE.

	Página
Introducción	1
Capítulo I: Los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales	8
1.1 Breve Noción de los Derechos Fundamentales.....	8
1.1.1 Fundamentación de los Derechos Fundamentales.....	8
1.2 Horizontalidad de los Derechos Fundamentales.....	15
1.2.1 La eficacia mediata e inmediata de los Derechos Fundamentales.....	16
1.3. Los derechos fundamentales en la relación laboral.....	20
1.3.1 Naturaleza de los derechos que integran una relación laboral.....	27
1.3.2 Derechos Fundamentales Inespecíficos.....	28
1.3.3 Derechos Fundamentales Específicos.....	29
1.4. El Concepto de Ciudadanía en la Empresa.....	30
1.4.1 Razones que justifican el concepto de Ciudadanía de la empresa.....	32
1.4.2 Reconocimiento de la Ciudadanía en la Empresa en el derecho comparado.....	34
1.5. Reconocimiento del concepto de “ciudadanía en la empresa” en el derecho chileno.....	41
1.5.1 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno.....	41
1.5.2 La Jurisprudencia Administrativa de la Dirección del Trabajo.....	57
1.5.3 El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.....	63
1.5.4 Reconocimiento en la Doctrina Nacional.....	67
Capítulo II: Poderes o Facultades del Empresario	72
2.1 Derechos fundamentales en materia económica.....	72
2.2 Fundamentos dogmáticos de los poderes del empleador.....	73
2.3 Manifestaciones del poder del empleador.....	76
2.3.1 El poder de dirección.....	76
2.3.2 Poder disciplinario del empleador.....	79
2.3.3 El Ius Variandi.....	81
2.3.4 La facultad reglamentaria del empleador.....	84
2.4 Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad como manifestación del poder del empleador.....	85
2.4.1 Instrumentos normativos internos de las empresas.....	85
2.4.2 El Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.....	88
Capítulo III: Colisión de los Derechos Fundamentales del Trabajador y el Empleador	112
3.1 Las dificultades de la colisión de los derechos fundamentales y particularidades de la colisión en la materia laboral.....	112
3.1.1 Colisión de derechos fundamentales.....	113
3.1.2 El criterio de ponderación en la solución de la colisión de derechos fundamentales.....	115
3.2 Herramientas de protección otorgadas por el legislador respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores (Procedimiento de Tutela).....	118
3.2.1. El procedimiento de tutela laboral en el Código del Trabajo.....	119
3.3 Doctrina creada por la Dirección del Trabajo.....	124

3.4 Algunos medios de control en específicos y su vinculación con los derechos fundamentales del trabajador.....	137
3.5 La Jurisprudencia Judicial ante los medios de control.....	144
Capítulo IV: El Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad (RIOHS) como instrumento idóneo para proteger los derechos fundamentales durante la relación laboral.....	152
4.1 El poder-deber de confeccionar un RIOHS.....	152
4.2 Comparación del RIOHS con otros instrumentos contractuales y regulatorios.....	154
4.2.1 RIOHS en comparación con el Contrato Individual de Trabajo.....	154
4.2.2 RIOHS en comparación con el contrato y convenio colectivo.....	160
4.2.3 RIOHS en comparación con otros instrumentos normativos (códigos de conducta)	164
4.2.4 Reconocimiento de la idoneidad protectora del RIOHS por parte de la legislación y la jurisprudencia administrativa.....	165
4.3 Análisis de los beneficios del RIOHS.....	169
4.3.1 Desde el ámbito jurídico - económico.....	169
4.3.2 Desde el ámbito social.....	171
4.3.3 Análisis de las Estadísticas de la Justicia Laboral.....	171
Conclusiones.....	177
Bibliografía.....	182

INTRODUCCIÓN.

En este trabajo en que se planteará la relación de los derechos fundamentales del trabajador y el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa (RIOHS), debemos tener en cuenta al menos dos ideas matrices sobre las cuales descansa nuestra investigación. La primera supone establecer que el trabajador en cuanto persona, posee derechos fundamentales que pueden verse vulnerados en la relación laboral por el accionar del empleador, es decir, por la actividad o injerencia de otro, de un tercero, ya sea de una persona natural o jurídica. La segunda, tiene que ver con el papel especial que juega el Reglamento Interno en relación con los derechos fundamentales del trabajador.

Si bien la noción de Derechos Fundamentales como realidad inherente a las personas no es nueva, si lo es la idea que las personas como sujetos de estos derechos pueden hacerlos valer frente a terceros o particulares, en casos de acciones u omisiones que los pudieren afectar. En efecto, el concepto de horizontalidad de los Derechos Fundamentales empezó a ganar fuerza recién en la segunda mitad del siglo XX, específicamente en la Europa de postguerra. Según esta concepción, el ejercicio de los derechos fundamentales no se agota en la idea de constituir límites a los poderes del Estado que a través de las Constituciones él mismo se impone. Sino que también, estos derechos presentan una dimensión de protección respecto de las potenciales o efectivas vulneraciones que los terceros o particulares pudieran cometer.

El desarrollo de la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales o *Drittwirkung der Grundrechte*, se originó en Alemania en la década del cincuenta, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, según la cual, los derechos fundamentales no son solamente oponibles en contra de los organismos del Estado, sino que también frente a los individuos en sus relaciones entre privados. Fue precisamente en una relación laboral en la cual el Tribunal alemán reconoció esta dimensión protectora y limitadora de los derechos fundamentales frente a terceros, dejando ver que el trabajador no solo puede reclamar frente a los abusos de sus derechos fundamentales como ciudadano frente al Estado, sino que también goza de

ellos en la empresa, en la relación laboral, y en su calidad de trabajador¹. Este reconocimiento trajo no solo consecuencias respecto al derecho laboral, sino que también a otras ramas del derecho, constituyendo una base sólida para la aplicación directa de la Constitución en las distintas y numerosas relaciones jurídicas en que se ven envueltos los individuos en las sociedades modernas.

No parece ser casual que el desarrollo de esta doctrina jurisprudencial haya comenzado a través del examen de casos en materia laboral, ya que la configuración propia de la relación jurídica laboral presenta particularidades que la distinguen respecto de otro tipo de relaciones jurídicas privadas. Este elemento es lo que conocemos como el vínculo de subordinación y dependencia, lo que supone una legitimación jurídica establecida por el ordenamiento jurídico que permite el poder de una de las partes sobre la otra².

Así, al contrario del paradigma de autonomía de la voluntad del Derecho Civil, en que las partes contratantes se entienden prima facie en igualdad de condiciones, la relación jurídica laboral se asienta en una diferencia real y legitimada de los contratantes sobre la cual el Derecho Laboral opera, de ahí la noción tradicional del Derecho del Trabajo como un derecho protector.

La empresa es el escenario donde se desarrollan las relaciones laborales, conformando un lugar propicio para la afectación de los derechos fundamentales del trabajador. Y lo anterior corre tanto para los derechos fundamentales laborales específicos e inespecíficos según la nomenclatura del profesor Palomeque³.

Gracias a la doctrina de la horizontalidad, es posible que el trabajador pueda gozar de instrumentos de protección para sus derechos fundamentales laborales y también de sus derechos sociales y políticos que en su calidad de ciudadano posee.

¹ Contreras Pablo, "Discriminación y relaciones laborales en Chile: en busca de la igualdad". En REVISTA DERECHO Y HUMANIDADES, N°11, 2005 p.215

² *Ibíd.*

³ Palomeque López, Manuel-Carlos, 1991: "Los Derechos Laborales en la Constitución Española", Madrid, Centros de Estudios Constitucionales.

La protección que brinda esta teoría y en referencia a los derechos fundamentales inespecíficos, y su situación en la relación jurídica laboral es que se ha acuñado por la dogmática laboral el concepto de “ciudadanía en la empresa”.

En nuestro derecho, la ciudadanía en la empresa ha tenido acogida tanto en los dictámenes de la Dirección del Trabajo, como en las reformas inducidas por el legislador, en particular, la Ley 19.759 de 2001, que introdujo varias modificaciones en el Código del Trabajo, entre las cuales destaca la del artículo 5° inciso primero, y por cierto la modificación al procedimiento laboral por la Ley 20.087 del año 2006, que estableció el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, la que otorga una protección cierta de carácter personal.

Puede sostenerse entonces que la idea de conflicto, y por ende de lesión de derechos fundamentales entre particulares tiene una consagrada fundamentación doctrinal y legislativa que da cuenta de la posibilidad de ejercer estos derechos entre los particulares y no solo en contra del Estado, como sostenía en un principio la noción liberal de los derechos fundamentales.

En la actualidad hemos apreciado que esta posibilidad es cierta y manifiesta en la relación jurídico laboral, cuestión que ha sido advertida por nuestro derecho, que poco a poco se ha ido haciendo cargo de esta realidad, dotando al ordenamiento jurídico de instrumentos más eficaces para su protección.

Ahora bien, la segunda de las ideas sobre que descansa esta investigación es aquella que dice relación con el papel trascendental que juega el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad como instrumento protector de posibles lesiones de los derechos fundamentales del trabajador.

La problemática se presenta a este respecto, porque el empresario es también un sujeto de derechos fundamentales, que por cierto justifican su actuar y legitiman su accionar en relación a la configuración de la organización empresarial, lo que incluye evidentemente la relación laboral. Es así como nos encontramos al interior de la

empresa y en la relación laboral con dos sujetos amparados con derechos de rango constitucional, que muchas veces al desplegar sus efectos pueden entrar en conflicto.

En este contexto, tal como señala el profesor Melis⁴, no interesan los demás derechos del empresario en cuanto a su calidad de ciudadano, sino que interesa el Derecho Fundamental del empresario como tal. Nos referimos al derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, es decir, la Libertad de Empresa que tiene su manifestación en la relación laboral a través de los poderes empresariales⁵.

El profesor Melis se refiere a una de las dimensiones de la Libertad de Empresa, específicamente nos habla del derecho del empresario a ejecutar proyectos empresariales, lo cual se realiza por medio del ejercicio de las facultades o poderes que le otorga la ley, a los cuales se someterá el trabajador, en virtud de la característica especial de las relaciones laborales, es decir, el vínculo de subordinación y dependencia.

Dentro del abanico de poderes empresariales, los que para este trabajo nos interesan, son el poder de dirección y el poder disciplinario que posee el empleador. El primero dice relación con la facultad del empleador de organizar y disponer de las prestaciones laborales durante toda la vigencia de la relación laboral⁶, y el segundo de reprimir aquellas conductas que vayan en contra de la regulación de la actividad laboral.

Una de las manifestaciones típicas de estos poderes empresariales la encontramos en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, regulado en el artículo 153 del Código del Trabajo. Al efecto, esta norma establece en su inciso segundo lo siguiente:

⁴ Melis Valencia Christian, "Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales", Abeledo Perrot, 2° edición 2010 (Santiago, Chile), p.127.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.* p.130

“Especialmente se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores.”

Puede apreciarse en esta parte del artículo citado, como el legislador da al reglamento interno la importancia de ser una verdadera “guía de convivencia” en el ámbito de la empresa. Donde no sólo se preocupa de la relación entre los trabajadores que prestan servicios, sino que también respecto del empleador ya que como establece la norma en comento el reglamento interno:

“contiene 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”.

Es posible concluir entonces, que los escenarios de posibles lesiones o afectación de los derechos fundamentales de los trabajadores, puede fácilmente remitirse al Reglamento Interno de la empresa. Ya sea por la implementación de mecanismos de control, o por la ausencia o deficiencia de la reglamentación de estos. Ya que en definitiva es en el Reglamento Interno donde se plasman los poderes de dirección del empresario.

Las manifestaciones concretas de esta situación, consisten en la implementación de los medios de control que han comenzado a ser utilizados por la empresas, con el objeto de aumentar la productividad o ejercer mayor control sobre los trabajadores, los cuales en ocasiones atentan directamente en contra de la dignidad humana. A modo ejemplar, podemos mencionar el uso del polígrafo, cámaras de televisión, detectores de metales, revisión de vestimentas, intervención de comunicaciones telefónicas y electrónicas, entre muchas otras formas que han adoptado estos medios de control.

Este rol protagónico del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, y su papel en la forma, oportunidad e intensidad de aplicación de los medios de control en la empresa, motiva la elaboración de nuestra investigación, en cuanto este puede

servir como elemento preventivo ante futuras demandas de lesión de Derechos Fundamentales. Asimismo es posible sostener desde ya, que una adecuada redacción del cuerpo normativo interno de la empresa puede mejorar las relaciones laborales al interior de ellas, obteniendo un resultado positivo desde el punto de vista social. En otras palabras, las buenas relaciones entre empleadores y trabajadores, tiene su correlato desde el punto de vista económico, puesto que sin duda mejorará la productividad de la empresa, pudiendo en definitiva conciliarse los fines tanto de los trabajadores como los del empresario.

Esta investigación pretende ser un aporte a la discusión, básicamente porque la doctrina nacional se ha concentrado en crear literatura sobre el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, debido a su corto período de aplicación y su innovadora presencia en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no se ha abordado la problemática de la vulneración de estos derechos durante la vigencia de la relación laboral.

Para poder cumplir con los objetivos de esta memoria, realizaremos una investigación fundamentalmente documental, donde analizaremos doctrina, normativa, jurisprudencia judicial y administrativa, estudios estadísticos, entre otros.

En el primer capítulo abordaremos los derechos fundamentales en términos generales y, sus fundamentos dogmáticos. Para luego describir y analizar como fue el proceso que permitió su reconocimiento entre privados, en especial en las relaciones de trabajo, sus fundamentos y motivos. Para finalizar analizando como se vivió este proceso en Chile, a través de la mirada de la doctrina, legislación y la jurisprudencia judicial y administrativa.

En el capítulo segundo, como contrapartida, describiremos y analizaremos las facultades del empresario en su rol de empleador, los derechos constitucionales que lo amparan y aquellos poderes que le ha otorgado la normativa laboral. En particular los poderes de dirección, reglamentario y sancionatorio, teniendo como manifestación esencial el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, debido a que es el instrumento normativo dentro de la empresas que por esencia organiza y regula la

forma como se deben prestar los servicios y el comportamiento de los trabajadores. Asimismo, la Dirección del Trabajo le ha entregado un rol fundamental y protagónico en la protección de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, puesto que ha establecido como uno de los requisitos para implementar por parte del empleador un medio de control.

Una vez analizados los derechos fundamentales y su plena aplicación en las relaciones de trabajo, los poderes del empleador y sus fundamentos dogmáticos, se abordará en el Tercer capítulo las herramientas que permitan solucionar la colisión de los derechos fundamentales del trabajador y el empleador. Entre dichas formas de solución destacan el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales y la doctrina de la Dirección del Trabajo. En el caso del procedimiento de tutela solamente se realizará una exposición de sus fundamentos, principios y la forma en que el Juez aborda el conflicto, teniendo presente que no es objeto de esta memoria realizar un estudio acabado sobre él. En el caso de la Dirección del Trabajo, describiremos y analizaremos en profundidad las formas de solución que propone, y los requisitos que ha establecido para el establecimiento de medios de control, para esto utilizaremos la gran cantidad de jurisprudencia administrativa que se refiere de manera concreta a los diferentes medios de control utilizados en el país.

Finalmente en el capítulo Cuarto, se abordarán las ventajas y desventajas que tiene el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad como herramienta protectora de los Derechos Fundamentales. Asimismo, sus características de carácter preventivo y los beneficios que puede reportar a los empleadores y trabajadores contar con una normativa interna de la empresa actualizada y debidamente confeccionado.

Una vez desarrollado cada uno de los capítulos señalados se realizará una ponderación de los antecedentes, señalando las conclusiones que se derivan del trabajo de investigación realizado.

CAPITULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES.

1.1 BREVE NOCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Si bien este trabajo no versa específicamente sobre los derechos fundamentales en general, si toca aspectos de ellos, y se refiere esencialmente a sus potenciales o reales conflictos y afectaciones dentro de la relación laboral. Así como a sus posibles soluciones y mecanismos de prevención.

Es por esto que creemos importante detenernos un momento en el principio de este trabajo para señalar sucintamente algunas cuestiones básicas acerca de los derechos fundamentales.

1.1.1 Fundamentación de los Derechos Fundamentales.

El origen de los derechos humanos tal como lo entendemos hoy suele situarse dentro del periodo conocido como Ilustración, que suele centrarse en la Europa de la segunda mitad del siglo XVI, hasta por lo menos todo el periodo que comprende el siglo XVIII. Fue en este periodo de la historia del pensamiento en que se gestaron los fundamentos filosóficos, políticos y de filosofía moral de los derechos humanos⁷.

Pero a pesar de esta convención en ubicar el origen de los derechos fundamentales, en cierto periodo de la historia, la verdad es que en cuanto a su justificación o fundamentación existe amplia divergencia.

Esta divergencia ha sido sistematizada por diversos autores⁸, que han clasificado estas distintas visiones de la fundamentación de los derechos fundamentales en tres grandes ideas, a saber: Fundamentación iusnaturalista;

⁷ Zalaquett Daher J. Fundamento de los Derechos Humanos, su Evolución y Los Desafíos Actuales. en www.cdh.uchile.cl/articulos/Zalaquett/fundamentos_derechos_humanos.pdf.

⁸ En este sentido: Zalaquett J, Squella A y Fernandez E. ob. cit. 9.

Fundamentación historicista y Fundamentación ética. Veamos a continuación brevemente a que se refieren cada una de ellas.

i. La Fundamentación lusnaturalista de los Derechos Fundamentales.

Dentro de esta visión, claramente debemos anotar que la justificación de los derechos fundamentales parte de las mismas bases que sostienen toda la teoría del derecho natural. Es decir, que existe un sistema de derechos derivados de la naturaleza humana, distinto del derecho positivo, siendo este derecho natural anterior e inherente a la condición humana, y por tanto, superior al derecho positivo⁹. Analicemos estas afirmaciones.

En primer lugar, el origen de los derechos naturales (derechos fundamentales para esta visión) se originan en un orden distinto al que establece la creación de derechos positivos. Este ordenamiento natural tiene un carácter universal y racional, propio de la naturaleza humana, que todos los individuos comparten.

En segundo lugar, y tal como se viene señalando, las reglas de este orden natural, son manifestación y expresión de la condición humana. La que comparten todos los individuos pertenecientes a esta calidad. Lo que les otorga caracteres de universalidad y racionalidad. Son derechos fundamentales de las personas en cuanto estas son tales, independientes de cualquier consideración, pues son derechos que emanan de su naturaleza.

En tercer lugar, los derechos fundamentales para esta visión, no necesitan ni requieren reconocimiento alguno por parte de las reglas positivas. Ya que son anteriores, y por tanto superiores a cualquier derecho. Su existencia y eficacia no están condicionadas por ulteriores regulaciones positivas.

Frente a estos postulados fundamentales, que resumen de forma muy sencilla la concepción de derechos fundamentales desde la perspectiva del derecho natural,

⁹Fernández, E. "El Problema del Fundamento de los Derechos Fundamentales." Anuario de Derechos Humanos, N°1, Enero 1981, Madrid, España, p.15.

surgen inmediatamente críticas a la posiciones de Derecho Natural, que pueden considerarse perfectamente aplicables a la visión de derechos fundamentales que propugna esta doctrina. Estas pueden resumirse en lo siguiente:

Respecto a la existencia de otro ordenamiento jurídico distinto al del derecho positivo, se sostiene que tal idea no es efectiva, ya que al menos en un sentido técnico-legal, más que tratarse de un sistema de principios y derechos, se presenta este ordenamiento natural como consideraciones de carácter ético. O de otra forma, el supuesto ordenamiento jurídico natural, es más bien un conjunto de valorizaciones, consideraciones morales, y deseos que distan mucho de asemejarse al ordenamiento jurídico positivo, el que se presenta como un sistema coherente de reglas y principios. Dificilmente entonces, puede hablarse del derecho natural como un ordenamiento jurídico. Es en esta línea argumental que los críticos de esta visión consideran inaceptable que se establezca la superioridad jurídica del derecho natural respecto del derecho positivo, pues se tratan, claramente, de dos cuestiones que discurren por planos distintos¹⁰.

Otra crítica que se realiza a la fundamentación ius naturalista, es acerca de la concepción de naturaleza humana. Es decir, lejos de ser una noción clara y bien definida, como suponen las concepciones de Derecho Natural, la realidad muestra más bien que se trata de un concepto ambiguo y poco definido, que dista mucho de la inmutabilidad y universalidad que supone una misma naturaleza para todos los individuos de la especie humana. Esto es claro en el caso del desarrollo histórico de los derechos fundamentales, que desde una primera etapa, vinculados esencialmente a la mirada liberal, esta ponía el acento en las libertades individuales y garantías básicas de participación y expresión política. Mientras que en una segunda etapa, hacia los llamados derechos fundamentales de segunda generación, las garantías fundamentales sustentan un énfasis en derechos de carácter colectivos, o más bien, en los llamados derechos económicos y sociales¹¹. Al hablar de derechos fundamentales

¹⁰ Ob. cit. 9. Fernández E. p. 18.

¹¹ Ob. cit. 1, Zalaquett. p. 3.

no hablamos de una realidad única e inmutable, sino que de una realidad dinámica y por supuesto afecta a las transformaciones históricas.

Finalmente se crítica el argumento según el cual los derechos fundamentales existan sin necesidad de un reconocimiento de parte del derecho positivo. Esta afirmación es criticada, pues no parece plausible la operatividad de los mismos sin un reconocimiento por parte del legislador¹². Ya que, un derecho en su dimensión subjetiva necesariamente necesita de herramientas para su utilización, es decir, para su ejercicio y efectividad. Lo anterior supone un reconocimiento en el ordenamiento jurídico, el que establece un nivel de jerarquía, y la forma de ejercicio por parte de los titulares de derechos fundamentales.

ii. Fundamentación historicista de los Derechos Fundamentales.

Para esta concepción la fundamentación de los derechos fundamentales no apela a un orden anterior o inherente a la condición humana, sino que más bien estos son fruto del devenir histórico del individuo en sociedad. En otras palabras, los derechos fundamentales son obra de un lento decantamiento de las ideas políticas, filosóficas y sociales que muestra la historia.

La diferencia con la mirada anterior queda en evidencia si pensamos que para la fundamentación histórica, los derechos no se anteponen a la realidad social, sino que son fruto de ella. Por otro lado no se trata de derechos universales o eternos, sino que más bien de una realidad contingente, que responde a los cambiantes escenarios de los procesos históricos¹³.

Efectivamente, este enfoque encuadra bien con la explicación de la creación de derechos fundamentales de carácter cívico- político y de los derechos fundamentales de orden económico social, pues presenta una explicación factible de cómo las

¹² Ob. cit. 9, Fernández. p. 56.

¹³ *Ibíd.*, Fernández. p.93.

necesidades de las comunidades a través de la historia han quedado reflejadas en la consagración normativa de sus pretensiones.

Por ejemplo, en un primer momento el centro de la temática de los derechos fundamentales se centró en las libertades individuales y políticas del hombre, fuertemente influenciadas por el liberalismo e ilustración del siglo XVIII, para posteriormente pasar el foco de los derechos a los derechos de corte colectivo y económico del siglo XIX y XX, a la par con los procesos sociales y proyectos comunitarios que fueron surgiendo.

Sin embargo, la fundamentación histórica es insuficiente para explicar la distinción entre expectativas perfectamente validas de las comunidades sociales, y los derechos fundamentales. Es decir, ¿por qué algunas de estas pretensiones se convierten en derechos fundamentales y otras no?, ¿Dónde está el límite entre lo que entendemos por derechos fundamentales, y otros derechos, o exigencias sociales? Estas preguntas parecieran requerir de una respuesta que se haga cargo de una fundamentación, es decir, una respuesta que tenga que ver más con el contenido de los derechos fundamentales, que con el contexto en donde se desarrollan.

La fundamentación histórica, no obstante, ha permitido diferenciar importantes momentos o hitos en el desarrollo de los derechos fundamentales, que explican en buena parte el lugar que cumplen hoy en los ordenamientos jurídicos modernos.

Así, podemos distinguir, siguiendo al profesor Zalaquett¹⁴, un primer periodo de fundamentación filosófica entre los siglos XVI y XVII, luego una etapa de la incorporación normativa de estos derechos, que tiene a la revolución francesa y la independencia norteamericana como importantes hitos en que fueron consagrándose positivamente los derechos fundamentales en Constituciones o leyes. Posteriormente en el siglo XIX, es posible identificar un proceso de expansión de los derechos fundamentales, en cuanto a los destinatarios de los mismos. En seguida desde la segunda mitad del siglo XIX, se ha venido gestando una ampliación del catálogo de los

¹⁴ Ob. cit. 1, Zalaquett. pp. 3-5.

derechos fundamentales, incorporando a las Constituciones, “otros derechos” de un contenido más bien colectivo y de carácter económico, entre ellos derechos laborales.

Luego, como proceso relevante puede citarse la internacionalización de los derechos fundamentales, que aconteció luego del periodo de post guerra y la creación de las Naciones Unidas. Donde es posible vislumbrar un avance en el Derecho internacional de los derechos humanos con consagraciones normativas a nivel regional e internacional, y la creación de organismos jurisdiccionales con competencia internacional encargado de velar por el respeto de los mismos.

En los años setenta, siguiendo la cronología del profesor Zalaquett¹⁵, el enfoque de los derechos fundamentales se puso en aquellas minorías o grupos que por una situación desmejorada, requieren de herramientas normativas de protección. De ahí que surgen los llamados derechos especiales. Que atienden reivindicaciones por los derechos de, por ejemplo: pueblos originarios, menores, mujeres, discapacitados, y también algunos aspectos hasta ese momento un tanto soslayados por la dogmática de los derechos fundamentales, como es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El último periodo en el cual nos encontramos, se caracteriza por la importancia y la fuerza progresiva que ha tomado la justicia penal internacional, creando una suerte de justicia transnacional, para el juzgamiento de delitos de lesa humanidad, que precisamente se refieren a acciones en contra de derechos fundamentales, como son el asesinato, tortura y variadas formas de represión.

iii. Fundamentación ética de los Derechos Fundamentales.

Para esta visión los derechos fundamentales tienen una explicación de carácter axiológico, es decir, los derechos fundamentales se correlacionan con valores, los que a su vez tienen su justificación en la dignidad humana. Estos derechos son derechos

¹⁵ Ob. cit. 7 Zalaquett.

morales que tienen una doble dimensión. Una axiológica o moral; y la otra jurídica o normativa, en tanto derechos.

Como sostiene el profesor Fernández: “...*la fundamentación ética de los derechos humanos fundamentales se basa en la consideración de esos derechos, como derechos morales, entendiendo por derechos morales, el resultado de la doble vertiente ética y jurídica.*¹⁶” La vertiente ética, supone un núcleo axiológico de los derechos fundamentales, los cuales no requieren de reconocimiento alguno para su existencia, es decir, al ser valores tienen una existencia independiente al reconocimiento que haga el derecho positivo, pues esta realidad proviene de la dignidad humana. La vertiente jurídica de los derechos fundamentales les da a estos el carácter de derechos precisamente, y dota a estos valores de mecanismos de protección para su respeto. Por ejemplo, el Derecho los dota de la jerarquía normativa, que le otorga un lugar de preeminencia en el sistema jurídico; así también, se establecen acciones constitucionales, como medios de hacer valer o buscar la protección de estos derechos ante organismos jurisdiccionales; se establecen mecanismos de control constitucional de actos del Estado ,por ejemplo, con la creación de tribunales constitucionales que velan por el respeto de los derechos humanos por parte del legislador y/o la judicatura.

Sea cual sea la justificación de los derechos fundamentales que se quiera emplear, la propia noción de estos derechos implica un reconocimiento y un cuidado prevalente de la dignidad del hombre. Lo que ha supuesto a lo largo del tiempo una diversificación y especialización del catálogo de derechos, que ha intentado ir a la par con el desarrollo histórico y social. Es en virtud de este desarrollo y de las nuevas formas de tráfico de las sociedades modernas, lo que ha traído nuevos escenarios en lo que a derechos fundamentales se refiere.

En el siguiente apartado abordaremos precisamente uno de estos nuevos escenarios - que es el que da sustento teórico a este trabajo- cual es, la problemática

¹⁶ Ob. cit. 9, Fernández. p.27

de la lesión real o eventual de derechos fundamentales entre particulares, en sus relaciones jurídico privados, esto es, la llamada Horizontalidad de los derechos Fundamentales.

1.2 La Horizontalidad de los Derechos Fundamentales.

La discusión acerca de la operatividad de los Derechos Fundamentales debe necesariamente responder a la pregunta ¿Contra quién?, es decir, quien será el sujeto frente al cual el titular de derechos fundamentales podrá ejercerlos. Una primera respuesta - la respuesta “clásica” podríamos decir- es que este sujeto no es otro que el Estado. Si el propio Estado reconoce estos derechos derivados de la condición humana, y es éste quien se somete a los derechos fundamentales como verdaderas limitantes de su actuar, resulta lógico que los ciudadanos, en cuanto titulares de derechos fundamentales, hagan valer estas garantías en contra de acciones u omisiones de la actividad estatal que pudieran lesionar de alguna forma estos derechos.

Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo XX, se empezó a desarrollar la idea de que no sólo contra el Estado es posible que los titulares de derechos fundamentales los hagan valer, sino que también en contra de los particulares en sus relaciones de carácter privado. Esta idea, y que constituye la respuesta “moderna” para la pregunta acerca de la operatividad de los derechos fundamentales, es lo que en doctrina se conoce como la teoría de *Drittwirkung der Grundrechte* o efecto Horizontal de los derechos fundamentales¹⁷.

El desarrollo de la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales o *Drittwirkung der Grundrechte*, se originó en Alemania en la década del cincuenta, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, en cuyo razonamiento se fue gestando la idea según la cual un particular está perfectamente legitimado para

¹⁷ Lizama Portal L. y Ugarte Cataldo J. “Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa”. Santiago, Ed. Jurídica Cono Sur, 1998. 157p.

hacer oponible sus derechos fundamentales en contra de terceros por sus relaciones de carácter privado, que pudieran afectar o lesionar dichos derechos¹⁸.

Aunque según veremos, esta teoría ha tenido una amplia acogida en diversos ordenamientos jurídicos, y se ha asentado como una realidad dentro de la justicia constitucional, la recepción por parte de la doctrina y por parte de algunos jueces a la hora de fallar ha presentado ciertos matices. Ya que, tal como hace notar el profesor Jana, acerca de la recepción de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales a nivel doctrinal:

*“Para algunos, la vigencia de los derechos fundamentales entre los ciudadanos, sería “la última frontera de la Constitución Normativa”. Para otros, estamos en presencia de un “caballo de troya” que amenaza con disolver el derecho privado.”*¹⁹

Sin entrar en el análisis de los argumentos a favor o en contra de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, creemos necesario revisar al menos las dos teorías o modalidades que ha tomado la *Drittwirkung der Grundrechte*. En particular nos referimos a la distinción entre eficacia horizontal mediata, y eficacia horizontal inmediata. A continuación revisaremos en que consiste cada una:

¹⁸ El ejemplo tantas veces citado por la doctrina en esta materia es el conocido caso “Lüth”, en donde el Tribunal Constitucional Alemán, conoció de una presentación en que Sr. Lüth reclamaba una vulneración de su derecho a la libertad de expresión a causa de un fallo de un tribunal de instancia Alemán en que se acogía una demanda de boicot en su contra, con fundamento en normas del derecho civil. El Tribunal Constitucional Alemán, reconoció al sistema de derechos fundamentales como un sistema de valores objetivos que irradiaban a todo el ordenamiento jurídico. Por lo que dadas las condiciones del caso, el Sr. Lüth estaba justificado en su actuar por su derecho a la libertad de expresión, el que no podía ser privado o lesionado por una norma de derecho civil, tal como había fallado el tribunal de la instancia Alemán. Véase, Sentencia de la Primera Sala, del 15 de Enero de 1958 del Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 7, 198 [Lüth].

¹⁹ Jana Linetzky A. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. Apuntes de ayudantía de clases 2007. 7p. Revisado en:

www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0207/5/material_alumnos/previsualizar?id_material=6239

1.2.1 La eficacia mediata e inmediata de los Derechos Fundamentales.

- i. **Eficacia mediata (*mittelbare Drittwirkung*):** Esta visión parte de la base de que el sistema de derechos fundamentales es un sistema de valores objetivos que irradia a todo el ordenamiento jurídico, donde el Estado no es meramente un agente pasivo de la protección de derechos fundamentales, sino que plenamente activo, donde su tarea de protección se efectúa a través de la actividad estatal que realizan sus órganos, principalmente el legislador y la judicatura. Es decir, para esta teoría la función legislativa en primer lugar, y a falta de ésta, la función jurisdiccional, es la encargada de velar por el respeto de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Al legislador le compete regular los derechos fundamentales en las relaciones entre privados en virtud del principio de proporcionalidad, dotando al ordenamiento jurídico de reglas que eviten afectaciones de derechos fundamentales. Y a la función jurisdiccional le corresponde- en el caso concreto- aplicar dichas reglas o bien a falta de ellas fallar a favor de la supremacía constitucional de los derechos fundamentales. Puede verse que según esta visión que, quien realmente está sujeto a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados es el Estado, ya sea en la esfera legislativa (preventiva y de carácter general), como en la esfera jurisdiccional (ex post y de carácter particular), y no es, sobre el particular o el ciudadano sobre quien pesa este deber de protección. El particular está vinculado solo de forma mediata, como consecuencia de la actividad estatal, o más bien conforme a la interpretación de los órganos del Estado respecto a los derechos fundamentales como valores objetivos y generales a todo el ordenamiento jurídico.²⁰

- ii. **Eficacia inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*):** Según esta teoría los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos con rango constitucional, y por tanto es perfectamente posible hacerlos valer tanto contra

²⁰ ANZURES Gurría, Juan José. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 22(Enero-Junio): 3-51. 2010.

el Estado, como en contra de los particulares. La distinción con la eficacia mediata radica entonces en que no es necesario que el Estado haya ejercido su actividad, como legislador dictando una regulación consistente con la protección para las relaciones entre privados, o en el caso de la función jurisdiccional, los derechos fundamentales son mucho más que criterios interpretativos que sirvan para salvar vacíos, sino que son verdaderas razones de decisión, según las cuales el juez puede fundamentar su fallo. En otras palabras, la inmediatez está dada por la suficiencia del reconocimiento constitucional de estos derechos, lo que basta para que se legitime a las personas a hacerlos valer contra otros particulares, sin un necesario desarrollo posterior de algún órgano del Estado.²¹

Sea que se siga la teoría de eficacia mediata, o la teoría de la eficacia inmediata para abordar el tema de la eficacia horizontal, ambas posiciones nos dejan como conclusión que el conflicto de derechos fundamentales entre particulares en el marco de sus relaciones de carácter privado es efectivo y real. Y que dada la naturaleza de los derechos fundamentales, su supremacía formal y material, estos merecen y necesitan de una adecuada protección por parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Una vez atendida la horizontalidad de los derechos fundamentales, cabe hacer una reseña de la vinculación que esta teoría tiene con la relación jurídica laboral, es decir, cual es la importancia de esta concepción de los derechos fundamentales para la realidad actual de las relaciones entre empleador y trabajador. ¿Por qué dentro del desarrollo de la relación laboral, se está más propenso a una vulneración de derechos fundamentales entre privados?

La respuesta a esa pregunta viene dada por la configuración propia de la relación jurídica laboral. La que presenta particularidades que la distinguen respecto de otro tipo de relaciones jurídicas privadas.

²¹ Anzures Gurria, Ob. cit. 20.

Al elemento al que nos referimos es lo que conocemos como el vínculo de subordinación y dependencia, criterio identificador de toda relación jurídico laboral, y el que a grosso modo supone una legitimación, establecida por el ordenamiento jurídico, que permite el poder de una parte sobre la otra²².

Así, al contrario del paradigma de la autonomía de la voluntad que impregna todo el Derecho Civil, según el cual las partes contratantes se entienden prima facie en igualdad de condiciones, la relación jurídica laboral se asienta en una diferencia real y legitimada de los contratantes. Una realidad sobre la cual el Derecho Laboral opera, y que de alguna forma explica la noción tradicional del Derecho del Trabajo como un derecho protector.

Sin embargo, al hablar de los derechos fundamentales en la relación laboral, y de su cierta potencialidad de afectación, no debemos soslayar otra importante dimensión que hace más compleja la evitación y resolución de estos conflictos. Esta dimensión que señalamos, es el hecho que el empleador en cuanto sujeto de derechos, también posee derechos fundamentales.

Es más, es gracias a estos derechos, que el empleador está legitimado y justificado en el ejercicio de sus poderes, ya sean organizacionales, de dirección o disciplinarios²³. Y es en el desempeño de estas prerrogativas, que pueden darse circunstancias de afectación de derechos fundamentales hacia los trabajadores. Esta materia y que corresponde al Capítulo II de este trabajo es de vital importancia para intentar dar una dirección para evitar los conflictos al interior de la relación laboral.

Otro ingrediente de complejidad que revisten las relaciones jurídico laborales, en cuanto a la afectación de derechos fundamentales, la encontramos en las condiciones imperantes en donde ésta se desarrolla.

²² Lizama Portal L. y Ugarte Cataldo J Ob. cit. 17. p 143.

²³ Melis Valencia Christian, "Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales", Abeledo Perrot, 2° edición 2010 (Santiago, Chile).

La organización económica y las características en que se realiza el intercambio de bienes y servicios en la actualidad, así como la complejidad que han alcanzado las relaciones jurídicas en el tráfico moderno, advierten que las posibilidades de conflictos o lesiones de derechos fundamentales no vayan, sino en aumento. Y las relaciones jurídico laborales- que son las que en este trabajo nos interesan- son un claro ejemplo de ello.

En efecto, desde que es la Empresa el lugar en donde mayoritariamente se centralizan todos y cada uno de los aspectos económicos y laborales, en las sociedades actuales, es la Empresa el escenario propicio para que se produzcan real o potencialmente conflictos que determinen lesiones de derechos fundamentales. Es por esto que en el siguiente apartado de este Capítulo abordaremos el concepto de Ciudadanía en la Empresa, acuñado por la dogmática laboralista, y que precisamente dice relación con la ecuación: relación jurídico laboral y derechos fundamentales.

1.3. Los derechos fundamentales en la relación laboral.

No cabe duda que el trabajador goza de los derechos fundamentales fuera del lugar de trabajo. *“La interrogante se centra, por el contrario, cuando el trabajador se inserta en la estructura organizativa del empleador, durante su jornada laboral y mientras tenga vigencia el contrato”*²⁴. Esta pregunta es la que trataremos de resolver a continuación.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a la que nos hemos referido, consiste entonces, en el reconocimiento de su aplicación en las relaciones entre privados, ampliando el radio de acción tradicional, que tiene como sujeto activo a sujetos particulares frente al Estado, quien en la realización de sus actividades puede vulnerar las libertades y derechos de los ciudadanos. El reconocimiento de la horizontalidad ha implicado no sólo un cambio de visión, sino el cuestionamiento de principios tradicionales fuertemente arraigados en las democracias liberales. De esta

²⁴ Gamonal Contreras Sergio, Trabajo y Derecho, Editorial Abeledo Perrot, Segunda Edición, p. 51.

manera, es una teoría que ha remecido al derecho privado, en particular al derecho del trabajo.

La teoría de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales o *Drittwirkung der Grundrechte*, fue creada en 1954 en Alemania por Hans Carl Nipperdey, en su calidad de juez del Tribunal Laboral Federal. En un primer término fue aceptada por Tribunal Federal del Trabajo y luego por el Tribunal Constitucional alemán. Las experiencias vividas durante la segunda guerra mundial, fomentaron un gran interés por la protección de los derechos fundamentales en Alemania, provocando una fuerte influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho privado. Tal como expone el profesor Melis:

“Este proceso de surgimiento de la Drittwirkung der Grundrechte se explica fundamentalmente por: el creciente surgimiento y desarrollo de los centros de poder privado y el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, todo ello, teniendo como marco doctrinal la teoría de los valores”²⁵.

La aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito privado de las personas, implica que:

“(…) estos derechos rigen como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre particulares, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas, desarrollando así una eficacia horizontal. Se produce de esta manera una notoria evolución frente a la concepción tradicional del constitucionalismo liberal, y el argumento que los derechos fundamentales son concebidos como medios de defensa frente al poder del Estado en contraposición a un Estado absoluto, esto es, se entiende a los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos

²⁵ Melis Valencia Christian, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 12

*cuya eficacia directa queda constreñida al ámbito de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial)”.*²⁶

Además, se ha señalado que las relaciones entre privados son regulados democrática y objetivamente por el legislador, en cambio cuando interviene el Estado se pierde la imparcialidad. En este sentido el profesor Gamonal expresa:

*“Se dice que la horizontalidad implica un peligro para el derecho privado, ya que operaría como un límite excesivo de la autonomía privada afectando la tradición argumentativa del derecho civil. Otro argumento precisa que la textura abierta de los derechos fundamentales podría ampliar más allá de lo razonable las potestades del juez y caer, de esta forma, en una abierta discrecionalidad judicial, afectándose gravemente la seguridad jurídica”*²⁷.

El *Drittwirkung* modificó lo sostenido por las teorías tradicionales, al identificar la existencia cada vez más presente de entidades privadas que ejercen grandes cuotas de poder, de manera que ya no es sólo el Estado quien puede ejercer un poder capaz de amenazar los derechos fundamentales de las personas, sino también los sujetos, organizaciones e instituciones pertenecientes al Derecho Privado los que pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades.

Desde esta perspectiva, el resorte que active las garantías protectoras de los derechos fundamentales no puede descansar en el sujeto transgresor (público o privado), sino que en la naturaleza de la propia lesión²⁸. Lo que señala Caamaño tiene mucha lógica ¿qué debe ser lo relevante para el ordenamiento jurídico, identificar quién produce el daño o la víctima de éste? Para nuestro criterio es evidente que el enfoque debe estar en la víctima, porque se trata de un individuo que se encuentra en una

²⁶ Caamaño Rojo Eduardo, “La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo”. En: REVISTA DE DERECHO DE LA PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO, número XXVII, 2006, p. 25.

²⁷ Gamonal Contreras Sergio, Trabajo y Derecho, Editorial Abeledo Perrot, Segunda Edición, p. 58.

²⁸ *Ibíd.* p. 26.

situación de vulnerabilidad, lo cual hace imperioso entregarle protección jurídica. Por consiguiente, se produjo cada vez más influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado, materializándose en litigios entre particulares, donde la solución no provenía solamente de la legislación laboral o civil, sino que intervenían normas y principios constitucionales.

Tradicionalmente el contrato de trabajo y las normas del derecho laboral se han encontrado totalmente separados de la esfera constitucional y los derechos que se consagran en él. La doctrina laboral ha declarado la independencia y autosuficiencia de la rama, no sólo del derecho constitucional, sino también del derecho civil. Este divorcio tuvo varias razones: en primer lugar, la tradicional distinción entre derecho público y privado, en esta última área se encuentra incluido el contrato de trabajo, de tal manera, que se considera la relación laboral como un vínculo entre privados, alejándose de toda influencia constitucional. En segundo lugar, la radical distancia entre el prototipo ideológico sobre el cual se construyó la normativa del contrato de trabajo, la cual se relaciona con el obrero industrial. *En cambio, los derechos fundamentales se vinculan al burgués liberal, lo que abrirá un abismo difícil de superar*²⁹.

El acercamiento o lo que podríamos llamar el comienzo de una comunión se produce luego de la primera guerra mundial en el siglo XX, con la dictación de las Constituciones de México y Weimar, en 1917 y 1919 respectivamente, fueron los primeros instrumentos normativos de carácter constitucional que incluyeron derechos sociales y entre ellos derechos labores, a esto se le llamo constitucionalismo social. *“Con Weimar, la constitución deja de ser únicamente la ley suprema del Derecho público, reguladora de las relaciones entre Estado y ciudadanos; se convierte también en la ley fundamental del Derecho privado, reguladora de las relaciones entre ciudadanos privados (F. Galgano). Y a decir verdad, sólo después de Weimar el Derecho del Trabajo adquirirá autoridad y conciencia de su entidad, entre ambas*

²⁹ Ugarte Cataldo José Luís, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, p. 7.

necesarias para escoger los materiales con los cuales se está edificando". Sin duda, el nacimiento de este tipo de constitucionalismo significó que la tutela del trabajador y los derechos que le son reconocidos en su calidad de tal, sean un elemento indispensable para toda Constitución occidental. Esto ha hecho posible *"conciliar los intereses de los actores sociales y los principios de una economía de libre mercado, con los valores, libertades y garantías consagrados en los derechos esenciales que la Carta Fundamental asegura a todas las personas"*³⁰. Fue tan grande la repercusión que tuvo la Constitución del Weimar, que la podemos ilustrar en el diálogo que tuvieron Otto Kirchheimer y Franz Neumann, que sostuvieron el siguiente diálogo: *"Weimar, ¿y después?, le replicaba así: Entretanto, y ante todo Weimar"*³¹

Este proceso se encuadra dentro de lo que conocemos como la constitucionalización del derecho del trabajo, que significa *"la incorporación de las cláusulas laborales a los textos constitucionales donde el Estado plasma los principios esenciales del derecho laboral en la constitución. El derecho del trabajo, por su parte, alcanza una consolidación definitiva al adquirir rango constitucional"*³². O en palabras de Guastini *"un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entremetida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales"*³³. Así las Constituciones toman un rol poderoso, teniendo sus normas en especial los derechos fundamentales una eficacia inmediata y directa, no sólo en las relaciones entre particulares y el Estado, sino también en las relaciones que se generen entre privados, lo que ya hemos conocido y estudiado como eficacia horizontal. De esta manera en la actualidad hay autores como Rafael Asís que sostienen que: *"en el estadio actual del constitucionalismo contemporáneo difícilmente*

³⁰ Ob.cit. 26, Caamaño Rojo. p. 19.

³¹ Romagnoli Humberto, Weimar ¿y después?, Autoridad y Democracia en la Empresa, Editorial Trotta, p. 20.

³² Gamonal Contreras Sergio, Introducción al Derecho del Trabajo, Editorial Conosur, p. 33.

³³ Ob.cit. 28, Ugarte. p. 8.

*puede postularse que los derechos constitucionales no mantengan vigencia en el ámbito de las relaciones privadas*³⁴.

Tal como señalamos en un comienzo, debemos preguntarnos que ocurre con el ciudadano titular de derechos consagrados constitucionalmente que ingresa a prestar servicios a una empresa bajo dependencia y subordinación, ¿Pierde sus derechos constitucionales? ¿Los derechos fundamentales no le son aplicables? El derecho del trabajo tiene una naturaleza protectora porque reconoce que no hay una relación igualitaria entre el trabajador y el empleador, no pueden negociar de igual a igual, porque básicamente uno tiene el poder económico y es el dueño del empleo y por contraparte el trabajador tiene la necesidad de obtener dinero para mantener a su familia, por consiguiente, no existe el escenario para la aplicación de la autonomía de la voluntad. Asimismo, los empleadores cuentan con el poder de dirección que conlleva las facultades de determinar la forma en que se debe realizar la prestación de servicios y la aplicación de sanciones disciplinarias, entre otras. Supiot hace una distinción respecto de las libertades públicas y privadas en las empresas, *“Bajo su aspecto colectivo, las libertades públicas conducen a dibujar en el seno de la empresa áreas de autonomía que escapan al poder de dirección del empresario. Bajo su aspecto individual, tienden a salvaguardar las libertades del trabajador de los excesos del vínculo de subordinación”*³⁵. A todo esto, debemos sumar la existencia de nuevos medios tecnológicos que implican un mayor control sobre el trabajador, los cuales pueden vulnerar su intimidad y honor. Así, *“La eficacia de los derechos fundamentales cobrará una vigencia mayor, lo que se explica, porque la relación laboral posee un elemento particular que la diferencia de las otras relaciones jurídicas entre particulares, cual es, el vínculo de subordinación del trabajador frente a su empleador, de lo que se deriva que el empleador detente un poder particular frente al trabajador (de dirección y*

³⁴ Gamonal Contreras Sergio, Trabajo y Derecho, Editorial Abeledo Perrot, Segunda Edición, p. 57.

³⁵Supiot Alain, Crítica del Derecho del Trabajo, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, España, 1º Edición 1996, p. 175..

control), que es reconocido y amparado por el propio sistema jurídico”³⁶. Es por ello, que: “el derecho del trabajo ha tenido y tiene por primera razón de ser la de paliar esta carencia, es decir, <<civilizar>> el poder empresarial, dotándolo de un marco jurídico allí donde se ejerce, es decir, en la empresa”³⁷, o lo otros han llamado “introducir la Constitución a la fábrica”³⁸.

La primacía de ciertas ideologías políticas y económicas ha provocado que en occidente mayoritariamente, el Estado vaya perdiendo relevancia e influencia en la vida de las personas, así el poder ya no está concentrado en el aparato estatal, sino que está diseminado en la sociedad. En todos los países de occidente se pueden identificar grandes grupos económicos o empresas multinacionales que tienen una gran influencia en todos los ámbitos de la sociedad, tanto en lo económico, político social y cultural. Prieto Sanchis señala que: “es evidente que gigantescos grupos privados ejercen un poder de hecho no menos amenazador que el del Estado, convirtiendo en pura ilusión la teórica igualdad de las partes y la no menos teórica autonomía de la voluntad”³⁹. Esta situación ha implicado un traspaso del poder que puede vulnerar las libertades y dignidad de las personas desde el Estado a la esfera privada.

De acuerdo a lo anterior, y a modo de cierre podemos sostener que la celebración de un contrato de trabajo, no tiene razón alguna para que implique la pérdida o la no aplicación de los derechos fundamentales que establece la Constitución Política de la República. Es más, por la naturaleza de la relación de trabajo, donde una

³⁶ Caamaño Rojo Eduardo, La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, 2006, p. 21.

³⁷ Ob. cit. 34 Supiot. p. 175.

³⁸ Valdés Dal-Re Fernando, citado por Christian Melis Valencia, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 33.

³⁹ Melis Valencia Christian, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 13.

de las partes se encuentra en una manifiesta situación de desventaja, es un escenario propicio para intervención de los derechos inherentes a la persona humana, lo cual envuelve la aplicación horizontal de los derechos fundamentales. *“Hasta el presente, se ha venido entendiendo, como hecho indiscutido, que los trabajadores, en su condición de partes de un contrato de trabajo, son titulares de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. O lo que es igual, que éstos son derechos subjetivos que pueden hacerse valer frente a la contraparte de la relación contractual a través de los remedios que el ordenamiento jurídico arbitra”*⁴⁰. En definitiva, son derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano.

1.3.1. Naturaleza de los derechos que integran una relación laboral.

El Derecho del Trabajo ejerce su influencia y rol protector de los trabajadores en diferentes escenarios y dimensiones, garantizándoles el respeto de sus derechos en todo escenario y ante todo tipo de sujetos, ya sean personas naturales, empresas u organismos públicos. Los derechos protegidos y promovidos son los siguientes:

- i. **Derechos propiamente Laborales del trabajador:** se trata de aquellos establecidos y regulados por el Código del Trabajo, por ejemplo: jornada de trabajo, feriado anual, entre otros. Estos derechos le pertenecen al trabajador en su calidad de contratante.
- ii. **Los derechos fundamentales específicos:** *“(libertad sindical, derecho de negociación colectiva, huelga) atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad”*⁴¹,

⁴⁰ Valdéz Dal- Re Fernando, Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador, Autoridad y Democracia en la Empresa, Editorial Trotta, p. 41.

⁴¹ Ob. cit. 29 Ugarte. p .3.

- iii. **Los derechos fundamentales inespecíficos:** *“(intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al Derecho del Trabajo garantizar al interior de la empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática”⁴².*

1.3.2 Derechos Fundamentales Inespecíficos.

La gran novedad del Derecho del Trabajo en la actualidad y que concentra el mayor número de publicaciones de la doctrina es sin duda la irrupción de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. Esta doctrina que nació en Alemania ha diseminado sus postulados por todo occidente, incluido Chile que no sólo ha incorporado el concepto de ciudadanía de la empresa a la legislación, sino que también ha integrado conceptos creados por la doctrina comparada, como es el caso de la distinción entre derechos fundamentales específicos e inespecíficos, confeccionada por el profesor español Manuel Palomeque. Este autor nos explica claramente el contexto actual y los efectos de la ciudadanía de la empresa: *“Hoy, en el último giro de tuerca en la historia de esta disciplina, el Derecho del Trabajo ha asumido una nueva tarea: el reconocimiento y la protección de aquellos derechos que acertadamente fueron llamados por la doctrina comparada como derechos laborales inespecíficos, esto es, aquellos “otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en ámbito de las mismas”⁴³, tales como, los señalados en el artículo 5º de nuestro Código del Trabajo, la intimidad, la vida privada o la honra”⁴⁴. En otras palabras, los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, se trata de derechos que no derivan de la calidad de dependiente, sino de su calidad de ciudadano, que le permite poseer derechos de*

⁴²Palomeque, M. C., citado por José Luís Ugarte Cataldo, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, p. 3.

⁴³ Ibidem.

consagración constitucional que podrá hacer efectivos tanto fuera como dentro de la empresa.

Este giro de tuerca o nueva bandera de lucha, se debe como muy bien lo señala el profesor Melis a que:

“En el ámbito laboral, la problemática de la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de la empresa, ha sido y sigue siendo uno de los tópicos de mayor trascendencia para la doctrina iuslaboralista. Ello no es de extrañar si se discurre sobre el hecho que la empresa, dadas las posiciones en las que se encuentran los sujetos que interactúan en su interior –en relación de subordinación y de dependencia- es ante todo un arquetipo del poder privado contemporáneo. En la empresa pueden verse seriamente afectadas la intimidad y vida privada del trabajador, el honor y la propia imagen, el pensamiento ideológico (político, religioso, etc.), la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc., derechos todos respecto de los cuales el trabajador es titular en cuanto ciudadano”⁴⁵.

En nuestra constitución podemos identificar derechos constitucionales de carácter general, que no se restringen en su ejercicio a las relaciones laborales, es decir, su origen no proviene de una relación regulada por el Código del Trabajo. Sin embargo, pueden ser ejercidos por trabajadores y empleadores dentro de ellas. Se produce así una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecíficos por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Nos referimos al derecho a una vida digna, derecho al respeto a las personas y el derecho a la integridad física y psíquica⁴⁶

⁴⁵ Melis Valencia Christian –Sáez Carlier Felipe, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 213.

⁴⁶ Thayer William- Novoa Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Derecho individual de trabajo, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 5° edición.

1.3.3 Derechos Fundamentales Específicos

Al examinar los derechos constitucionales, hay algunos que tienen un origen específico o exclusivamente de una relación laboral, de tal manera, que no es posible ejercerlas fuera de ellas. *“Las relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio”*⁴⁷. De esta manera los derechos constitucionales específicos son aquellos que le corresponden a los trabajadores y empleadores en su calidad de sujetos de una relación laboral. A modo ejemplar, los profesores William Thayer y Patricio Novoa, señalan como derechos específicos en nuestra Constitución Política de la República los siguientes⁴⁸:

- i. Libertad de trabajo;
- ii. Derecho a la no discriminación;
- iii. Derecho a una justa retribución;
- iv. Erradicación del trabajo forzoso e infantil;
- v. Derecho al trabajo decente;
- vi. Derecho de asociación;
- vii. Libertad sindical;
- viii. Derecho a la negociación colectiva.

⁴⁷ Palomeque López, Manuel y Álvarez de la Rosa, Manuel, Derecho del Trabajo, Decimosexta edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, p.113.

⁴⁸ Thayer William- Novoa Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Derecho individual de trabajo, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 5ª Edición.

Por su parte Gamonal señala que: “*el orden público laboral consagrado en la Constitución de 1980, el siguiente orden: (1) la libertad de trabajo y su protección y la justa retribución, (2) la no discriminación y (3) la libertad sindical.*”⁴⁹

1.4. El Concepto de Ciudadanía en la Empresa.

El concepto de Ciudadanía en la Empresa quiere significar el reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito en donde este desempeña su actividad. En otras palabras el concepto que aquí se desarrolla reconoce todo el catálogo de derechos que la Constitución garantiza a las personas, también en su dimensión de trabajador, más precisamente con ocasión del trabajo.

La ciudadanía en la Empresa debe claramente distinguirse aquí de aquel que se conoce como Ciudadanía de la Empresa, concepto que se refiere a las formas y a los procesos de participación y representación de los trabajadores al interior de la empresa, lo que se ha conocido también como Democracia en la Empresa⁵⁰.

Para los objetivos de este trabajo nos interesa el concepto de Ciudadanía en la Empresa, sin dejar de señalar que ambos conceptos tienen un tronco común cual es el reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales de la persona.

Vistas así las cosas, lo innovador de esta idea no es el reconocimiento de derechos fundamentales típicamente laborales al interior de la relación laboral, como el derecho a la sindicalización, por ejemplo. Sino que el reconocimiento y plena eficacia de otros derechos que dicen relación más bien con la dignidad humana, que con la condición especial de trabajador o cualquier otra condición. Por ejemplo, el derecho a la intimidad, a la libre expresión, la libertad religiosa, a la no discriminación, etc.

La mencionada distinción entre derechos fundamentales típicamente laborales, y otros que no lo son, es lo que la doctrina laboralista ha llamado derechos laborales

⁴⁹ Gamonal Contreras Sergio, Fundamentos de Derecho Laboral, Editorial Lexis Nexis, Primera Edición 2008, p. 37.

⁵⁰ Jeammaud A., La Ciudadanía en la Empresa. En APARICIO J., BAYLOS A. (Eds.). Autoridad y democracia en la Empresa. Madrid, Editorial Trotta, 1992, pp 179-190.

fundamentales inespecíficos, y derechos laborales fundamentales específicos, según la nomenclatura dada por el profesor Palomeque⁵¹ y ampliamente recogida por los autores. Cuestión que fue abordada en profundidad más arriba en este trabajo.

Este concepto viene a derribar la antigua idea de que el individuo, una vez que entra a su lugar de trabajo, debe hacer a un lado sus derechos constitucionalmente garantizados, que como ciudadano e individuo posee, ya que debe someterse a los poderes casi omnímodos del empleador. En un lugar en donde la democracia y los derechos no tiene cabida⁵².

Se relativizan los poderes del empresario, en el sentido de someter a estos a límites constitucionalmente establecidos. El empresario en cuanto a empleador, pero también en cuanto dirige la actividad productiva, debe armonizar su actuar con el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, no solo respecto de los derechos típicamente laborales, como se ha dicho, sino que también debe garantizar la intimidad, la libertad religiosa y de conciencia, y respeto por la dignidad en su empresa.

Ahora bien, las causas que explican de este cambio de paradigma, que pasó desde la antigua concepción de la fábrica concebida como un pequeño reino del empleador, a una concepción más democrática y respetuosa de los derechos fundamentales, son variadas y numerosas. A continuación revisaremos alguna de ellas.

1.4.1 Razones que justifican el concepto de Ciudadanía de la empresa.

i. La idea de Empresa como escenario de relaciones de poder.

⁵¹ Palomeque López, Manuel-Carlos. Los Derechos Laborales en la Constitución Española, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1991.

⁵² Melis Valencia, Christian, "Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como límites a los poderes empresariales, Abeledo Perrot, Santiago, 2º Edición 2010, p. 33.

Como se ha expuesto más arriba, las sociedades modernas en el actual sistema económico imperante, se organizan entorno a la Empresa. Ésta entendida como la unidad organizacional que tiene por fin un interés lucrativo.⁵³

Sin embargo, este ente organizativo no está exento de problemas en sus relaciones externas e internas, ya que las relaciones que la Empresa establece son fundamentalmente relaciones de poder. En efecto, la empresa transnacional y sus injerencias en las economías de los estados son claramente un ejemplo de una relación de poder externa de la Empresa. Así también, la estructura organizativa de la empresa a su interior supone relaciones de poder entre sus directivos y sus subordinados⁵⁴.

En este trabajo nos interesa la relaciones de poder internas que se dan en la estructura organizativa que es la empresa, la que por su naturaleza suponen una jerarquización de las tareas, y por ende la subordinación de uno más poderoso o con otro sin poder. El profesor Melis citando al profesor Otto Khan- Freund sostiene que en la empresa: *“la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno”*⁵⁵. Situación que grafica precisamente el problema central del Derecho del Trabajo en general, pero también de la justificación de la recepción del concepto de Ciudadanía de la Empresa en los distintos ordenamientos jurídicos.

En efecto, hemos anotado que la particularidad de la relación laboral, esto es, el vínculo de subordinación y dependencia configura una relación de poder, y es en la Empresa, el escenario donde estas relaciones de poder tienen mayor intensidad y presentan actualmente mayor número de problemas en la afectación de derechos fundamentales. Lo anterior es fruto de las distintas y cambiantes políticas de dirección que puede adoptar la organización empresarial para obtener sus fines lucrativos. Por

⁵³ Conforme a la definición de la RAE, en www.rae.es.

⁵⁴ Sobre la Empresa como paradigma del poder privado, ob. cit. 4. Melis Christian, p 37.

⁵⁵ *Ibíd.* p.38.

ejemplo, la empresa puede adoptar políticas de resguardo de información que muchas veces pueden llegar a vulnerar el derecho a la intimidad de sus trabajadores, o bien, medidas de seguridad al interior de ella, que puedan representar amenazas al derecho a la intimidad de los trabajadores.

Entonces, la recepción del concepto de Ciudadanía en la Empresa viene a morigerar, o bien ser un límite a las relaciones de poder que pueden encontrarse al interior de la Empresa, poniendo el énfasis en que la cobertura de protección de los derechos fundamentales, todos ellos, también alcanza y llega al interior de ella.

ii. El proceso de constitucionalización del Derecho en general, y en especial del Derecho del Trabajo.

Un fenómeno que ha sido transversal a distintas áreas del derecho privado y que no ha escapado al Derecho del Trabajo es el de la constitucionalización. En el caso del derecho laboral, este proceso comenzó con el reconocimiento de derechos y principios laborales en varias constituciones europeas de principios del siglo veinte, y continúa en la actualidad, pero hoy con una mirada desde la constitución hacia la relación jurídica laboral, no tanto ya desde la consagración normativa de tópicos laborales en la ley fundamental, sino que desde la aplicación directa de la constitución en la relación jurídico laboral⁵⁶.

Es la versión contemporánea de este proceso la que importa destacar en este trabajo, en la que se realiza una interpretación constitucional de las prácticas laborales, o dicho de otra forma, es el contrato de trabajo el que se aprecia bajo el prisma de las garantías constitucionales. Como se verá más adelante en extenso en este trabajo, los procedimientos de tutela de derechos constitucionales, y la letra del artículo 5° de nuestro Código del Trabajo son ejemplos claros de esta introducción de la constitución en la relación jurídica laboral. Y el concepto de Ciudadanía en la Empresa es claro ejemplo de este proceso de volcar la constitución al derecho laboral, y en específico a la relación jurídica laboral.

⁵⁶ Ob. cit. 20, Anzures. p.36

Una vez examinadas estas dos ideas que explicarían la concepción teórica del concepto de Ciudadanía en la Empresa, toca ahora revisar como normativamente han recibido esta concepción algunos ordenamientos jurídicos en el derecho comparado, para posteriormente revisar el estado actual en el derecho chileno.

1.4.2 Reconocimiento de la Ciudadanía en la Empresa en el derecho comparado.

En esta apartado nos proponemos exponer algunos lineamientos generales del reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador en sus relaciones laborales, esto es, del reconocimiento de la ciudadanía en la Empresa en diversos ordenamientos jurídicos. Lo anterior, con el objeto de dar cuenta de la diversidad de mecanismos o elementos con que cuentan algunos sistemas jurídicos comparados para abordar esta problemática.

i. La ciudadanía en la empresa en el derecho español.

Una importante sentencia⁵⁷ del Tribunal Constitucional Español del 19 de Julio de 1985 sostuvo lo siguiente:

*“2. 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, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a)], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. **Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto Constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus***

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 19 de Julio de 1985, STC 88/1985.

derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico Constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza.»
(Énfasis añadido).

Una muestra clara de las ideas de Ciudadanía en la Empresa se recogen en la parte considerativa de la sentencia expuesta, esto es, que los derechos fundamentales tienen una amplitud que no puede, ni debe agotarse cuando el individuo entra a la esfera organizacional de la Empresa. Así como tampoco puede ser un pretexto para acciones lesivas de estos derechos, que el accionar del empleador encuentra justificación también en derechos constitucionalmente consagrados, a saber: la libertad de empresa y el derecho de propiedad.

El extracto de la sentencia anteriormente citada es una buena prueba de cómo en el ordenamiento jurídico español, así como también en el derecho francés, ha sido la justicia constitucional la que ha ido a la vanguardia en el reconocimiento implícito del concepto de ciudadanía en la empresa, tomando una postura de avanzada respecto de los máximos tribunales de justicia, y así también de avanzada respecto a al legislador, quien más bien ha venido a llenar vacíos, que dar pautas en materia de protección de derechos fundamentales⁵⁸.

Es interesante apuntar que este rol protagónico del Tribunal Constitucional Español (TCE) en materia de protección de derechos fundamentales entre particulares, se ha hecho mediante el reconocimiento mediato de la teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales. En efecto, en virtud de la configuración del sistema de garantías constitucionales en el ordenamiento jurídico español, el TCE conoce vía recurso de amparo de las infracciones o posibles vulneraciones a los derechos

⁵⁸ Valdez dal ré Fernando, "La Vinculabilidad jurídica de los Derechos Fundamentales de la Persona del trabajador: Una aproximación al Derecho Comparado." Revista Derecho Privado y Constitución, n° 17 Enero-Diciembre 2003, p.521

fundamentales, cuando se hayan agotado todas las vías o recursos en la justicia ordinaria, y siempre que la violación del derecho provenga de una acción u omisión que de forma directa e inmediata sea imputable al órgano jurisdiccional.⁵⁹ Si bien la lesión del derecho de los trabajadores se daba con ocasión de una relación jurídico laboral, el TCE revisaba el fallo de los tribunales laborales, y no la situación fáctica entre empleador y trabajador que produjo dicha lesión.

ii. La ciudadanía en la empresa en el derecho peruano.

Nuevamente podemos apreciar el rol central del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, en rigor, de los derechos laborales inespecíficos, según la nomenclatura que se ha venido tratando en este trabajo. A continuación expondremos dos sentencias del Tribunal Constitucional Peruano (TCP), que dan cuenta de esta situación.

La primera de estas sentencias⁶⁰ dice relación con el conocimiento y fallo de un recurso de amparo presentado por un médico contratado por un servicio de salud peruano, en el cual el recurrente planteaba la vulneración de dos garantías fundamentales -la libertad religiosa y libertad de conciencia, por parte de su empleador al obligarlo de manera intempestiva a realizar turnos de trabajos el día sábado.

La vulneración a estas garantías constitucionales que alegó el recurrente se fundamentaba en base a dos consideraciones: i) la primera decía relación al hecho de que este era miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo día, la cual cuenta entre sus principios dogmáticos con la obligación de guardar el día sábado para la observancia y la rendición del culto; ii) la segunda, que durante todo el tiempo que este trabajador llevaba ejerciendo su labor, nunca se le había obligado a ejercer turnos

⁵⁹ Ibid,p.522

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano de fecha 19 de Agosto de 2002, EXP. N.º 0895-2001-AA/TC.

de trabajos los días sábados, en base al conocimiento de la religión que profesaba, de ahí que la decisión de asignarle trabajo este día motivara la presentación del recurso.

Uno de los razonamientos que tuvo en cuenta el TCP para acoger este recurso de amparo con voto de mayoría- y que es relevante para este trabajo- fue la ponderación entre el derecho a la libertad religiosa y la libertad de conciencia, y el derecho del empleador a modificar las condiciones del trabajo, es decir, frente al *ius variandi*. El TCP al respecto se pronunció de la siguiente forma en el fundamento octavo de la sentencia:

*“En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio..”⁶¹*

Luego y en el mismo sentido el TCP expuso en el mismo fundamento octavo, lo siguiente:

“La vaga referencia a las "razones de necesidad institucional" que la emplazada formula en su contestación de la demanda parecen ser, desde todo punto de vista, ambiguas e insuficientes. Tampoco puede considerarse que el otorgar, en este caso, al recurrente el beneficio de la eximencia de acudir los días sábados, pudiera significar una afectación al derecho de igualdad de los demás médicos que prestan servicios a la emplazada, toda vez que el demandado ha demostrado, a través de la documentación que obra

⁶¹ Ob. cit. 64. Cortés.

de fojas 6 a 13, que cumple durante los días lunes a viernes con las 150 horas mensuales promedio que los médicos asistentes están obligados a laborar...⁶²

La segunda de las sentencias⁶³ del TCP que aquí interesa destacar es aquella que declaró sin efecto el despido acontecido de una trabajadora municipal, por cuanto se habría vulnerado su derecho constitucional al debido proceso, al ser desvinculada sin razón alguna, y sin que se llevaran a efecto los mecanismos que el estatuto municipal ordenaba, así como tampoco ningún tipo de sumario o procedimiento disciplinario o sancionatorio.

Aplicando el principio de primacía de la realidad, el TCP determinó que existía un vínculo de subordinación y dependencia entre la recurrente y el municipio, lo que hacía aplicable el estatuto municipal. Hasta aquí el TCP no vinculaba un derecho constitucional infringido, sin embargo, siguiendo este razonamiento los jueces constitucionales determinaron que la desvinculación arbitraria de la trabajadora, si vulneraba la garantía a un debido proceso. En el fundamento quinto, el TCP expone lo siguiente:

“Por consiguiente, se ha acreditado la transgresión del derecho al debido proceso consagrado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, toda vez que, al margen de la indefensión en la que sea ha encontrado la actora, la Administración Municipal no ha sido justa en su actuación, contraviniendo los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y afectando sus derechos laborales, por lo que la presente demanda deberá estimarse otorgando la tutela constitucional correspondiente.”

⁶²Ibíd.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano del 6 de Noviembre de 2002, exp. N° 125-2002-AA/TC.

Fue la inobservancia del proceso administrativo, que por estatuto municipal le era aplicable a la trabajadora, que el TCP consideró vulnerado el derecho laboral inespecífico del debido proceso de ésta.⁶⁴

iii. El concepto de ciudadanía en la empresa en el derecho francés.

El profesor Valdez dal Ré en un estudio comparado sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, pone el acento en el diálogo que ha existido entre la jurisprudencia judicial francesa y el legislador al respecto. Este intercambio de ideas, y que ha contribuido a enriquecer la experiencia laboral, y ha asentar el concepto de ciudadanía en la empresa, puede reflejarse como una política decisiva desde la década de los ochenta del siglo pasado, hasta nuestro días⁶⁵.

La promulgación de las leyes Auroux a principio de los años ochenta promovió la “entrada” de una serie de libertades individuales al lugar del trabajo. Entendiendo que el trabajador como tal no deja de poseer aquellos derecho que también pose como individuo, ciudadano, y claramente en su calidad de persona.

Como correlato a esta intención del legislador de ampliar los espacios de protección y reconocimiento de los derechos fundamentales al interior del trabajo, la Corte de Casación francesa, en dos conocidos casos, falló de tal forma que puede desprenderse un reconocimiento tácito del concepto de ciudadanía en la empresa en la ratio legis de los mismos. El primero de ellos el caso Clavaud, la Corte de Casación Francesa declaró nulo el despido del Sr. Clavaud, pues este había sido motivado por el hecho de que el Sr. Clavaud dio una entrevista a un periódico local, relatando y dando detalles de las condiciones laborales que imperaban en la empresa en que este se desempeñaba. El empleador sostuvo en su alegación que se justificaba el despido ya que dicha entrevista había puesto en una situación de descrédito a la empresa, lo

⁶⁴ Ambas sentencias se encuentran citadas en, Cortes Carcelán, Juan Carlos: “Los Derechos laborales Inespecíficos laborales: análisis del algunas sentencias del Tribunal Constitucional. En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Academia de la Magistratura, 2004.

⁶⁵Ob. cit. 40 Valdés dal Ré, p. 519-521.

cual era incompatible con la subordinación del contrato de trabajo. Sin embargo, razonando la corte francesa en torno a la libertad de expresión del trabajador, esta declaró nulo el despido⁶⁶.

Otro caso relevante visto por el alto tribunal francés es el del sacristán de Saint-Nicolas- du-Chardonnet en el cual la Corte de Casación declaró nulo el despido del sacristán en base a la protección de su derecho a la vida privada e intimidad. Puesto que este trabajador había sido despedido por su empleador, al momento de que este tomara conocimiento de su condición homosexual⁶⁷.

Por último, volviendo al escenario legislativo, el profesor Valdes dal Ré, señala igualmente la importancia de las reformas legislativas de 1992 al código laboral francés, las que sirvieron para afirmar en el texto positivo el respeto de los derechos de la persona del trabajador. Por ejemplo, las reformas al artículo 120-2 de dicho cuerpo legal.

1.5. Reconocimiento del concepto de “ciudadanía en la empresa” en el derecho chileno.

A continuación estudiaremos y describiremos de la concepción de la ciudadanía en la empresa en las relaciones laborales en Chile. Para ello, veremos como ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia judicial y administrativa.

1.5.1. Reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno.

i. Constitución Política de la República (CPR)

Valdés Dal-Ré señala acertadamente a nuestro juicio que: *“El reconocimiento de un texto normativo, preferentemente constitucional de los derechos vinculados a la persona del trabajador, es desde luego, la condición necesaria para el disfrute de*

⁶⁶ Ibíd.

⁶⁷ Ob. cit. 40 Valdes dal Ré, p.519-521.

*los mismos en el concreto ámbito de la empresa*⁶⁸. De esta manera comenzaremos estudiando el reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución Política de la República

Aún cuando la Constitución de 1980 establece explícitas garantías de naturaleza laboral -que analizaremos más adelante en detalle- es el artículo 5 inciso segundo⁶⁹ de la carta fundamental, el que abre la puerta en materia de derechos fundamentales. Puesto que no hay un reconocimiento expreso de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales o del concepto de ciudadanía de la empresa. Los profesores Ugarte y Lizama han señalado que: *“la eficacia directa o inmediata de estos derechos es posible inferirla a partir de una interpretación armónica y sistemática de diversas disposiciones de nuestra Carta Fundamental”*⁷⁰, en particular de las siguientes:

a) **Artículo 6 de la CPR:** establece que:

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

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

⁶⁸ Christian Melis Valencia – Felipe Sáez Carlier, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 214

⁶⁹ Artículo 2 inciso segundo de la Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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”.

⁷⁰ Caamaño Rojo Eduardo, La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, 2006, p. 30.

“La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

De este artículo nos interesa el inciso segundo, puesto que en él se señala que estarán obligados a cumplir con las normas constitucionales tanto el Estado y sus órganos como también los ciudadanos, instituciones y grupos de cualquier naturaleza. En otras palabras, prescribe que todos los individuos, incluidos empleadores y trabajadores deben cumplir lo prescrito por la CPR y garantías fundamentales reconocidas en ella. Esta norma nos permite determinar que no es necesaria ninguna regla posterior que reconozca la plena aplicación de los derechos fundamentales, es decir, estamos ante una norma que es totalmente autosuficiente.

La eficacia de los derechos fundamentales se ve confirmada con el reconocimiento en el texto constitucional de derechos y libertades exigibles tanto en el ámbito público y privado, que en palabras de Palomeque hemos denominado inespecíficos, a modo ejemplar podemos mencionar: el derecho a la no discriminación, la libertad de expresión y el derecho de propiedad. Simultáneamente, hay derechos constitucionales de naturaleza laboral que hemos llamado específicos.

- b) **Artículo 19 número 26 de la CPR:** “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. La relevancia de esta norma consiste en que no se permite a ninguna persona, ya sea natural o jurídica, de derecho público o privado limitar bajo ninguna causa las garantías consagradas constitucionalmente.

- c) **Artículo 20 de la CPR:** la carta fundamental no sólo consagra derechos y libertades fundamentales, sino también entre un medio de defensa o de tutela llamado acción o recurso de protección⁷¹.

Sin embargo, para la doctrina, este instrumento ha sido insuficiente para proteger a los trabajadores. Esto se refleja en la opinión del profesor Ugarte: *“La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección. Alejado de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol compensador a favor del contratante débil, dicha construcción produce una evidente insensibilidad de esta acción a la posición procesalmente débil del trabajador en litigios de derechos fundamentales y laborales en general, cuestión ampliamente destacada en la doctrina comparada”*⁷². Los principios y características propias del derecho laboral y el tratamiento procesal especial, requerían imperiosamente la creación de un proceso que protegiera los derechos fundamentales de los trabajadores, desde la mirada de un experto laboral.

- d) **Artículo 19 número 16:** la libertad de trabajo se encuentra consagrada en el artículo 19 número 16 de la CPR⁷³. Si nos referimos a su contenido *“la*

⁷¹ Artículo 20 de la Constitución Política de la República: El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

⁷² Ugarte Cataldo José Luis, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, P. 7

⁷³ La libertad de trabajo y su protección: Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. 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. Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

interpretación más aceptada de esta garantía, su contenido incluye los siguientes aspectos:

- *El derecho de todas las personas para buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficios lícitos.*
- *A nadie se le puede imponer un trabajo o un trabajador.*
- *La garantía constitucional es amplia, ya que comprende tanto al trabajo subordinado como el independiente*
- *No obstante las libertades anteriores, la Constitución reconoce el valor del trabajo y la dignidad del trabajador⁷⁴.*

Incluiremos dentro de la libertad de trabajo, la libertad de contratación y libre elección del trabajo y el derecho a una justa retribución.

La CPR no contempló el derecho al trabajo que propuso la Comisión de Estudio, puesto que se consideró necesario eliminar todas las declaraciones

Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley. La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella. No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.

⁷⁴ Gamonal Contreras Sergio, Fundamentos de Derecho Laboral, Editorial Lexis Nexis, Primera Edición 2008, p. 38.

programáticas y que no daban acción para exigir su cumplimiento. Sin perjuicio, hay parte de la doctrina que considera que el derecho se encuentra amparado en la CPR, al contemplar la protección de la justa retribución; de prohibir la discriminación; la libertad de elección del trabajo; la existencia como medio de defensa de la libertad de trabajo; y el Recurso de Protección.

Por contraparte, algunos señalan que esto no es tan claro dado que la libertad de trabajo, entiende que una persona realice una actividad y el resto se abstenga. En cambio, cuando nos referimos al derecho al trabajo, suponemos que se ejerce en relación a otra persona u organismo, quien tendrá que hacer una acción específica y no una simple abstención como ocurre con las libertades. Sin embargo, es importante dejar claro que estas garantías *“no pueden entenderse en el sentido que los redactores constitucionales hayan establecido el imperio de la autonomía privada en materia laboral, de forma tal que los empleadores pudieran contratar libremente y establecer con plena libertad las modalidades del contrato de trabajo”*⁷⁵

La libertad de trabajo puede tener un sentido monovalente, que se refiere a la defensa ante el poder del Estado. También puede tener un sentido polivalente, es decir, es de carácter universal, no sólo respecto del Estado, sino también de los de los sujetos privados, lo que es concordante con el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

La libre elección es una garantía que merece algunas palabras, podemos decir que antecede a la libre contratación, y se ha entendido según la Corte de Apelaciones como *“La facultad para optar entre varias alternativas como son las de trabajar o no, la de elegir la clase de ocupación, y la de escoger las oportunidades lícitas que se le ofrezcan, según la propia aptitud, vocación y albedrío y sin ejecución a poder externo”*. La libre contratación es el derecho del empleador y del trabajador a elegir libremente a sus colaboradores, pero se debe hacer la salvedad que esto no implica que el constituyente haya

⁷⁵ Ibidem. p. 39.

establecido el imperio de la autonomía privada en materia laboral, dicha autonomía opera sobre los mínimos establecidos en la Ley para proteger a la parte más débil de la relación laboral.

El derecho a una justa retribución (artículo 19 N° 16 inc. 2) junto con la libertad del trabajo son fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico laboral, no sólo respecto a las normas sobre remuneraciones y su protección, sino de los preceptos protectores en general y del derecho colectivo del trabajo.

Retribución es un concepto más amplio que el de remuneración, puesto que considera al trabajo dependiente e independiente y por que la forma de la retribución puede ser en dinero o especie. Por su parte la CPR reconoce el sentido social y familiar de la remuneración al señalar que ella debe ser justa. Sin embargo, justa remuneración es diferente a una remuneración mínima, puesto que consiste en que se paga lo correspondiente al trabajo realizado y no a las necesidades del trabajador. Por su parte, la remuneración mínima significa que ella debe alcanzar para lograr una vida digna del trabajador y su familia.

Se han planteado ciertas críticas a la libertad de trabajo. Así se ha sostenido que estos derechos en la práctica han perdido relevancia, puesto que ante el poder incontrarrestable del empleador la mayoría de los trabajadores al suscribir un contrato de trabajo, se encuentran realmente ante un contrato de adhesión y no de libre discusión. Asimismo, se ha sostenido *“que estas garantías se orientan hacia un ámbito de libertad más que hacia la igualdad, en consonancia con la interpretación que se le ha dado al rol subsidiario del Estado en Chile y con el denominado Orden Público Económico consagrado en la Carta de 1980”*⁷⁶.

- e) **Artículo 19 N° 16 inciso tercero:** *“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.* *“De*

⁷⁶ Ibidem. P. 39.

*lo anterior, se sigue que en el sistema jurídico vigente en nuestro país, las personas se encuentran dotadas de un derecho constitucional, en el ámbito laboral, a no ser objeto de discriminaciones arbitrarias, esto es, según señala el propio precepto del texto fundamental, cualquier discriminación que no diga relación con la idoneidad o capacidad personal*⁷⁷.

Este artículo tiene plena vinculación al artículo 19 número 2 del mismo cuerpo legal, que consagra la igualdad ante la ley: *“disponiendo que en Chile no hay persona ni grupo privilegiado y que los hombres y mujeres son iguales ante la ley. Agrega que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*⁷⁸.

Es importante determinar que entendemos por discriminación, el profesor Caamaño nos explica este concepto de forma clara y precisa: *“la discriminación es un concepto valórico determinado, que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender el porqué y la finalidad de la desigualdad. De este modo, la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado como injustificado o arbitrario*⁷⁹.

La Dirección del Trabajo, ha señalado las implicancias de la prohibición de los actos discriminatorios, al sostener que:

“(…) si bien la Constitución, permite al oferente de trabajo, calificar cuáles son los elementos o las destrezas que componen la aptitud o idoneidad personal de cada puesto de trabajo, dicha determinación no debe ser arbitraria, debiendo entenderse, por estar en potencial riesgo algunos de los derechos

⁷⁷ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD.: N° 0543/31 de 2004.

⁷⁸ Gamonal Contreras Sergio, Lineamientos de Derecho del Trabajo, Editorial LexisNexis 2006, p. 31.

⁷⁹ Caamaño Rojo Eduardo, El Derecho a la No Discriminación en el Empleo, Editorial LexisNexis 2005, p. 49.

*fundamentales del trabajador, como la no discriminación y la intimidad del trabajador, dicha facultad de modo restrictivo, en cuanto la ley laboral, aplicando el principio de vinculación directa de los particulares al texto fundamental, consagrado en los artículos 5º y 6º de la Constitución, ha expresamente señalado, en el nuevo inciso primero, del artículo 5º del Código del Trabajo, que "el ejercicio de las facultades que la ley 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"*⁸⁰.

La doctrina nacional considera el derecho a la no discriminación como el más importante de los derechos inespecíficos en la relación laboral y una de las razones más potentes para la aprobación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales⁸¹.

- f) **Artículo Nº 16 inciso cuarto**⁸²: este derecho consagra la libertad de afiliación gremial. Esta garantía constitucional está dirigida a las organizaciones sindicales como a las organizaciones gremiales y colegios profesionales. La Constitución señala que ninguna Ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantener en éstos.

⁸⁰ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD.: Nº 3840/194 de 2002.

⁸¹ Ugarte Cataldo José Luis, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, P. 34.

⁸² Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones únicas que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

g) **Artículo 19 N° 19:** libertad sindical, la CPR establece: *“El derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria”*. Al respecto el profesor Gamonal señala:

“La libertad sindical es el principio matriz del derecho colectivo del trabajo. La libertad sindical implica la posibilidad de trabajadores y empleadores de organizarse libremente, con el fin de constituir organizaciones colectivas que los representen por medio de dos mecanismos específicos: la negociación colectiva y la huelga”⁸³.

La libertad sindical puede ser positiva o negativa. La primera se manifiesta en el artículo 212 del Código del Trabajo *“Reconócese a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas”*. Por consiguiente la libertad positiva comprende las siguientes situaciones:

- Libertad de los trabajadores para constituir un sindicato.
- Libertad para afiliarse a un sindicato ya constituido.
- Libertad o autonomía sindical.

Por su parte la libertad negativa contiene dos aspectos:

- Libertad del trabajador para desafiliarse o hacer abandono del sindicato.
- Libertad para no asociarse a ningún sindicato.

⁸³ Gamonal Contreras Sergio, Fundamentos de Derecho Laboral, Editorial Lexis Nexis, Primera Edición 2008, p. 51.

El artículo 19 N° 16 inciso 5°, establece el Derecho a la Negociación Colectiva, que se encuentra definida en el artículo 303 del Código del Trabajo como: *“un procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unen para tal efecto, o con unos y otros con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones, por un tiempo determinado”*

El artículo 19 N° 16 inc. 6°, no se establece el derecho a huelga, sino que señala los casos en que no procederá. Esta norma se debe cotejar con el Pacto de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales que contempla: *“El derecho a huelga ejercido en conformidad con las leyes de cada país”*.

ii. **Derechos Inespecíficos:** sin entrar en detalle de cada uno se pueden identificar los siguientes derechos y libertades constitucionales, que sin ser estrictamente laborales se pueden aplicar a las relaciones de trabajo en la calidad de ciudadano del trabajador:

- Artículo 19 número 1: Derecho a la integridad física y psíquica;
- Artículo 19 número 2 y 16: Derecho a la igualdad y de no discriminación;
- Artículo 19 número 6: Libertad de conciencia y de religión;
- Artículo 19 número 4: Derecho al honor y a la intimidad personal;
- Artículo 19 número 5: Inviolabilidad de las comunicaciones;
- Artículo 19 número 12: Libertad de expresión e información;
- Artículo 19 número 13: Derecho de reunión;
- Artículo 19 número.21: Libertad para el ejercicio de actividades económicas;

- Normas consagradas en Tratados Internacionales y ratificados por Chile, que son parte de nuestro ordenamiento jurídico por aplicación del artículo 5 inciso segundo de la CPR;
- Entre otros.

Sin dudas es importante que la Constitución como máximo texto normativo reconozca la horizontalidad de los derechos fundamentales, sin embargo, como bien sabemos la sola promulgación de normas, no soluciona las dificultades. En este sentido se ha pronunciado parte de nuestra doctrina:

“Pese al reconocimiento normativo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador en nuestro orden jurídico, ello no había significado hasta ahora la vigencia efectiva de las mismos, cuestión que la doctrina había destacado anotando profundo divorcio entre las normas y la realidad. Era lo que denominábamos nuestro particular macondo jurídico”⁸⁴.

iii. Reconocimiento Legal – Código del Trabajo

Es posible identificar un momento de inflexión en la normativa laboral que se produce con las modificaciones que introduce al Código del Trabajo la Ley 19.759, cuyo espíritu e intenciones pueden desprenderse rápidamente de su mensaje:

“se ha estimado necesario incluir normas que impliquen un mejoramiento en el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa. El gobierno considera que la dignidad de ciudadano de cada trabajador no puede ser sobrepasada por la normativa interna de la empresa bajo ningún pretexto. Ella y sus derechos subsecuentes, tienen su origen no sólo en la Constitución Política de la República, sino que en las normas más básicas del respeto y la convivencia humana. En este punto, hemos querido ser muy claros: los tiempos que vivimos exigen hacernos cargos de la ciudadanía laboral que

⁸⁴ Ugarte Cataldo José Luis, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, P. 17

*acompaña a cada persona, sea este jefe o subordinado dentro de la empresa. El respeto a dicha dignidad debe ser resguardado por la normativa legal vigente*⁸⁵

La reforma estableció una modificación al artículo 5 del Código del Trabajo, el cual señala 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 pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

Esta norma ha sido muy bien recibida por la doctrina siendo declarada como *“el rutilante artículo 5º de nuestro Código del Trabajo”*⁸⁶. Esto se debe a que: *“Dicha norma está revestida de un indudable valor normativo y constituye un canon interpretativo de indudable relevancia”*⁸⁷. En nuestra opinión hay un antes y un después de la vigencia de la citada norma, de manera expresa se pone un límite al poder del empresario y empleador, los cuales muchas veces se ven incontrarrestables por trabajadores individuales

Es curioso que el reconocimiento al que hemos hecho referencia se haya realizado por una ley ordinaria y no por medio de la Constitución, en su calidad de cuerpo legal supremo, debido a que se trata del aumento de la aplicación de normas de naturaleza constitucional. El artículo 5º fue un gran avance, pero no se utilizó quizás el mejor vehículo para incorporar la ciudadanía de la empresa a nuestro ordenamiento jurídico.

⁸⁵ Mensaje de la Ley 19.759 del 16 de noviembre de 2001.

⁸⁶ Ugarte Cataldo José Luis, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, p. 3.

⁸⁷ Christian Melis Valencia – Felipe Sáez Carlier, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 215.

Al artículo 5° del Código del Trabajo en un comienzo se le considero como una norma de valor “*simbólico-declarativo*”⁸⁸, puesto que los Tribunales de Justicia no llevaron a efecto su aplicación de la forma debida, aunque debemos considerar que no existía el proceso ideal para realizarla, situación que cambiará con la Ley 20.087 que crea el proceso de tutela de derechos fundamentales, al cual nos referiremos más adelante.

El artículo 5° no fue la única reforma relevante que en materia de derechos fundamentales realizó la ley 19.759, sino también modificó el artículo 2° del Código del Trabajo, consagrando el derecho a la no discriminación, expresamente señala que:

“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. 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 ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.”

Otras de las modificaciones importantes que realizó la Ley 19.759 fue el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, relacionadas con el Reglamento Interno

⁸⁸ Caamaño Rojo Eduardo, La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, 2006, p. 32.

de Orden, Higiene y Seguridad, objeto del presente trabajo. La modificación estableció que:

“Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, 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”.

Esta norma se encuentra en directa concordancia y recoge los principios de la jurisprudencia administrativa y que ha acuñado la Dirección del Trabajo, la cual analizaremos en detalle a lo largo del presente trabajo.

Asimismo, se introdujo el artículo 154 bis del Código del Trabajo, el cual prescribe 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”.

Esta disposición tiene como objetivo proteger la intimidad del trabajador, valor esencial en la tutela de los derechos fundamentales.

Otras modificaciones legales se produjeron por la Ley 20.005 del año 2005, la cual tipifica y sanciona los casos de acoso sexual en el trabajo, lo que se relaciona directamente con la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales. Es muy relevante la modificación del artículo segundo del Código del Trabajo al señalar que:

“Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

Se relaciona directamente con la modificación realizada al artículo 153 inciso segundo del Código del Trabajo, el cual prescribe lo siguiente:

“Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”.

Al respecto son del todo pertinentes las palabras, del profesor Caamaño cuando sostiene:

“Con disposiciones como las transcritas, se confirma, entonces, que al menos desde la perspectiva del Derecho del Trabajo sustantivo se va abandonando la vieja concepción contractualista que permitía fijar una visión de dos ciudadanías conforme a la cual, la ciudadanía del trabajador expresada en el ejercicio efectivo o, al menos, en la posibilidad de ejercicio de aquellos derechos fundamentales que le son propios como ser humano más allá de su condición de contraparte de un contrato de trabajo, quedaba fuera del ámbito de la empresa y, por el contrario se promueve y refuerza normativamente un nuevo enfoque de las relaciones laborales que, sin obviar sus particularidades tradicionales, las complementa y revaloriza a partir del reconocimiento del trabajador como un sujeto dotado de derechos inalienables e inherentes a su condición de persona”⁸⁹

La ley 20.087 publicada el año 2006, sustituyó el procedimiento laboral e introdujo la creación del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, que tal como dice el profesor Ugarte: *“Este procedimiento de tutela viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de ese tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo”⁹⁰*. El

⁸⁹ Caamaño Rojo Eduardo, La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, 2006, p. 32.

⁹⁰ Ugarte Cataldo José Luis, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, p. 23.

procedimiento tiene entonces, una eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales, facultando al trabajador a demandar directamente al empleador. Sin entrar en detalle aún, podemos señalar que se aplica:

- A las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales.
- Aquellos que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores.
- Los derechos sean lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.
- También en los casos de actos discriminatorios y represariales en contra de los trabajadores.

Entendemos aquí que se produce una lesión de derechos y garantías fundamentales: *“cuando el ejercicio de las facultades que la Ley le reconoce al empleador limitan su pleno ejercicio sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto de su contenido esencial”*⁹¹

Finalmente, nos queremos referir a la ley N° 20.348 de 2009 relativa a la igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres que realicen las mismas funciones. Esta modificación se encuentra claramente inspirada en la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación; para lo cual introdujo el artículo 62 bis del Código del Trabajo que establece lo siguiente:

“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 las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.

⁹¹ Academia Judicial, Manual Juicio del Trabajo, 2008, p. 133.

El procedimiento que permite a los trabajadores llevar a cabo los reclamos por incumplimiento de esta norma se encuentra dentro de uno de los requisitos que se debe estipular en el reglamento interno.

1.5.2 La Jurisprudencia Administrativa de la Dirección del Trabajo.

La Dirección del Trabajo ha reconocido e impulsado la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales como queda de manifiesto en el dictamen 2.856/162 del 30 de agosto de 2002, que se ha llamado dictamen marco:

“En el ámbito nacional es posible afirmar que existe, a no dudarlo, un claro reconocimiento de la idea de "ciudadanía en la empresa", al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral –por ejemplo, la libertad sindical– sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales –inespecíficos o de la personalidad–, que como se señaló, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, tales como: el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1); derecho de igualdad y de no discriminación (19 N°s. 2 y 16), libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N° 6), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 N° 4), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5), libertad de opinión –expresión– e información (artículo 19 N° 12), derecho de reunión (artículo 19 N° 13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N° 21), etc.; así como también, otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía (artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política)”.

La Dirección del Trabajo ha jugado un rol estelar en la protección de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Al respecto el profesor Melis sostiene: *“En la jurisprudencia administrativa se observa ya un proceso de maduración en torno a la conformación de una doctrina y, sobre todo, de una línea interpretativa en*

*relación con los derechos fundamentales de los trabajadores y su vigencia, frente a los poderes empresariales*⁹²

La Dirección del Trabajo comienza con este proceso en la década del 90, donde podemos mencionar dentro de los primeros dictámenes el Ord. N° 4.842-300 del 15 de septiembre de 1993 y el Ord. N° 287/14 de 1996, sobre este último es ilustrador el siguiente párrafo:

“Así, mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha facultad se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas”.

Los elementos centrales de la doctrina de la Dirección del Trabajo sobre la aplicación de los derechos fundamentales son:

*“la dignidad humana como su antecedente jurídico/filosófico; la función limitadora de las facultades empresariales, y la identificación del principio de proporcionalidad como mecanismo de resolución de conflictos”*⁹³.

La dignidad humana es el antecedente más inmediato del reconocimiento de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, así la Dirección del Trabajo ha señalado:

⁹² Christian Melis Valencia, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 66.

⁹³ Christian Melis Valencia – Felipe Sáez Carlier, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 219. Los autores hacen referencia al dictamen Ord.: 2.856/162 del 30 de agosto de 2002, el cual se conoce como dictamen marco en materia de derechos fundamentales.

“Este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador [...] En esta perspectiva, los derechos fundamentales encuentran en los valores superiores de la dignidad humana, la libertad y la igualdad sus parámetros modeladores y conformadores, de forma tal, que los mismos deben necesariamente explicarse, interpretarse y aplicarse a partir de dicho reconocimiento. Los derechos fundamentales constituyen entonces, la expresión jurídica más tangible y manifiesta de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad. Siendo su categorización de “fundamentales” una manifestación de contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona”⁹⁴

En relación a los derechos fundamentales como límites a los poderes empresariales, del artículo 5° del Código del Trabajo, se desprenden los siguientes elementos esenciales:

El empleador podrá utilizar las facultades que le otorgue la ley, siempre y cuando reconozca un límite, identifique y respete las garantías constitucionales de los trabajadores. Teniendo especial preocupación de infringir, perturbar o afectar la vida privada o la honra de los trabajadores.

La mejor forma de ilustrar este límite se encuentra en el dictamen marco 2.856/162 del 30 de agosto de 2002 cuando se refiere al artículo 5 de nuestro Código del Trabajo:

“Dicha norma está revestida de un indudable valor normativo y dotado de una verdadera visión 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. Como se señaló está llamada a constituirse en la

⁹⁴ Dictamen de la Dirección del Trabajo, Ord. N°:2.856/162, 30/8/2002.

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 5, 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 de 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 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 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”.

Los límites a los que hacemos referencia estarán presentes a lo largo de toda la relación laboral. Desde su inicio, con los conocidos exámenes pre ocupacionales, en su desarrollo con los diferentes medios de control que pueda ejercer el empleador, y, en el término de la relación laboral situación que pudiese implicar la violación del principio de indemnidad. De esta manera, se puede identificar un límite interno, estrictamente ligado al poder del empleador y uno externo, materializado en la colisión de derechos, donde los fundamentales triunfan por sobre los otros.

La Dirección del Trabajo, ha señalado la forma de enfrentar la colisión de los derechos fundamentales de los trabajadores con los derechos de los empresarios - empleadores, para cual propone la utilización del principio de proporcionalidad, ilustrador de lo que se señala el dictamen marco 2.856/162 del 30 de agosto de 2002:

“El principio de proporcionalidad admite una división en subprincipios que en su conjunto comprenden el contenido de este principio genérico: "principio de adecuación", en cuya virtud 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 –principio reconocido en la jurisprudencia de este Servicio al pronunciarse sobre los requisitos de las medidas de revisión y control del personal, al establecerse que tales medidas, entre otras condiciones, "deben ser idóneas a los objetivos perseguidos" (Ordinarios N°s. 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96; y 2.309/165, de 26.05.98)–; "principio de necesidad", que 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 el "principio de proporcionalidad en sentido estricto", por el cual 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”.

La labor de la Dirección del Trabajo más que ir generando una doctrina ha establecido criterios de interpretación para cada caso particular. De esta manera, la Dirección no se refiere a los derechos mismos, en su contenido y extensión, sino que se refiere a los límites de la facultad del empresario y empleador. En la práctica el mayor número de dictámenes del órgano fiscalizador se refieren a los diversos medios de control y revisión, sobre todo de carácter tecnológico, que durante su utilización pueden vulnerar dignidad, privacidad y honor de todo trabajador. Para evitar, esta situación la Dirección del Trabajo ha exigido: que dichos medios se deben incorporar al Reglamento de Orden, Higiene y Seguridad dictado conforme a la ley; las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los fines perseguidos, en ningún caso implicar actos ilegales o arbitrarios; las medidas no deben tener un carácter pre-policia, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos ocurridos en la empresa. Por el contrario, deben tener una naturaleza preventiva y despersonalizada.

También ha señalado que respecto a los medios de control, que se deberán realizar por mecanismos de selección que garanticen la universalidad y despersonalización de las revisiones y deberá respetarse la dignidad del trabajador⁹⁵. La influencia de la Dirección del Trabajo en esta materia ha sido que tal, que sus postulados motivaron la modificación del artículo 154 del Código del Trabajo en su inciso final por la Ley 19.759 del año 2001, el cual señala en la actualidad:

“Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 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”.

1.5.3. El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.

En este punto no nos referiremos en detalle al procedimiento de tutela de derechos fundamentales, debido a que no es el objeto de este trabajo explicar cada una de sus etapas o aspectos de este nuevo procedimiento, sino que dar una mirada general que nos permita reconocer su importancia y efectos en las relaciones de trabajo.

Ahora bien, tal y como lo hemos expresado más arriba en este trabajo, resulta un lugar común pensar que la sola promulgación de una ley resolverá una determinada materia. Cuando hablamos de proteger los derechos fundamentales, si bien los mecanismos jurídicos son esenciales, estos no son suficientes. Y esto puesto que el ámbito preventivo y de protección de los derechos humanos excede con creces el ámbito estrictamente jurídico, pues tiene proyecciones en el ámbito político, económico y cultural. Es por eso que nos identificamos con las palabras de Bobbio al señalar que:

⁹⁵ Dictámenes de la Dirección del Trabajo: Ord. N° 684/50, 18/10/1996; Ord. N° 8005/323, 11/12/1995; Ord. N° 195/8, 17/1/2002; Ord. N° 2852/0158, 30/8/2002; Ord. N° 287/14, 11/01/1996; Ord. N° 2328- 130, 19/7/2002, Ord. N° 2309/165, 26/5/1998, entre otros.

“el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político”⁹⁶.

En Chile no se contemplaban medios de protección especiales para la protección de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. La única herramienta procesal era la acción de protección, la que no demostraba ser un medio efectivo. Y esto se explica- conforme a lo que señala el profesor Ugarte- básicamente porque:

“La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección. Alejado de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol compensador a favor del contratante débil, dicha construcción produce una evidente insensibilidad de esta acción a la posición procesalmente débil del trabajador en litigios de derechos fundamentales y laborales en general, cuestión ampliamente destacada en la doctrina comparada”⁹⁷.

Como hemos señalado de forma reiterada, la relación jurídico laboral posee una serie de características y particularidades, las que deben ser reconocidas al establecer un procedimiento o medio de protección de los derechos contemplados en esta, de otra forma se termina desnaturalizando y perdiendo toda eficacia.

Por otra parte, el recurso de protección ampara sólo algunos de los derechos consagrados en el artículo 19 de la CPR, quedando fuera del ámbito de protección una garantía constitucional relevante de índole laboral, cual es, la no discriminación laboral, contenida en el artículo 19 n°16 inc. tercero⁹⁸.

Otra crítica que puede realizarse al recurso de protección en esta materia es lo sostenido por algunos autores en el sentido de que el recurso de protección no está

⁹⁶ Bobbio Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre” en El tiempo de los derechos, Madrid, P. 63.

⁹⁷ Ugarte Cataldo José Luís, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, p. 18.

⁹⁸ Ibídem. p. 19.

concebido para proteger la estabilidad laboral, es decir, si un trabajador interponía un recurso de protección, el empleador podría tomar represalias y despedirlo.

La nueva normativa de protección de derechos fundamentales del trabajador, contempla la garantía de indemnidad, que de alguna manera viene a llenar ese vacío que existía en nuestra legislación, en relación a una relativa indefensión en que se encontraba el trabajador al respecto.

En la realidad anterior a la entrada en vigencia de la ley 20.087 no existía una adecuada protección en el procedimiento laboral, el cual conforme a lo señalado por el profesor Ugarte:

“concepción patrimonial de la tutela procesal laboral, propia del nacimiento del Derecho del Trabajo, sobre la cual se construye la mayor parte de la estructura procedimental de nuestro Código, entendía que el único conflicto o litigio jurídico laboral digno de amparo judicial es el que involucra el ejercicio de derechos avaluables en términos económicos”⁹⁹.

Consecuencia de lo mencionado es que se llamó al procedimiento y normativa laboral, un mero derecho del despido, donde la mayoría de las causas que se encontraban en tribunales versaban sobre terminación de contrato. Al respecto, resulta pertinente lo consignado por la profesora Marzi:

“La doctrina laboral nacional había destacado la necesidad de contar con un cauce jurídico idóneo para la llamada “ciudadanía en la empresa”, título detrás del cual yace una idea simple: no por estar en una relación de trabajo, una persona deja de detentar sus derechos fundamentales frente a cualquier tipo de poder. Esta conclusión tiene más de medio siglo y que podía advertirse

⁹⁹ Ugarte Cataldo José Luís, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, p. 20.

*fácilmente por cualquier observador interesado en los derechos fundamentales, el ejercicio del poder en la sociedad y la democracia*¹⁰⁰.

En enero de 2006 se publica la Ley 20.087 que sustituye el procedimiento del trabajo contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, y que posteriormente sería modificada por las Leyes 20.252, 20.260 y 20.287 del año 2008. La reforma estableció la creación del Procedimiento de Tutela Laboral, regulado en el párrafo 6º, Capítulo II, Título I, Libro V del Código del Trabajo. Una de las características que define la especialidad de este procedimiento consiste en la limitación del objeto procesal, así se tutelarán los derechos fundamentales cuando estos resulten afectados o lesionados en el marco de la relación laboral. Además el procedimiento de tutela laboral se limita a proteger determinados derechos fundamentales que se enumeran taxativamente en el artículo 485¹⁰¹. Dentro de los aspectos distintivos de la reforma, debemos mencionar también el principio de indemnidad, que entrega un mecanismo de protección en el caso de represalias empresariales ante un reclamo administrativo o acción judicial realizada por el trabajador. Sin embargo, tal como dijimos anteriormente sus efectos no son del todo ideales, y en ese sentido se ha pronunciado parte de la doctrina, al señalar:

¹⁰⁰ Marzi Muñoz Daniela, ¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral, Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile 2010, p. 131.

¹⁰¹ Artículo 485 del Código del Trabajo: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 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.

“El resultado en todo caso, hay que decirlo, no es del todo satisfactorio. El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales fruto de las negociaciones políticas y las presiones empresariales del caso, ha quedado con un evidente déficit jurídico (...)”¹⁰².

Ahora bien, cabe resaltar como aspectos destacables del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, la prueba indiciaria¹⁰³, que es una verdadera garantía procesal que opera sobre la carga de la prueba. Recayendo ésta con mayor intensidad sobre el denunciado, es decir el empleador, puesto que para el trabajador es muy difícil aportar los medios de prueba suficientes para acreditar sus pretensiones.

Finalmente, y sobre el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, que manifiesta el pleno reconocimiento legal y jurisprudencial de la eficacia de derechos fundamentales en el derecho laboral chileno, la Corte Suprema ha señalado:

“Que, uno de los pilares centrales de las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por las leyes número 20.022, 20.023, 20.087, 20.260 y 20.287, se dirigieron entre otros aspectos, a remarcar la vigencia plena de los derechos que el trabajador detenta no sólo en tal calidad, sino también en su condición de persona, estableciendo aquello como eje fundamental en las relaciones laborales, creando nuevos procedimientos, más democráticos como se dijo en el proyecto, generándose al efecto el de tutela laboral”¹⁰⁴.

1.5.4. Reconocimiento en la Doctrina Nacional.

Para entender cuál ha sido el recorrido que ha realizado la doctrina nacional en esta materia, Ugarte nos contextualiza de manera elocuente:

¹⁰² Ugarte Cataldo José Luís, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, p. 21.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Fallo de la Corte Suprema, en autos sobre recurso de amparo N° 3776, del 15 de junio de 2009.

“En Chile, es claro que el laboralismo conservador impuso su programa en las últimas décadas. El Derecho del Trabajo quedó reducido a la legislación laboral y su espacio único de preocupación eran las condiciones mínimas de trabajo y salarios, relegando a un segundo plano los derechos constitucionales del trabajo, especialmente los de naturaleza colectiva. En el último tiempo, sin embargo, especialmente desde la reforma laboral del 2001 (Ley 19.759), el Derecho del Trabajo ha comenzado a expandirse, asumiendo especial preocupación por los derechos fundamentales específicos del trabajador, especialmente por la libertad sindical, e intentando poner a tono nuestra regulación legal con las normas constitucionales e internacionales sobre la materia. Pero también con los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, especialmente con la promulgación de la reforma procesal laboral (Ley 20.087), incorporando al ámbito procesal el inédito tema de la ciudadanía al interior de las empresas¹⁰⁵.

Si bien el reconocimiento de los derechos fundamentales ha pasado por varias etapas, en la actualidad existe un consenso transversal de la plena aplicación de los derechos fundamentales en la relación laboral, es decir de la ciudadanía de la empresa. En este reconocimiento – tal y como hemos expresado- existe un actor que ha sido determinante, nos referimos a la Dirección del Trabajo, *“la que sin duda se ha constituido en el principal promotor e impulsor en Chile de la causa de los derechos fundamentales en el trabajo”¹⁰⁶*. Este proceso se inició en los años noventa, donde podemos destacar el dictamen ORD N° 287/14, en el cual se señala que las facultades y poderes del empresario se encuentran limitados por la dignidad y honra de las personas. En otras palabras, la Dirección del Trabajo se anticipó a los legisladores en establecer un límite al poder empresarial, es más nos atrevemos a afirmar que el órgano administrativo es quien sienta las bases necesarias para la reforma legal de 2001.

¹⁰⁵ Ugarte Cataldo José Luis, La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De Erizo a Zorro, Revista de Derecho, Volumen XX, N°2, diciembre de 2007, p. 52.

¹⁰⁶ Ob. cit. 4 Melisp. 66.

El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es tan generalizado, que se refleja en afirmaciones de diversos autores nacionales, como lo son:

Melis: *“el trabajador es titular de derechos fundamentales, los que conocemos como personales o inespecíficos, que sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de persona del trabajador (...)”*¹⁰⁷;

Gamonal: *“Para el derecho laboral no existen dudas que el trabajador goza de derechos humanos fundamentales por su calidad de tal, por ejemplo, el derecho al trabajo, a la protección de la maternidad, al salario justo, a la libertad sindical, etc. Sin embargo, desde fines de la década del noventa se ha enfatizado también que el trabajador tiene los otros derechos, denominados inespecíficos en la doctrina española, referidos a los derechos civiles y políticos de todas las personas en general”*¹⁰⁸;

Humeres refiriéndose a las modificaciones de la Ley 19.759: *“estas modificaciones reconocen que la dignidad de cada trabajador no puede ser sobrepasada por la normativa interna de la empresa bajo ningún pretexto, toda vez que ésta tiene su fundamento no sólo en la Constitución Política, sino que en las normas más básicas del respeto y la convivencia humana”*¹⁰⁹;

Caamaño: *“En la Constitución Política de la República (CPR) chilena no es posible encontrar un reconocimiento expreso, de carácter declarativo, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Sin embargo, la eficacia directa o inmediata*

¹⁰⁷ *Ibidem* p. 63.

¹⁰⁸ Gamonal Contreras Sergio, Trabajo y Derecho, Editorial Abeledo Perrot, Segunda Edición, p. 51.

¹⁰⁹ Humeres Nogueer Héctor, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, Editorial Jurídica, Décimo Sexta edición 2004, p. 90.

*de estos derechos es posible inferirla a partir de una interpretación armónica y sistemática de diversas disposiciones de nuestra Carta Fundamental*¹¹⁰;

Ugarte: *“En Chile, la eficacia horizontal ha sido plenamente recepcionada y en su versión más radical; la eficacia directa o inmediata”*¹¹¹;

Marzi: *“La doctrina laboral nacional había destacado la necesidad de contar con un cauce jurídico idóneo para la llamada “ciudadanía en la empresa”, título detrás del cual yace una idea simple: no por estar en una relación de trabajo, una persona deja de detentar sus derechos fundamentales frente a cualquier tipo de poder”*¹¹²; entre otros.

Una buena muestra de cómo ha entendido la doctrina, y más aún en el Derecho nacional el concepto de ciudadanía en la empresa, son las palabras del profesor Gamonal quien logra resumir el reconocimiento de la ciudadanía en la empresa en Chile:

“En resumen, la noción de ciudadanía en la empresa surge a partir del reconocimiento jurisprudencial, doctrinal y legal de que la empresa no es una especie entregada única y soberanamente al ejercicio de los poderes empresariales, sino que es un ámbito en el que también tienen cabida y pleno reconocimiento la ciudadanía de los sujetos que interactúan es este especial ámbito de la vida social, esto es, la aceptación de la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales emanados de su condición de persona, particularmente, derechos civiles y políticos que, en cierta forma quedaban amagados en la relación de trabajo, ya sea por la necesidad de una mejora

¹¹⁰ Caamaño Rojo Eduardo, La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, 2006, p. 12

¹¹¹ Ob. cit. 29 Ugarte. p. 14.

¹¹² Marzi Muñoz Daniela, ¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral, Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile 2010, p. 131.

*urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador*¹¹³.

¹¹³ Caamaño Rojo Eduardo, La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, 2006, p. 21.

CAPÍTULO II

LOS PODERES O FACULTADES DEL EMPRESARIO

En el capítulo anterior hemos revisado la situación de los derechos fundamentales en la relación laboral desde la perspectiva del trabajador. Tanto en su posibilidad de afectación, como de protección desde la perspectiva teórica de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, así como también por la consagración y reconocimiento del concepto de ciudadanía en la empresa por la doctrina nacional, así como a nivel legal. Es menester entonces, revisar la situación de los derechos fundamentales en la relación laboral, desde la óptica del empleador o empresario, pues es en las manifestaciones de sus propios derechos fundamentales en donde se puede dar la tensión o conflicto que se ha venido exponiendo.

2.1 Derechos fundamentales en materia económica.

En nuestra constitución existe un catálogo considerable de derechos y principios vinculados a materias económicas, los que la doctrina y jurisprudencia nacional han denominado de “Orden Público Económico” o “Constitución Económica”¹¹⁴.

La importancia de revisar en este trabajo dicha normativa se enmarca en la relevancia que tienen estas disposiciones para fundamentar normativamente los poderes o facultades del empleador al interior de la relación jurídico laboral.

En efecto, se ha señalado a la garantía contenida en el artículo 19 n°21 de nuestra carta fundamental- la libertad de empresa- como el precepto del cual se desprendería los poderes del empresario en la relación jurídico laboral, por cuanto esta garantiza a todas las personas el libre desarrollo de cualquier actividad económica, sin perjuicio de las limitaciones que la propia Constitución establece.

¹¹⁴ Ferrada Bórquez Juan Carlos, “La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas”, en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, V.11. Valdivia, dic. 2000.

El contenido de la libertad de empresa puede ser desarrollado desde tres perspectivas. La primera dice relación con garantizar la creación y establecimiento de organizaciones económicas de carácter privado. La segunda, dice relación con la libertad para organizar la empresa de manera autónoma, y por último en la libertad de extinción o de dar fin a la empresa¹¹⁵. La dimensión que tiene relevancia para este trabajo es la segunda de ellas, es decir, la libertad organizativa de la figura empresarial.

Es en la libertad organizacional que tiene el empresario en la disposición de los factores productivos- entre ellos por supuesto el trabajo- donde se entronca y vincula esta garantía constitucional del empresario-empleador con el trabajador. Son los poderes empresariales las herramientas que tiene el empresario para ejecutar y organizar su proyecto en materia laboral¹¹⁶.

Si bien, como veremos, los poderes del empresario o empleador tienen su fuente directa en la celebración del contrato de trabajo, estos reconocen como fuente mediata la garantía constitucional de libertad de empresa, consagrada en nuestro derecho en el art. 19 n° 21 de la CPR.

A continuación se expondrán los fundamentos dogmáticos de estos poderes empresariales a través de cuyo ejercicio, en definitiva, es posible imputar situaciones efectivas o potenciales de lesión de derechos fundamentales de los trabajadores en la relación jurídico laboral.

2.2 Fundamentos dogmáticos de los poderes del empleador.

La doctrina laboralista en general está conteste en reconocer al empleador una serie de facultades que le permiten la dirección y organización del trabajo como medio para el fin productivo. Es decir, el empleador o empresario en cuanto sujeto de la relación jurídico laboral, y como recíproco acreedor y deudor del trabajador, requiere

¹¹⁵ Ob.cit..4. Melis. P.128.

¹¹⁶ Ibíd. p.129.

de una serie de poderes o facultades para adecuar el trabajo a la consecución del fin de la empresa¹¹⁷.

Conforme a parte de la doctrina española, la fundamentación de estas facultades radicaría no sólo en la forma organizativa de la empresa, en donde es el empleador quien dirige los destinos de la misma, sino que más bien tendría su exacto origen en el contrato de trabajo. Es la especial naturaleza de este contrato – se señala-, y la presencia de la subordinación y dependencia, los elementos que explican estos poderes por parte del empleador. Así lo ha expresado el profesor Montoya Melgar al sostener que:

“Mucho más sólida y congruente con el Derecho vigente es la posición que centra la fuente directa de los poderes del empresario en el contrato de trabajo: la atribución de dichos poderes es una consecuencia inmediata de la celebración del contrato, y un efecto mediato de la voluntad de la Ley, que ha querido poner en las manos del empresario- y no en otras- la organización y disciplina del trabajo en la empresa.”¹¹⁸

En igual sentido se han pronunciado los profesores Palomeque y Álvarez de la Rosa, al puntualizar que:

“La potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección (<<dirección y control de la actividad laboral>> lo titula el art. 20 LET). Como puede deducirse, el fundamento del poder para organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores es el propio contrato de trabajo que, sin duda, justifica tanto el poder de dirección y su alcance como sus propios límites. La eficacia del contrato de trabajo libremente concluido por las partes sólo se logra si se

¹¹⁷ Montoya Melgar, Alfredo, “Derecho del Trabajo”, Editorial Técnos vigésimo novena edición Madrid (2008), p.361

¹¹⁸ *Ibíd.*

*proyectan los efectos jurídicos adecuados que no son otros que la cesión inicial de los frutos de un trabajo dependiente y remunerado*¹¹⁹.

En nuestro país los profesores Thayer y Novoa aunque sin sostener explícitamente que los poderes del empleador tiene como origen o fundamento el contrato de trabajo, resulta perfectamente posible alinearlos también en esta visión, pues el examen que realizan de las potestades del empleador se hace con ocasión del contenido del contrato de trabajo o -en palabras de la dogmática civilista- con motivo de los efectos del contrato de trabajo. Es decir, de los derechos y obligaciones que de él emanan. Así, para estos autores los poderes del empleador se enmarcan dentro del contenido jurídico institucional del contrato de trabajo y recibe el nombre de “facultad de mando”. Pero lo que realmente nos interesa puntualizar aquí con estos autores es la característica instrumental de los poderes del empleador, así:

*“De otro lado, y en esto ha sido particularmente insistente la doctrina, esta facultad de mando es esencialmente funcional, vale decir; es un poder la los efectos que la empresa cumpla sus fines. Estos tienen un valor específico para sus propietarios y trabajadores, y una trascendencia para la comunidad”*¹²⁰

Como es posible apreciar, los poderes del empresario son una realidad efectiva y consustancial a la relación jurídica entre empleador y trabajador, poder que es necesario no solo en virtud de que es normalmente el empleador o empresario quien dirige la organización empresarial, y como tal, también organiza el trabajo que ahí se ejecuta. Sino que también, es fundamental para la eficacia del contrato de trabajo, la que solo puede darse cuando se despliegan todos sus efectos. A continuación revisaremos las manifestaciones de este poder del empleador.

¹¹⁹ Palomeque López Manuel y Álvarez de la Rosa Manuel, “Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria Ramón Areces decimo sexta edición, Madrid (2008), p.530.

¹²⁰ Thayer W y Novoa P, “Manual de Derecho del Trabajo tomo I” Editorial Jurídica de Chile, quinta edición, Santiago (2008), p. 114

2.3 Manifestaciones del poder del empleador.

La explicación tradicional de la doctrina laboralista ha clasificado a los poderes del empleador en: Poder de Dirección; Poder Disciplinario; Ius Variandi y Potestad Reglamentaria. Sin perjuicio de que- según veremos- todas las facultades del empleador pueden subsumirse en la facultad de dirección, la que en realidad se traduce en el verdadero poder del empleador, pues es en última instancia el fundamento de todas y cada una de las manifestaciones.

2.3.1. El poder de dirección.

i. Concepto.

Es sumamente complejo dar con un concepto unívoco del poder de dirección, ya que siguiendo al profesor Montoya Meglar, es posible señalar que el contenido del poder de dirección es bastante amplio y variado, puesto que dentro de este debe entenderse comprendidas las facultades ordenadoras, las de control, las de vigilancia, así como también funciones de decisión respecto a la organización de la empresa¹²¹. Todo lo anterior hace que muchas de las definiciones dadas por la doctrina no satisfagan la pretensión de dibujar los contornos del poder de dirección.

Sin embargo, en un intento de configurar una definición podemos decir que el poder de dirección *“es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”*¹²².

Esta facultad del empleador versa sobre la potestad para dar órdenes, sobre el modo, tiempo y lugar de prestación del servicio, la facultad de especificar los puestos y atribuciones de los trabajadores al interior de la empresa y ordenar esta desde una

¹²¹ Ob. cit. 117 Montoya Meglar, p.362.

¹²² Véase la cita de esta definición en Valdez Vilaza, María “Las facultades del empleador y los derechos de los trabajadores con problemas de alcohol y drogas”, memoria para otra al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago (2005), p.29

perspectiva económica y técnica. En un sentido amplio el poder de dirección comprende todas las facultades o poderes jerárquicos del empleador.

El poder de dirección es entonces la herramienta que tiene el empleador para dirigir y adecuar el trabajo al proceso productivo, es un poder que tiene una finalidad específica, y esa finalidad es la que debe servir como medida de ejecución de las manifestaciones del poder de dirección. Como veremos más adelante, y como se podrá inferir de lo desarrollado en este trabajo, uno de los importantes límites a que está sujeto el poder del empleador y en específico el poder de dirección, es precisamente el respeto a los derechos fundamentales del trabajador.

ii. Manifestaciones del poder de dirección.

Las formas o instancias en donde puede vislumbrarse el ejercicio del poder de dirección pueden separarse de manera analítica en tres dimensiones, estas son: la facultad decisoria o ejecutiva; la facultad ordenadora; y la facultad de control.

En primer lugar, la facultad decisoria o ejecutiva es aquella destinada decidir la organización del trabajo, es decir, todo aquello que dice relación con definir la jornada laboral, el sistema de calificación de puestos, el régimen de ingresos y ascensos, la calificación del personal, las obligaciones y prohibiciones a que puede estar sujeto los trabajadores¹²³.

En segundo lugar, tenemos la facultad ordenadora o de instrucción, según la cual el empleador puede impartir órdenes a los trabajadores sean estas de carácter general o particular. El ejercicio de esta facultad se traduce normalmente en el Reglamento interno de la empresa, a través de los medios de control, que según veremos es la herramienta fundamental de la ordenación del trabajo al interior de la empresa, y que será analizado con exhaustividad más adelante en este capítulo, por cuanto, es, según la tesis que se persigue en este trabajo, el instrumento idóneo para prevenir posibles afectaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores, ya

¹²³ Ob. cit. 117 Montoya Meglar, p.362.

que conforme se ha venido analizado estos operan como verdaderos límites al poder de dirección del empleador.

En tercer lugar, dentro del poder de dirección podemos distinguir la facultad de control, la que se concibe esencialmente con el control o supervigilancia de la prestación laboral misma. Es decir, con aquellos medios que permiten, por ejemplo, verificar la asistencia y puntualidad en el cumplimiento de la jornada laboral, así como también un control de índole técnico que permite verificar la forma en la que se ejecuta el trabajo, en consideración a estándares de eficiencia y productividad¹²⁴.

iii. Límites al poder de dirección.

Según podrá apreciarse en lo que se ha venido comentando en este trabajo, el poder de dirección no es uno de carácter absoluto o ilimitado. Muy por el contrario, el poder de dirección tiene claros márgenes que debe respetar, y que vienen dados por el ordenamiento jurídico en su conjunto así como por el carácter funcional de los poderes del empresario. Según la doctrina española y nacional, los límites a que está sujeto el poder de dirección son tanto externos, como internos.

El poder de dirección posee “límites externos” que son precisamente los impuestos por el ordenamiento jurídico en su conjunto, ya sea por aquellos derechos establecidos en la Constitución, en las leyes laborales, en los convenios colectivos, y en aquellos derechos y obligaciones que se desprenden del mismo¹²⁵. Al respecto los profesores Palomeque y Álvarez de la Rosa sostienen:

“Sin embargo este poder de dirección no es ilimitado, sino justamente lo contrario, limitado, al menos desde cuatro planos: el constitucional, el legal, el convencional colectivo y el contractual. Estos planos pueden fácilmente

¹²⁴ Ob. cit. 124 Valdez Vilaza, p.32-33.

¹²⁵ Ob. cit. 117, Montoya Meglar, p.364.

*resumirse en uno: el límite del poder empresarial directivo son los derechos del trabajador, en cuanto persona y en cuanto asalariado.*¹²⁶

El poder de dirección posee límites “internos” que en buena parte vienen dados por el principio de racionalidad y de buena fe que debe guiar toda relación jurídica. De esta forma las órdenes impartidas, o las restricciones establecidas no pueden configurarse de manera abusiva o desproporcionada. Además cualquier acción que se realice dentro del ámbito del poder de dirección, debe tener en consideración la funcionalidad de los poderes del empresario, es decir, que estos tienen un objetivo sólo en cuanto a la ordenación del trabajo, en el proceso productivo. Tal como lo enuncian los profesores Thayer y Novoa:

*“De ahí la nota de funcionalidad de su facultad general de mando, por lo que este poder no representa en caso alguno, un poder absoluto, sino relativo; más bien debe ser enfocado como la responsabilidad que le atañe en la realización del trabajo, como vistas a que su éxito sirva a los inversionistas, a los trabajadores y a la comunidad”*¹²⁷

2.3.2 Poder disciplinario del empleador.

i. Concepto.

La efectiva ordenación del trabajo y su reglamentación suponen que quien realiza estas tareas esté dotado de cierta facultad sancionatoria frente al incumplimiento o inobservancia de estas órdenes. Así, como complemento al poder de dirección la relación jurídico laboral dota al empleador del poder disciplinario para sancionar las faltas de los trabajadores a su servicio. Proviengan estas de una infracción a la ley, al contrato colectivo, al contrato de trabajo, o al reglamento interno de la empresa.

¹²⁶ Ob. cit. 118 Palomeque Álvarez de la Rosa, p. 531.

¹²⁷ Ob. cit. 120 Thayer y Novoa, p.114.

Esta facultad puede ser concebida o conceptualizada como:

“ la facultad reconocida al acreedor del trabajo, en virtud de la cual éste puede dentro de los límites legales o contractualmente señalados y con las garantías formalmente establecidas, imponer determinadas sanciones a los trabajadores ligados a él por relación laboral, cuándo se den los supuestos determinantes de aquellas.”¹²⁸

El fundamento de este poder podemos encontrarlo en el propio contrato de trabajo, del cual se desprenden los derechos y obligaciones que debe asumir cada una de las partes contratantes en relación al contrato, en donde la facultad disciplinaria es una de aquellas que se otorgan al empleador como acreedor del trabajo, para la adecuada eficacia de éste.

También es posible detectar en cierta normativa laboral el fundamento del poder disciplinario, así lo ha entendido nuestra Dirección del Trabajo al señalar que:

“Ahora bien, este poder disciplinario forma parte y deriva de "la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa" (inciso 2º del artículo 306 del Código del Trabajo), lo que significa que es éste quien debe ponderar los hechos constitutivos de la eventual infracción al reglamento interno y el mérito de éstos, de tal suerte que jurídicamente no cabe la intervención administrativa de esta Dirección en esta etapa - de ejercicio propiamente tal - de las atribuciones disciplinarias del empleador que, como se ha visto, son privativas de éste.”¹²⁹

La potestad disciplinaria es el complemento necesario del poder de dirección o de mando, ya que sin la posibilidad de ejercer alguna sanción, la efectiva observancia de las órdenes o la reglamentación del trabajo aparece muy disminuida.

¹²⁸ García, M.A. “Curso de Derecho del Trabajo 3º edición Barcelona, Ariel, p.535

¹²⁹ Dirección del Trabajo ORD N° 4698/335.

ii. Manifestaciones del poder disciplinario.

Evidentemente que la exteriorización o la manifestación del poder disciplinario del empleador se encuentra en las sanciones que puede éste aplicar a los trabajadores, sea individual o colectivamente, por las infracciones o faltas al contrato de trabajo o al deber de obediencia que pesa sobre ellos. Estas sanciones pueden ser: amonestaciones verbales o escritas, suspensiones, multas o despido disciplinario, sin perjuicio de que las formas o variedad que puedan tomar estas sanciones variarán de acuerdo a lo que estipule cada ordenamiento jurídico¹³⁰.

Ahora bien, es interesante destacar en este momento que en nuestro derecho las medidas disciplinarias deben estar consagradas en el Reglamento Interno, ya que según veremos en extenso, este es el instrumento en donde desembocan concretamente la mayoría de las potestades del empleador que revisamos en este apartado, y que tiene como gran ventaja que la autoridad y la organización de los trabajadores tienen tuición sobre él¹³¹. Más adelante en este capítulo se abordarán medios de control y sanción y su relación con los derechos fundamentales de los trabajadores.

2.3.3 El Ius Variandi.

i. Concepto.

El ius variandi puede ser conceptualizado como la facultad reconocida al empleador de modificar o variar, dentro de ciertos límites, las condiciones, formas y modo de la prestación del servicio a cargo del trabajador¹³².

La fundamentación de esta facultad viene dada principalmente por la constatación del hecho de que el trabajo al igual como cualquier otra actividad humana,

¹³⁰ Ob. cit. 124 Valdez Vilaza, p.38

¹³¹ Ob. cit. 120 Thayer y Nova p. 118

¹³² HERNÁNDEZ Rueda Lupo. Poder de dirección del empleador. En: BUEN LOZANO, de NESTOR; MORGADO VALENZUELA, EMILIO. (Eds.) Instituciones del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Ciudad de México. UNAM. pp.405-419.

es de carácter dinámica, lo que significa que este sufre cambios o variaciones durante su existencia, necesarios para el logro de los fines de la empresa¹³³. Sin embargo, lo específico del ius variandi es que las modificaciones de las condiciones por parte del empleador deben circunscribirse a cuestiones no esenciales, es decir, que el ejercicio del ius variandi no imponga una modificación tal que implique una modificación unilateral de las condiciones del contrato de trabajo. Un ejercicio desmedido de esta facultad, redundaría en un abuso de derecho por parte del empleador.

ii. Manifestaciones del Ius Variandi.

Los tópicos recurrentes en los cuales se manifiesta el uso de la facultad otorgada por el ius variandi y que aparecen reglamentadas en nuestro Código del Trabajo son¹³⁴:

- Jornada de trabajo, puede modificarse según nuestra legislación sólo en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito, o cuando deben impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones, conforme al artículo 29 del Código del Trabajo.
- Alteración de la naturaleza de los servicios y lugar de prestación: En este punto en donde quizás, las alteraciones derivadas del ejercicio del ius variandi presentan las mayores restricciones. Al efecto el inc. 1° del art. 12 del Código del Trabajo, dispone:

“El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador”.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ob. cit. 120 Thayer y Novoa, p. 116

De la norma precitada puede observarse que esta exige la concurrencia de algunos elementos básicos, a saber: el cambio no puede significar un menoscabo para el trabajador, el cual conforme a la Dirección del Trabajo puede ser de carácter económico o moral; la alteración de la naturaleza del servicio debe hacerse por labores similares, esto es, una alteración que no implique desnaturalizar los servicios prestados, las modificaciones sólo deben referirse a la forma y al modo en que estos se ejecutan. A este respecto la labor que debe efectuar la autoridad laboral, sea administrativa o judicial, es de una importancia capital, pues en su faz hermenéutica deben establecer los límites del *ius variandi*, es decir, establecer la frontera entre el ejercicio del *ius variandi*, y una modificación unilateral de voluntad.

- Distribución de la jornada de trabajo: Nuevamente en la misma disposición legal precitada, el inc. 2° del art. 12 del Código del Trabajo, a la letra expresa:

“Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación al menos”.

iii. Límites al *Ius Variandi*.

Como hemos resaltado en este apartado los poderes del empresario no son absolutos, sino que están sujetos a límites en su ejecución, la facultad conferida por el *ius variandi* no es la excepción. En primer lugar, el uso de esta facultad, tal como el poder de dirección y en general con todas las facultades del empleador, debe ser funcional al fin que se persigue, por tanto se limita a aquellas acciones tendientes a organizar el trabajo de acuerdo al fin productivo, motivos que deben ser lógicos y razonables a las necesidades de la empresa.

En segundo lugar, las alteraciones o modificaciones que se efectúen como consecuencia del ejercicio de esta facultad, no pueden recaer sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. Como se ha visto al revisar las manifestaciones del *ius variandi*, estas no pueden significar una reducción indebida de la remuneración; disminución de jerarquía; o una degradación técnica o personal. Las situaciones excepcionales que afecten la relación laboral, como por ejemplo una crisis económica, exceden el ámbito de facultades otorgadas por él, por lo que no puede alterarse condiciones del contrato apelando a estas circunstancias externas.

En tercer lugar, se reconoce que generalmente no es posible aducir el *ius variandi* como una forma encubierta de sanción. Así, las modificaciones de las condiciones del trabajo, la prestación del servicio, o la jornada de trabajo, o aun la remuneración, no pueden ser modificadas como pretexto del uso de facultades disciplinarias.

2.3.4. La facultad reglamentaria del empleador.

Esta facultad que se manifiesta normalmente en el reglamento interno de la empresa, es aquella que posee el empleador para dictar un conjunto de disposiciones obligatorias a los trabajadores que tienen por objeto organizar las labores dentro de la empresa o establecimiento.

La elaboración de esta normativa interna es potestad exclusiva del empleador, aún cuando- dependiendo de cada ordenamiento jurídico- puedan los trabajadores y otras instancias de relevancia laboral participar en su establecimiento.

Respecto a las manifestaciones y límites a la facultad reglamentaria del empleador nos remitimos a lo que se expresará en las secciones siguientes de este capítulo, en el entendido que el reglamento interno de la empresa es el instrumento normativo idóneo que puede y debe prevenir de manera satisfactoria las posibles o efectivas vulneraciones de derechos fundamentales de los trabajadores con ocasión de la relación jurídico laboral.

2.4 Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad como manifestación del poder del empleador.

2.4.1. Instrumentos normativos internos de las empresas.

Cuando pensamos en los instrumentos normativos típicos o esenciales de la relación laboral, pensamos naturalmente en el contrato individual de trabajo y el contrato o convenio colectivo. Sin embargo, como es de suponer, es imposible que en ellos se regulen todos los aspectos relevantes del vínculo de subordinación y dependencia. Y esto no solamente por la gran extensión de cláusulas y páginas que tendrían estos contratos, sino porque no es posible prever cada una de las situaciones que se pueden presentar en un establecimiento de trabajo. Con la misma limitación se encuentra el legislador, quien tienen la posibilidad mediante leyes de regular todos aquellos aspectos que le parezcan relevantes, pero no le será nunca posible abarcar todas las cambiantes circunstancias de la realidad. De ahí que con el objeto de cumplir con el principio protector del Derecho del Trabajo, en la normativa laboral se establecen mínimos que deben respetarse sin objeción de parte del empleador. No obstante, esta máxima tiene como contrapartida que las partes pueden establecer todas las condiciones que consideren pertinentes sobre los mínimos legales. Asimismo, se reconoce la facultad y el deber del empleador de dictar reglamentos en que se prescriba la forma en que se deben llevar a cabo las prestaciones de servicios y las normas de higiene y seguridad, necesarias para tener un lugar digno y armonioso de trabajo.

Las formas que existen para regular los servicios que los trabajadores prestan al interior de las empresas y establecimientos de trabajo, podemos clasificarlas en las siguientes:

- a) Bilaterales: nos referimos con estas en que concurren dos voluntades, tanto la del trabajador como la del empleador. Sus principales manifestaciones son el contrato individual de trabajo, el contrato colectivo y el convenio colectivo, sin perjuicio, que en el primer contrato mencionado exista una clara desigualdad entre las partes, que le entrega el carácter protector al Derecho del Trabajo.

b) Unilaterales: en este caso nos referimos a la facultad que tiene los empleadores de dictar normas que se deben respetar por todos los trabajadores al interior de los lugares de trabajo. En el caso de Chile se trata de un poder-deber del empleador de confeccionar reglamentos internos de orden, higiene y seguridad. Si el empleador decide llevar adelante la dictación de un reglamento interno, el trabajador, sindicatos u otro organismo, no tiene la potestad para oponerse, simplemente podrán realizar reclamos que se refieren a la legalidad de las normas establecidas en los cuerpos normativos.

En el caso de las unilaterales, que son el tipo que nos convoca en la presente memoria, podemos identificar tres como las más relevantes al momento de regular el trabajo al interior de la empresa por parte del empleador:

i. Código de Conducta.

Si queremos definir este cuerpo normativo interno de las empresas, es muy ilustrador señalar la visión de los empleadores, quienes expresan: *“Un código de conducta es una declaración expresa de la política, los valores o los principios en que se inspira el comportamiento de una empresa en lo que atañe al desarrollo de sus recursos humanos, a su gestión medioambiental y a su interacción con los consumidores, los clientes, los gobiernos y las comunidades en las que desarrolla su actividad”*¹³⁵.

La importancia de los códigos de conducta ha ido creciendo a lo largo de los últimos años alrededor de todo el mundo, especialmente en las empresas multinacionales.

Algunos señalan sobre los Códigos de Conducta que estos:

“no son meras pautas de comportamiento a las que deben ajustarse quienes los elaboran, aprueban y suscriben o adhieren. Son instrumentos de enorme

¹³⁵ Códigos de Conducta, Posición de la Organización Internacional de Empleadores, <http://www.ioe-emp.org>

importancia en el desarrollo de las actividades -fundamentalmente económicas- de los sujetos intervinientes y requieren un análisis desde el Derecho privado, que no se ha llevado a cabo hasta ahora”¹³⁶.

Por contraparte, otros sostienen que se trata de un instrumento que permite aumentar el poder del empleador por sobre el trabajador, puesto que no busca garantizar un ambiente digno de trabajo y tampoco garantizar las condiciones de higiene y seguridad. Por el contrario utilizando como base la teoría comunitaria se pretende crear fidelidad de parte del trabajador hacia la empresa, lo cual al menos podemos definir como discutible, puesto que se busca incrementar el compromiso y productividad del trabajador, pero legítimamente nos debemos preguntar ¿Si de parte de la empresa existe el mismo sentido de lealtad y compromiso con sus trabajadores?

El Código de Conducta tiene finalidades diferentes al reglamento interno relativo al orden y el reglamento de higiene y seguridad, puesto que sus objetivos tienen más relación con los recursos humanos y los perfiles que se buscan inculcar en los trabajadores, y no regular la forma de la prestación de servicios, las obligaciones y prohibiciones de los trabajadores, como tampoco la forma de prevenir accidentes y enfermedades profesionales. En otras palabras, su objetivo no es necesariamente garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto.

ii. Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad

Sin entrar en detalle en este reglamento, porque lo abordaremos extensamente más adelante, debemos decir que se trata de una de las manifestaciones del poder de dirección del empleador, específicamente del poder reglamentario y que se encuentra establecido no sólo en Chile, sino que también se puede encontrar en otros lugares del mundo, incluso en países con situaciones de precariedad que podemos calificar de inhumanas, como es el caso de Haití, quienes en el artículo 397 de su Código del Trabajo señala que: *“todo empleador que ocupa de manera permanente en su*

¹³⁶ Real Pérez Alicia, Código de Conducta y Actividad Económica: Una Perspectiva Jurídica en Presta en Prestación de Servicios y Distribución de Bienes en España y en la Unión Europea, www.codigodeconducta.com.

empresa diez o más trabajadores tiene la obligación de elaborar y aplicar un reglamento interno de trabajo. Nada prohíbe que un empleador que tenga un número menor de trabajadores pueda crear un reglamento". Si leemos en detalle nos percataremos que la norma transcrita es muy similar a la nuestra.

iii. Reglamento de Higiene y Seguridad

Al igual que el numeral anterior, este instrumento lo desarrollaremos en detalle más adelante en este mismo capítulo, sin perjuicio de ello, debemos señalar desde ya que se trata de un reglamento diferente al establecido en el numeral ii, porque su objetivo es tratar todos aquellos aspectos que permitan prevenir accidentes laborales y mantener el lugar de trabajo en condiciones dignas. Aun cuando se trata de un instrumento diferente generalmente se encuentra en un sólo cuerpo normativo con el reglamento relativo al orden.

2.4.2 El Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

Un Código del Trabajo no puede contener todas las normas que permitan regular todas y cada una de las situaciones que emanan de una relación laboral en éste sólo se contienen las cláusulas esenciales y de carácter general. En este sentido el profesor Humeres ha sostenido:

*"Es por ello que en toda legislación laboral se contiene la obligación de dictar un reglamento interno, o de taller, como también se le denomina, para que en detalle especifique todas aquellas materias o circunstancias que las partes deben tener presentes en el desarrollo del contrato y en la actividad de la empresa o de la industria"*¹³⁷.

La definición de reglamento interno más citada por los manuales y libros de nuestra doctrina, es la de Macchiavelo, quien sostiene que:

¹³⁷ Humeres Noguera Héctor, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, décimo séptima edición 2004, p. 228.

“es el conjunto de reglas que dicta el empresario empleador, en su establecimiento empresa, para regular el comportamiento laboral y, aun, la conducta de sus trabajadores durante su permanencia en aquél, dentro del marco de la organización de la empresa y de los derechos, obligaciones y prohibiciones del contrato de trabajo”¹³⁸.

Otros autores lo han definido como:

“El reglamento es la legislación interna de la empresa que tiene por finalidad servir de elemento de información a los trabajadores y asegurar el orden y un conjunto de medidas disciplinarias requeridas para el desarrollo normal de las actividades laborales”¹³⁹.

El origen del reglamento interno radica en los poderes del empleador, que tal como ha indicado el profesor Melis estas facultades manifiestan y dan cuenta de la superioridad jerárquica de esta parte en la relación laboral¹⁴⁰. Los mencionados poderes son los que le otorgan la facultad de administrar, dirigir, reglamentar, e imponer disciplina y orden en los establecimientos de la empresa.¹⁴¹

La doctrina ha señalado que los poderes del empleador son los siguientes:

- Poder directivo: consiste en la facultad de determinar la forma en que se organizará la actividad productiva de una empresa. En otras palabras, la labor que deberá realizar el trabajador, el lugar, circunstancias, adecuación de las labores.

¹³⁸ Macchiavelo Guido, Derecho del Trabajo, Tomo I, p. 245.

¹³⁹ Olate C. Waleska I., Montecinos F. Carolina, Muñoz E. Rosa, Código del Trabajo Interpretado, Editorial PuntoLex 2006, p. 278.

¹⁴⁰ Christian Melis Valencia – Felipe Sáez Carlier, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 617.

¹⁴¹ Ob. cit. p. 279.

- Poder reglamentario: es la facultad que tiene por objeto regular las relaciones de los trabajadores en la empresa.
- Poder disciplinario: es la manera de concretizar el poder del empleador sobre los trabajadores, puesto que lo habilita para aplicar sanciones.

Al respecto los profesores Melis y Sáez sostienen:

“De esta forma, el reglamento interno, tal como está regulado en nuestra legislación laboral, constituye junto con las circulares, los memorándums y, en general, con cualquier orden, sea éste verbal o escrito, uno de los medios de expresión del poder directivo del empleador”¹⁴².

En el mismo sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo, reconociendo que dictar el RIOHS es una atribución privativa del empleador: *“En cuanto a la procedencia que se agregue al reglamento interno los textos de modificaciones que se proponen por el Sindicato, cabe expresar que de acuerdo a la legislación laboral vigente la dictación de dicho reglamento es una atribución propia del empleador, como manifestación de su facultad de mando, administración y dirección de la empresa, que la legislación le reconoce, razón por la cual no se encuentra obligado a requerir o aceptar las modificaciones a su texto que le propongan los trabajadores en su proceso de elaboración, o posteriormente, a menos que se trate de observaciones basadas en ilegalidad de las normas del reglamento”¹⁴³.*

En Chile se reconocen 2 reglamentos internos:

- Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, regulado en el Código del Trabajo, Libro I, Título III, artículos 153 y siguientes.

¹⁴²Ob. cit. 140. Melis- Sáez. pp. 617 -18.

¹⁴³ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD.: N° 5.586/331N° 3704/134 del año 1999.

- Reglamento Interno de Seguridad e Higiene en el Trabajo, regulado en la Ley 16.744 y el Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

i. Reglamento Interno que regula el orden.

Este reglamento se encuentra regulado en el artículo 153 del Código del Trabajo que establece: *“Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a 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, especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”*. Una copia del reglamento deberá remitirse al Ministerio de Salud y a la Dirección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la vigencia del mismo. El delegado del personal, cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva podrán impugnar las disposiciones del reglamento interno que estimaren ilegales, mediante presentación efectuada ante la autoridad de salud o ante la Dirección del Trabajo, según corresponda. De igual modo, esa autoridad o esa Dirección podrán, de oficio, exigir modificaciones al referido reglamento en razón de ilegalidad. Asimismo, podrán exigir que se incorporen las disposiciones que le son obligatorias de conformidad al artículo siguiente.

a) Requisitos:

- Se trate de empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas: hasta que se dictara la Ley 19.759 de 2001, sólo eran aplicables a las empresas industriales o comerciales, luego de ello se produce una ampliación en que el giro económico puede ser cualquiera.

- Se utilicen diez o más trabajadores permanentes, excluyendo a los trabajadores contratados para labores transitorias o de temporada y los trabajadores a honorarios. Antes de que se publicara la Ley 19.759 se exigían 25 trabajadores o más. La Dirección del Trabajo se ha pronunciado sobre casos particulares para determinar si determinadas entidades, se encuentran obligadas a tener RIOHS. Nos parece relevante mencionar el caso de los condominios y edificios: *“Como consecuencia de las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por la ley N° 19.759, de 05.10.01, los edificios y condominios regidos por la ley 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, se encuentran obligados a confeccionar un reglamento interno de orden higiene y seguridad en los términos dispuestos por el artículo 153 del Código del Trabajo”*¹⁴⁴.

Punto aparte merece el pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, respecto a si las Fundaciones sin fines de lucro tienen la obligación de tener un Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, el órgano fiscalizador ha señalado lo siguiente:

“En lo que se refiere a la obligatoriedad de confeccionar el reglamento interno contenido en el artículo 153 del Código del Trabajo, la ley ha impuesto dos requisitos copulativos, a saber, por una parte el de tratarse de empresas comerciales o industriales y, por otra, el de ocupar normalmente 25 o más trabajadores. Cumplido en este caso el segundo requisito nos corresponde determinar si La Fundación Integra puede ser considerada, para efectos laborales como una empresa industrial o comercial (...) Teniendo presente la norma en comento podemos sostener que los fines de la Fundación Integra tienden a la satisfacción de las necesidades de protección y amparo de los menores de extrema pobreza por medio de acciones de carácter solidario impulsadas a lo largo del país, razón por la cual debemos llegar a la conclusión que la Fundación Integra no puede ser considerada como una empresa industrial o comercial en los términos previstos en el artículo 153 del Código del Trabajo (...) Es por este motivo que la Fundación Integra no se

¹⁴⁴ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD: N° 3704/134 del año 2009.

*encuentra obligada a confeccionar un reglamento interno en los términos previstos en el artículo 153 del Código del Trabajo*¹⁴⁵.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la Dirección del Trabajo resolvió que la fundación se encuentra obligada a confeccionar un reglamento interno de Higiene y Seguridad y a constituir un Comité Paritario de Higiene y Seguridad de conformidad a la ley 16.744 y al D.S. N° 40, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

En otras palabras el dictamen, solamente liberó de la obligación de contar con un reglamento relativo al orden y disciplina, pero no de contar con uno que protegiera los aspectos de higiene y seguridad, por la importancia que tiene en la protección de la vida e integridad física del trabajador.

b) Procedimiento de aprobación:

- Notificaciones a los trabajadores, Dirección del Trabajo y Ministerio de Salud.
- El artículo 156 del Código del Trabajo¹⁴⁶, establece que los reglamentos internos y sus modificaciones se pondrán en conocimiento de los trabajadores con treinta días de anticipación a la fecha en que comenzará a regir. La forma legal de comunicar la confección del reglamento y sus modificaciones es la siguiente:
- La entrega gratuita a los trabajadores de una copia impresa del reglamento.
- Publicación del reglamento en dos sitios visibles de la faena.

¹⁴⁵ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD: N° 970/47 de 1996.

¹⁴⁶ Artículo 156 del Código del Trabajo: “Los reglamentos internos y sus modificaciones deberán ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de la fecha en que comiencen a regir, y fijarse, a lo menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación. Deberá también entregarse una copia a los sindicatos, al delegado del personal y a los Comités Paritarios existentes en la empresa. Además, el empleador deberá entregar gratuitamente a los trabajadores un ejemplar impreso que contenga en un texto el reglamento interno de la empresa y el reglamento a que se refiere la Ley N° 16.744”.

- Se deben entregar las copias pertinentes a las organizaciones sindicales, delegados de personal y comités paritarios de la empresa
- El artículo 153 del Código del Trabajo señala que una vez que el reglamento interno entre en vigencia, el empleador tendrá cinco días para remitirlo a la Dirección del Trabajo y el Ministerio de Salud.

La Dirección del Trabajo ha ratificado lo señalado al declarar:

“De la norma legal precitada se infiere que el legislador ha establecido que los reglamentos internos, como también, las modificaciones que se les introduzcan deben ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de la fecha en que comiencen a regir y que deberán fijarse en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación, haciendo entrega de la copia respectiva a los trabajadores, como asimismo, a los sindicatos, delegado del personal y Comités Paritarios, si correspondiere.

Como es dable apreciar, la propia ley reconoce al empleador la facultad de modificar los reglamentos internos, previo cumplimiento de las medidas de publicidad que la misma establece.

De este modo entonces, este Servicio no ve impedimento legal alguno para que las nuevas disposiciones que, conforme a las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por la ley N° 20.005, debe contener el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, se inserten en éste a través de un documento modificador de dicho instrumento, cumpliendo las medidas de publicidad correspondientes y haciendo entrega de copia del mismo a los trabajadores, como también, al delegado de personal y demás entidades a que se refiere el inciso 1° del artículo 156, ya citado, si correspondiere, no siendo necesario en tal caso, elaborar un nuevo reglamento interno”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD: N° 3.127/86 del año 2005.

El motivo de esta exigencia radica en que es necesario dar a conocer el contenido del reglamento, considerando que los trabajadores deberán regirse por él y respetarlo.

c) Impugnaciones y Objeciones:

Una vez que se hayan realizado las publicaciones del reglamento, los órganos sindicales, delegados de personal o trabajadores de la empresa podrán realizar impugnaciones si no se cumplió el procedimiento o algunos de los requisitos señalados en la Ley, asimismo, si existen normas ilegales. Los organismos encargados de resolver estos reclamos serán la Dirección del Trabajo y el Ministerio de Salud.

d) Contenido:

El artículo 154 del Código del Trabajo establece el contenido mínimo del reglamento, el cual al menos contendrá lo siguiente, algunos de los numerales serán analizados, por la vinculación directa que tienen con los derechos fundamentales:

1. Las horas en que empieza y termina el trabajo y las de cada turno, si aquél se efectúa por equipos;
2. Los descansos;
3. Los diversos tipos de remuneraciones;
4. El lugar, día y hora de pago;
5. Las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores;
6. La designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales;

Este numeral fue incorporado por la Ley 20.348 del año 2009, el cual tenía por objeto regular una situación claramente discriminatoria, que consistía en una manifiesta falta de igualdad entre hombre y mujeres, aspecto que sin duda vulnera los derechos fundamentales de las mujeres, quienes a pesar de realizar el mismo trabajo y tener las mismas responsabilidades recibían una remuneración inferior que la de sus pares.

El fundamento de la moción parlamentaria radicó en los siguientes argumentos históricos-legales: *“El principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres goza de una larga historia de reconocimiento jurídico a nivel supranacional. Este principio fue reconocido por primera vez en un tratado internacional, en la parte octava del Tratado de Paz de Versalles, de fecha 28 de junio de 1919. Posteriormente, tuvo un especial reconocimiento en el Preámbulo del Tratado que constituyó la Organización Internacional del Trabajo en el año 1940 y de ahí en adelante ha sido reiteradamente reconocido en una serie de pactos y convenciones internacionales, entre los que destacan: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948; el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de junio de 1951, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de fecha 19 de diciembre de 1966”*¹⁴⁸.

La Dirección del Trabajo, por medio del dictamen ORD 1187/018 de 2010, se pronunció respecto a la Ley aclarando su ámbito de aplicación y una serie de aspectos prácticos, dentro los puntos destacables podemos mencionar las siguientes conclusiones: *“1) El objetivo o finalidad de la ley N° 20.348, que incorporó el artículo 62 bis en el Código del Trabajo, es eliminar situaciones de discriminación que puedan afectar a las mujeres en el ámbito remuneracional, en razón de género. 2) La citada disposición legal sólo está referida a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres y no comprende tal igualdad entre personas del mismo sexo”*.

La Dirección del Trabajo, no se pronunció por primera vez en materia de discriminación en el dictamen citado, sino que lo realizó con anterioridad y con extrema fuerza, en el rol que asumió como protector de los Derechos Fundamentales, en las

¹⁴⁸ Historia de la Ley 20.348 “Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones”, p. 4.

relaciones laborales, es por ello que nos queremos permitir citar una parte importante de uno de sus pronunciamientos, donde se demuestra el estudio acabado y los fundamentos sólidos de sus planteamientos:

“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"¹⁴⁹.

En el mismo tenor se pronunció en los dictámenes N°s 2856/162, de 30.08.2002 y 698/016, de 11.02.2003.

Finalmente, podemos concluir que la Ley 20.348 que modificó el numeral 6 del artículo 154, es una manifestación clara de la relevancia que el legislador le ha entregado al Reglamento Interno, puesto que lo reconoce como el instrumento adecuado para regular aquellos aspectos relacionados con los Derechos Fundamentales, como es el caso de la discriminación. Muy pronto discutiremos si es el instrumento adecuado, pero no cabe duda que el RIOHS comienza a erigirse, en virtud de leyes, dictámenes y resoluciones judiciales en el instrumento que por esencia debe proteger lo que hemos llamado ciudadanía de la empresa.

¹⁴⁹ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD: N° 3704/134 del año 2009.

7. Las normas especiales pertinentes a las diversas clases de faenas, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores, y a los ajustes necesarios y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado;
8. La forma de comprobación del cumplimiento de las leyes de previsión, de servicio militar obligatorio, de cédula de identidad y, en el caso de menores, de haberse cumplido la obligación escolar;
9. Las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deban observarse en la empresa o establecimiento;
10. Las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria.
11. El procedimiento a que se someterá la aplicación de las sanciones referidas en el número anterior;
12. El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual. En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168.

Sobre este numeral, la ley 20.005 del año 2005 se promulgó con la intención de regular y sancionar el acoso sexual. Al respecto resulta muy explicativo lo señalado por la Dirección del Trabajo que citamos a continuación:

“Es necesario señalar que la nueva normativa legal establece como una obligación de los empleadores contar con normas sobre acoso sexual en los reglamentos internos de orden, higiene y seguridad. En efecto, tal como señala

expresamente el artículo 153, inciso segundo, del Código del Trabajo, a partir de la reforma de la ley:

"Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores".

A su turno, el número 12 del artículo 154 del Código del Trabajo, agregado por la ley N° 20.005, señala que el reglamento interno de orden, higiene y seguridad deberá contener:

"12.- El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual."

En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168.

De este modo, armonizando los preceptos anteriores, es posible señalar que en las empresas que se encuentren obligadas por la legislación laboral vigente a contar con reglamento interno de orden, higiene y seguridad, ellos deberán necesariamente contener normas que tengan por objeto el adecuado respeto a la dignidad de los trabajadores.

Para el logro de ese objetivo exigido por la ley, es necesario que los empleadores respectivos señalen en sus respectivos reglamentos, como mínimo, las siguientes estipulaciones:

a.- El procedimiento al que se someterá el conocimiento de las denuncias de acoso sexual por parte de los trabajadores, el que deberá sujetarse a las condiciones mínimas señaladas en el artículo 211-C del Código del Trabajo.

b.- Las medidas de resguardo que la empresa aplicará en caso de denuncias de acoso sexual, con el objeto de garantizar los derechos de los involucrados, en conformidad al artículo 211-B del Código del Trabajo.

c.- Las sanciones que se aplicarán en caso de darse por acreditada la conducta de acoso sexual, las que deben ajustarse a las permitidas por la ley en caso de empleadores que cuenten con un reglamento interno de orden, higiene y seguridad, esto es, amonestación verbal, por escrito o multa en conformidad al artículo 154 del Código del Trabajo.

La exigencia anterior, de contar con normas sobre acoso sexual en los reglamentos internos de las empresas, es exigible a todas las empresas que tengan obligación de contar con dichos instrumentos, aún cuando ellos hayan sido dictados con anterioridad a las normas contenidas en la ley N° 20.005.

El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador. Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 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”.¹⁵⁰

Los numerales señalados son el contenido que el legislador ha considerado como esenciales en la reglamentación interna de una empresa. No obstante, de acuerdo a las particularidades de cada establecimiento el empleador podrá determinar otros aspectos que desea regular. *“El empleador puede insertar otras materias que contemplen soluciones no consideradas, pero deben referirse exclusivamente a obligaciones, prohibiciones y normas de orden, higiene y seguridad a que deben sujetarse los trabajadores en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa”¹⁵¹*. La jurisprudencia administrativa se ha

¹⁵⁰ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD: N° 3704/134 del año 2005.

¹⁵¹ Ob. cit.139. Olate. p.282.

pronunciado en forma extensa el contenido, asimismo, ha aumentado la relevancia del reglamento interno, sobre todo al exigir la inclusión en él de todo tipo de medio de control que pudiese significar vulneración de derechos fundamentales.

e) Sanciones aplicable a los trabajadores.

El empleador podrá imponer diferentes sanciones a los trabajadores que incumplan lo prescrito por el reglamento interno, entre las que tradicionalmente se encuentran la amonestación verbal, escrita y multas. En el último caso, el artículo 157 del Código del Trabajo, señala que no podrá exceder de la cuarta parte de la remuneración diaria del infractor. Sin perjuicio que el trabajador pueda reclamar ante la Inspección del Trabajo correspondiente.

Un aspecto muy importante, es el destino de las multas, puesto que no serán de beneficio de quien libremente confeccionó el reglamento, sino que son destinadas a incrementar los fondos de bienestar de ésta, o para los servicios de bienestar social de las organizaciones sindicales cuyos afiliados presten servicios en la empresa. A falta de las entidades señaladas, el producto de las multas pasará al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE).

¿Es posible establecer causales de terminación de contrato en el RIOHS? En este punto la doctrina y la jurisprudencia judicial han sido enfáticas. Los profesores Sáez y Melis a quienes hemos seguido en el presente capítulo dicen que: *“En ningún caso, las sanciones pueden significar el término de la relación laboral del trabajador”*¹⁵². En el caso de la Jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Concepción en el año 2006 en la causa Rol N°: 2.754 de 2005 señaló: *“Si bien el legislador ha permitido que en los Reglamentos Internos de Orden, Higiene y Seguridad los empleadores, ejerciendo su potestad de mando, incorporen procedimientos a seguir en relación con la terminación del contrato de trabajo, ello debe entenderse en el sentido de buscar un mejor entendimiento o decisión para ambas partes, pero no con el objeto de que una*

¹⁵² Ob.cit. 140. Melis - Sáez. p. 623.

de ellas haga uso de diversas vías para allegarse pruebas o configurarlas y, luego hacer uso de los instrumentos establecidos en la Ley”. Los tribunales de justicia establecen como límite claro, la no procedencia de causales de término de contrato en el RIOHS.

f) Fiscalización

La Dirección del Trabajo, es el organismo encargado de fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral, según lo establecido en el artículo 505 del Código del Trabajo¹⁵³. Respecto al reglamento interno se encargará de verificar el cumplimiento de los siguientes puntos:

- La existencia efectiva de los reglamentos internos dentro de las empresa, así como de su aplicación;
- El cumplimiento de la obligación de remisión del reglamento;
- El cumplimiento de las normas de conocimiento y publicidad del reglamento, así como de la oportunidad en que se realizó;
- La legalidad de las cláusulas contenidas en el reglamento interno, y
- La resolución de la reclamación formulada por el trabajador afectado por la aplicación de una multa en dinero¹⁵⁴.

No obstante, la fiscalización o intervención de la Dirección del Trabajo tiene un límite, el cual se refiere a que su intervención no podrá obstaculizar las atribuciones disciplinarias del empleador, así lo ha sostenido la autoridad laboral: *“En efecto, en ciertos casos -como el de la especie- podrá advertirse una trasgresión manifiesta a la*

¹⁵³ Artículo 505 del Código del Trabajo: La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen. Los funcionarios públicos deberán informar a la Inspección del Trabajo respectiva, las infracciones a la legislación laboral de que tomen conocimiento en el ejercicio de su cargo.

¹⁵⁴ Ob. cit. 140. Melis – Sáez. p. 624.

letra del reglamento interno, a los procedimientos que contempla, a las sanciones que establece o a alguna otra ritualidad distinta a la ponderación de hechos y determinación de la sanción que -se reitera- constituye la esencia del poder disciplinario. Configurándose una trasgresión de estas características al reglamento interno, esta Dirección debe ordenar administrativamente que se subsane, sin intervenir ni condicionar el ejercicio mismo de la atribución disciplinaria, que es siempre privativa del empleador”¹⁵⁵.

g) Obligación de reserva

El artículo 154 bis del Código del Trabajo establece 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”.

En la actualidad los avances tecnológicos, han permitido generar medios de control cada vez más sofisticados y un acceso a la información prácticamente ilimitado, que ha permitido a los empleadores acceder a ámbitos de la vida privada de los trabajadores. De esta manera, el objetivo de esta norma: *“apunta a la protección de los derechos fundamentales del trabajador, especialmente lo que dice relación con el respeto a la honra, la vida privada y la intimidad del trabajador, como parte del contenido ético que se reconoce al contrato de trabajo”¹⁵⁶.*

La jurisprudencia administrativa ha señalado que: *“El precepto contenido en el citado artículo 154 bis, materializa la garantía de rango constitucional consagrada por el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, que asegura “El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia” y su incorporación por el legislador tiene por fundamento la protección de un derecho fundamental del trabajador, resguardo que se traduce en la práctica en la obligación que se ha impuesto al empleador de mantener en reserva toda la información y datos*

¹⁵⁵ Dictamen de la Dirección del Trabajo Dictamen de la Dirección del Trabajo **ORD. N° 4968/335** del año 2000.

¹⁵⁶ Ob. cit. 139. p. 284.

*privados del trabajador, de que tenga conocimiento en virtud de la relación contractual que los une*¹⁵⁷.

ii. Reglamento Interno de Higiene y Seguridad

Se encuentra regulado en la Ley 16.744 y el Decreto Supremo 40 de 1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el que establece que:

*“junto al deber de información de los riesgos laborales (Derecho a saber), los Comités Paritarios y los Departamentos de Prevención de Riesgos, constituyen los instrumentos de prevención de riesgos laborales que la legislación contempla como medidas obligatorias de protección de la vida y seguridad de los trabajadores”*¹⁵⁸.

Este instrumento ha cobrado especial relevancia desde la ratificación de nuestro país del Convenio 187 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual señala en su artículo 3.2:

“Todo Miembro deberá promover e impulsar, en todos los niveles pertinentes, el derecho de los trabajadores a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable”.

Lamentablemente en nuestro país, la ratificación del convenio y el impulso de entregar las condiciones necesarias a los trabajadores para que realicen sus servicios, fue provocada por el conocido accidente de la mina San Esteban, y que mantuvo más de 33 mineros en las profundidades de la tierra, pero esos esfuerzos han sido insuficientes, ya que luego del mediático accidente han muerto más de una decena de trabajadores de forma anónima en faenas mineras.

¹⁵⁷ Dictamen de la Dirección del Trabajo Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD. Nº: 823 – 20 del año 2003.

¹⁵⁸ Ob. cit. 140. Melis – Sáez. p. 625.

El Reglamento Interno de Higiene y Seguridad, los comités paritarios y los departamento de prevención de riesgos, son los medios que permiten prevenir los riesgos laborales, y de esa manera proteger la seguridad de los trabajadores y su vida.

a) Aplicación

Existen dos normas que nos permiten identificar el marco de aplicación, la primera de ella es el artículo 67 de la ley 16.744. Conforme a esta disposición las empresas o entidades estarán obligadas a mantener al día los reglamentos internos de higiene y seguridad en el trabajo y los trabajadores a cumplir con las exigencias que dichos reglamentos les impongan. Los reglamentos deberán consultar la aplicación de multas a los trabajadores que no utilicen los elementos de protección personal que se les haya proporcionado o que no cumplan con las obligaciones que les impongan las normas, reglamentaciones o instrucciones sobre higiene y seguridad en el trabajo. La aplicación de tales multas se regirá por lo dispuesto en el Párrafo I del Título III del Libro I del Código del Trabajo.

El convenio 187 de la OIT, a su vez, prescribe una serie de obligaciones para los países que lo han ratificado, estas son:

“1. Todo Miembro deberá establecer, mantener y desarrollar de forma progresiva, y reexaminar periódicamente, un sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

2. El sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo deberá incluir, entre otras cosas:

a) la legislación, los convenios colectivos en su caso, y cualquier otro instrumento pertinente en materia de seguridad y salud en el trabajo;

b) una autoridad u organismo, o autoridades u organismos responsables de la seguridad y salud en el trabajo, designados de conformidad con la legislación y la práctica nacionales;

c) mecanismos para garantizar la observancia de la legislación nacional, incluidos los sistemas de inspección, y

d) disposiciones para promover en el ámbito de la empresa la cooperación entre la dirección, los trabajadores y sus representantes, como elemento esencial de las medidas de prevención relacionadas con el lugar de trabajo.”

El punto 2 letra a del artículo 4 del Convenio 187 de la OIT, se cumple en nuestro país con la existencia del reglamento interno de higiene y seguridad, pero los esfuerzos deben continuar en una línea que permite garantizar mejores condiciones de trabajo.

La segunda norma relevante en esta materia es la que señala el artículo 14 del Decreto Supremo N° 40 de 1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social que dispone:

“Toda empresa o entidad estará obligada a establecer y mantener al día un reglamento interno de seguridad e higiene en el trabajo, cuyo cumplimiento será obligatorio para los trabajadores. La empresa o entidad deberá entregar gratuitamente un ejemplar del reglamento a cada trabajador”.

Las normas anteriormente citadas dejan en claro que corresponde tener este cuerpo normativo, incluso en empresas que tengan menos de diez trabajadores. Este aspecto marca una clara diferencia con el reglamento que regula el orden dentro de la empresa, puesto que se transforma una obligación para el empleador, si la empresa tiene más de 10 trabajadores. Sin perjuicio, de esta diferencia y que se trata de reglamento diferentes y con objetivos distintos, no hay inconvenientes para que ambos conformen un solo texto. El fundamento legal de esta posibilidad se encuentra en el artículo 154 número 9 del Código del Trabajo.

b) Contenido

El artículo 16 del mismo Decreto Supremo N° 40 de 1969, establece que deberán existir un preámbulo, cuatro capítulos destinados a disposiciones generales,

obligaciones, prohibiciones y sanciones. Asimismo, tener el procedimiento de reclamos establecido por la Ley Nº 16.744 y por su reglamento.

c) El preámbulo

Deberá señalar el objetivo del reglamento, lo dispuesto por la Ley 16.744, el texto expreso del artículo 67 de la ley mencionada y luego hacer una invitación a la colaboración. Las sanciones que consistan en multas, tendrán el mismo destino que las del RIOHS.

d) Disposiciones Generales

El artículo 17 del Decreto Supremo Nº 40 de 1969, antes citado, señala:

“En el capítulo sobre disposiciones generales se podrán incluir normas sobre materias tales como los procedimientos para exámenes médicos o psicotécnicos del personal, sean preocupacionales o posteriores; los procedimientos de investigación de los accidentes que ocurran; las facilidades a los Comités Paritarios para cumplir su cometido; la instrucción básica en prevención de riesgos a los trabajadores nuevos; la responsabilidad de los niveles ejecutivos intermedios; las especificaciones de elementos de protección personal en relación con tipos de faenas, etc.”

En otras palabras se podrán establecer los siguientes temas:

- Facilidades a los Comités Paritarios para cumplir sus fines.
- Exámenes médicos o psicotécnicos de los trabajadores, sea en la etapa pre-contractual o pos-contractual.
- Procedimientos de investigación de los accidentes.
- Responsabilidad de los niveles ejecutivos intermedios.
- Elementos de protección personal, según el tipo de faenas.

e) Obligaciones

Cuando hablamos de las obligaciones debemos remitirnos al artículo 18 también del Decreto Supremo N° 40, que señala:

“El capítulo sobre obligaciones deberá comprender todas aquellas materias cuyas normas o disposiciones son de carácter imperativo para el personal, tales como el conocimiento y cumplimiento del reglamento interno; el uso correcto y cuidado de los elementos de protección personal; el uso u operancia de todo elemento, aparato o dispositivo destinado a la protección contra riesgos; la conservación y buen trato de los elementos de trabajo entregados para uso del trabajador; la obligatoriedad de cada cual de dar cuenta de todo síntoma de enfermedad profesional que advierta o de todo accidente personal que sufra, por leve que sea; la cooperación en la investigación de accidentes, la comunicación de todo desperfecto en los medios de trabajo que afecten la seguridad personal; el acatamiento de todas las normas internas sobre métodos de trabajo u operaciones, o medidas de higiene y seguridad; la participación en prevención de riesgos de capataces, jefes de cuadrillas, supervisores, jefes de turno o sección y otras personas responsables”.

f) Prohibiciones

En este apartado se detallarán los comportamientos que por ser en sí riesgosos, no se deben hacer bajo ningún aspecto. Se prohibirán en todos los casos, porque se considerarán como mínimo las siguientes acciones:

“se dejará establecido que no se permitirá introducir bebidas alcohólicas o trabajar en estado de embriaguez; retirar o dejar inoperantes elementos o dispositivos de seguridad e higiene instalados por la empresa; destruir o deteriorar material de propaganda visual o de otro tipo destinado a la promoción de la prevención de riesgos; operar o intervenir maquinarias o equipo sin autorización; ingerir alimentos o fumar en ambientes de trabajo en que existan riesgos de intoxicaciones o enfermedades profesionales;

*desentenderse de normas o instrucciones de ejecución o de higiene y seguridad impartidas para un trabajo dado*¹⁵⁹.

Asimismo, en este capítulo se deberá establecer los actos que se considerarán faltas graves, o actos negligentes inexcusables.

g) Sanciones

El reglamento contemplará sanciones a los trabajadores que infrinjan sus normas. Las sanciones consistirán en multas en dinero, sus montos serán proporcionales a la gravedad de la vulneración. Siempre y cuando la multa no exceda del 25% del salario diario y serán aplicadas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 153 del Código del Trabajo.

El destino de las multas se utilizará para entregar premios a los trabajadores del mismo establecimiento o faena, previo el descuento de un 10% para el fondo destinado a la rehabilitación de alcohólicos que establece la Ley N° 16.744.

h) Procedimiento

- **La dictación y modificaciones del reglamento:** No requiere la aprobación previa del Servicio de Salud, pero éste podrá revisar su texto e introducir modificaciones cuando lo estime conveniente.
- **Fiscalización:** El reglamento será sometido al Comité Paritario de Higiene y Seguridad con 15 días de anticipación a la fecha en que empiece a regir. Si en la empresa no existe Comité, el reglamento se pondrá a disposición de los trabajadores con la misma anticipación, por medio de publicaciones que se pongan en lugares visibles y de fácil acceso en el lugar de trabajo.
- **Impugnación:** En el plazo indicado, el Comité Paritario o los trabajadores, según proceda, podrán formular las observaciones que consideren pertinentes. En caso de desacuerdo entre la empresa y los trabajadores o de reclamaciones

¹⁵⁹ Artículo 19 Decreto Supremo número 40 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social,

de algunas de las partes sobre el contenido del reglamento o sus modificaciones, tomará la decisión final el Servicio de Salud.

- **Vigencia:** Tendrá una vigencia de un año, pero se entenderá prorrogado automáticamente, por períodos iguales, si no ha habido observaciones por parte del Departamento de Prevención o del Comité Paritario de Higiene y Seguridad, o a falta de éstos de la empresa o de los trabajadores

CAPITULO III

COLISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y EL EMPLEADOR.

3.1 Las dificultades de la colisión de los derechos fundamentales y particularidades en materia laboral.

En este apartado nos proponemos abordar los conflictos que pueden surgir en el ejercicio de derechos fundamentales en una relación jurídica particular, esto es, la relación jurídico laboral.

Tal y como se ha venido desarrollando en los dos capítulos anteriores, en la relación jurídico laboral, podemos señalar que tanto el empleador como el trabajador son titulares de derechos consagradas constitucionalmente. Para el primero, las garantías se traducen fundamentalmente en la libertad de empresa, consagrada por el art. 19 n° 21 de nuestra Constitución, y que se manifiestan en el contrato de trabajo a través de los poderes empresariales o de los poderes del empleador. Para el trabajador en cambio, existe, gracias a la consagración del concepto de ciudadanía en la empresa, el reconocimiento de todas aquellas libertades y derechos que en cuanto persona le son reconocidas por el ordenamiento jurídico, las cuales, tienen plena vigencia con ocasión del trabajo. Hablamos aquí de los derechos laborales inespecíficos del trabajador.

La situación antes descrita, y especialmente la condición de subordinación y dependencia que existe en el contrato de trabajo, posibilita un campo de eventuales o reales conflictos entre los derechos constitucionalmente reconocidos.

Frente a esta tensión eventual o real, tanto la doctrina como el legislador, han elaborado una serie de mecanismos correctivos como lo son el proceso de tutela laboral y la teoría de la ponderación de los derechos. Así también, por parte de los órganos con competencia laboral, se han elaborado criterios encargados de prevenir o solucionar estos conflictos ya sea por la jurisprudencia administrativa y/o judicial

En orden a entender desde una perspectiva jurídica como operan los conflictos entre derechos fundamentales, y cuáles son sus posibles soluciones, a continuación se abordará el conflicto de derechos fundamentales en general, para luego ocuparnos de este tópico desde la esfera laboral.

3.1.1 Colisión de derechos fundamentales.

Cuando hablamos de conflictos entre derechos o de un conflicto entre reglas, o de forma genérica cuando nos referimos a un conflicto de “leyes”, lo que tenemos en mente en realidad es un caso de antinomia normativa. En efecto, cuando hacemos uso de estas expresiones, lo que se quiere significar generalmente, es que dos disposiciones normativas se encuentran en pugna¹⁶⁰.

Entonces, cuando dos normas que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico y estas son incompatibles entre sí, estamos en presencia de una antinomia, la cual debe ser solucionada conforme a los tradicionales criterios de solución, esto es, el criterio de jerarquía, el criterio de temporalidad y el criterio de especialidad. Estos mecanismos que tienen un desarrollo doctrinal de larga data, y que encuentran correlato en las legislaciones positivas (véase por ejemplo las normas del título preliminar del Código Civil chileno), son efectivas herramientas para la mayoría de los problemas derivados de antinomias normativas.

Sin embargo, dichos criterios dejan de ser eficientes cuando estamos en presencia de derechos fundamentales. Y esto, se explica por la especial estructura que poseen estas disposiciones. La especial condición de los derechos fundamentales- en lo que a conflicto de derechos se refiere- puede apreciarse desde tres dimensiones.

Un primera dimensión, dice relación con que los derechos fundamentales hacen inviable el uso de los criterios tradicionales para solución de antinomias, por cuanto estas reglas están- por lo general- en un mismo texto legislativo, en un mismo ámbito de temporalidad, y para los cuales no es posible determinar un criterio de

¹⁶⁰ Salmona Maureira, Francisco. “Decisión Judicial y colisión de derechos fundamentales”. Santiago. Cuadernos del Tribunal Constitucional. 2008. p.29-67.

especialidad de uno por sobre el otro, ya que rara vez estos derechos se superponen, es decir, en general los derechos fundamentales no chocan en las materias que regulan.¹⁶¹

Ligado a esto último y en una segunda dimensión podemos advertir que en realidad el conflicto entre derechos fundamentales no se da en “abstracto”, sino en “concreto”. En cualquier otro tipo de norma del ordenamiento jurídico, las antinomias suelen darse en un nivel anterior al de la aplicación de las mismas, por ejemplo la contradicción que se produce entre una regla emanada de una ley y aquella que emana del decreto que la ejecuta podrá solucionarse mediante el criterio de la jerarquía sin necesidad de recurrir a las particularidades del caso en concreto. Al contrario, en el caso de colisión de derechos fundamentales no podrá prescindir de las condiciones particulares al caso en concreto¹⁶². De ahí que la utilización de los criterios tradicionales de solución de antinomias no resulte efectiva.

En efecto, respecto a los derechos fundamentales podemos decir que estos no suelen superponerse unos a otros, es decir, no son en su enunciado contradictorios entre sí. Los derechos fundamentales no se presentan como en el caso de reglas contradictorias, en que una de ellas manda a hacer A, y la otra prohíbe hacer A. Esta condición viene dada porque cuando hablamos de derechos fundamentales, más bien hablamos de principios y no de reglas.

En tercer lugar, encontramos la distinción entre reglas y principios. La consecuencia de esta distinción radica principalmente en dos aspectos. El primero dice relación con que las reglas tienen una estructura binaria de cumplimiento, es decir, el supuesto de hecho que hace aplicable la regla se cumple o no se cumple, los principios en cambio al ser mandatos de optimización pueden aplicarse en menor o mayor medida al caso particular. El segundo aspecto- y el más relevante para este trabajo- es que conforme a lo que se viene exponiendo los criterios de solución de conflicto entre

¹⁶¹ Ob. cit. 160 Salmona Maureria, p.32.

¹⁶² *Ibidem*.

normas y principios es distinto. Así, para las reglas que se contradicen se utilizará uno o varios de los mecanismos tradicionales de solución de antinomias, mientras que en el caso de los principios estos se “pesarán”, y para solucionar los conflictos entre estos operará el proceso de ponderación en el caso concreto¹⁶³.

3.1.2 El criterio de ponderación en la solución de la colisión de derechos fundamentales.

Dada la ineficacia de los criterios tradicionales de solución de antinomias normativas para resolver los conflictos que pueden presentarse entre dos sujetos titulares de derechos fundamentales, es que ha sido desarrollado por la doctrina el criterio de proporcionalidad para su solución.

En buena parte gracias a los trabajos de Robert Alexy¹⁶⁴, que se ha divulgado y desarrollado esta forma de abordar los problemas relativos a la colisión de derechos fundamentales. Para Alexy, los derechos fundamentales deben ser entendidos como mandatos de optimización, es decir, como fórmulas o enunciados que mandan, prohíben o permiten una conducta, las que deben ser satisfechas en el mayor grado posible. Como se ha expuesto más arriba, esta característica de los derechos fundamentales como principios, se distancia de la fórmula propia de las reglas, cual es, que estas se cumplen o no se cumplen. Los principios en cambio se cumplen en menor o mayor medida.

Si bien la aplicación del criterio de ponderación no es una tarea fácil, la propia teoría de Alexy respecto a la ponderación de dos derechos en conflicto otorga herramientas para su análisis. Es lo que Alexy llama subprincipios de la máxima de proporcionalidad. Los que en realidad son criterios, desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y reformulados por la dogmática alemana de manera de clarificar el trabajo argumentativo, estos son:

¹⁶³ Ob. cit. 160. Salmons Maureira. p. 62.

¹⁶⁴ Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

i. Adecuación o idoneidad.

Este subprincipio sirve para determinar si el medio o mecanismo por el cual se produce la limitación del derecho es apto de manera lógica para el fin que persigue, es decir, busca despejar aquellas restricciones o medidas limitativas que puedan ser arbitrarias. Por ejemplo- y como se verá más adelante en extenso- los medios de control que dispone el empleador como manifestación de sus poderes en la relación laboral, pueden afectar derechos fundamentales del trabajador, como por ejemplo el derecho a la protección de la intimidad y vida privada. Este subprincipio impone que el examen de esta colisión (el derecho del empleador a ejercer medios de control y los derechos individuales del trabajador), debe realizarse mediante una relación de adecuación, el juez debe preguntarse si el medio que se impone sirve para el fin que se persigue o resulta arbitrario. Sin embargo, la respuesta a esta pregunta no agota el análisis es solo un primer piso que debe complementarse con los siguientes.

ii. Necesidad.

Aquí se refiere al examen sobre la medida adoptada o la acción limitativa del derecho debe ser aquella que la afecte en menor medida. El profesor Nogueira Alcalá¹⁶⁵ señala que esta necesidad debe cumplir con algunos requisitos:

- Necesidad Material: el medio que se utiliza es aquél que en menor intensidad afecte al derecho fundamental.
- Necesidad Espacial: el medio que se utiliza es el que limita en menor medida el ámbito de aplicación del derecho.
- Necesidad Temporal: el medio que se utiliza afecte el menor tiempo posible el derecho.

¹⁶⁵ Como aparece citado en Domínguez Montoya Álvaro, “Una mirada genérica al alcance de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo”, en Actualidad Laboral, Diciembre 2009, n° LXXXV, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- Necesidad personal: el medio que se utiliza debe afectar a la menor cantidad de personas posibles.

iii. El de proporcionalidad en sentido estricto o ponderativo.

La proporcionalidad en sentido estricto, impone al juez realizar un ejercicio de valoración razonable y jurídica del contenido y alcance de los derechos en juego. Para realizar este ejercicio, Alexy nos señala la máxima de la ponderación, que se enuncia de la siguiente forma:

“Cuanto mayor grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁶⁶

El profesor Salmona Maureira¹⁶⁷ explica de forma clara el enunciado de esta máxima del criterio de ponderación en sentido estricto.

Un primer paso consiste en determinar de acuerdo al caso particular, la medida de afectación de un derecho fundamental. En segundo término, debe realizarse las consideraciones de la importancia que tiene el derecho contrario, es decir, con el derecho que está en colisión con el anterior, en esta determinación pueden jugar caracteres abstractos o distintos al caso en concreto, es decir, es la corrección del sentido y alcance que tiene este derecho, como la configuración de sus límites, etc. En tercer término la operatoria de la máxima de Alexy nos lleva al tercer paso que se condice con la misma argumentación que debe desarrollar en orden a indicar por qué un derecho prevalece ante otro y cuya satisfacción cede ante el primero.

Al contrario de lo que ocurre con los dos criterios antes mencionados, los que operan en base a una material o fáctica de constatación. El subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto mira a las condiciones jurídicas y racionales en

¹⁶⁶ Ob. cit. 164. Alexy, Robert.

¹⁶⁷ Ob. cit. 160, Salmona Maureira, p. 63

cuales deben ser satisfechos los principios. Pues recordemos junto con Alexy¹⁶⁸, que estos- los principios- exigen la máxima realización posible, tanto material, como jurídica. Operando los subprincipios i y ii mencionados más arriba en el plano fáctico, y el iii en el plano jurídico.

No es entonces una tarea fácil la del juez a la hora de resolver un conflicto de derechos fundamentales, sin embargo gracias al criterio de la ponderación y a la concepción de los derechos fundamentales como principios, la carga argumentativa cobra legitimidad racional y legal si es que se utilizan los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto a la hora de fallar.

En materia laboral en nuestro país- según veremos en el siguiente apartado- se ha dado por fin con una solución legislativa clara que recoge este desarrollo doctrinal y que vincula al juez directamente por mandato legal a basarse en criterios de racionalidad y ponderación para fallar conflictos entre derechos. Hablamos de la creación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador, en el marco de la reforma a la justicia laboral impulsado por la ley 20.087.

3.2 Herramientas de protección otorgadas por el legislador respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores (Procedimiento de Tutela).

En nuestro país las modificaciones establecidas por la ley 20.087¹⁶⁹ que modificó el procedimiento laboral, trajo consigo la creación de un nuevo instituto procesal desconocido en nuestro derecho positivo, esto es, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Este inclusión, vino a llenar el vacío que existía a nivel legal de la protección de derechos fundamentales, ya que fuera de las acciones constitucionales y de los demás mecanismos dispersos en el ordenamiento jurídico nacional, no existía una regulación sistemática y coherente de protección, la creación

¹⁶⁸ Alexy, Robert: "La fórmula del peso", en " El Principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional", serie justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y sociedad, Editor Miguel Carbonell (2008), p.15

¹⁶⁹ Ley 20.087 "Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo", publicada en el Diario Oficial el 3 de Enero de 2006.

de un procedimiento de tutela viene en buena medida a corregir estos defectos de nuestro sistema legal.

3.2.1. El procedimiento de tutela laboral en el Código del Trabajo.

Los nuevos artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo establecen el procedimiento destinado a proteger la lesión o vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores que se susciten en la relación laboral por aplicación de normas laborales. Al respecto el art 485 dispone:

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

Luego, la disposición en comento se refiere a las garantías o derechos fundamentales que protege especialmente este procedimiento, pues si bien se recogen los derechos fundamentales que tienden a ser mayormente vulnerados con ocasión de la relación laboral, no es una lista exhaustiva, ni contempla todo el catálogo del art.19 de la CPR. El legislador al parecer ha tenido en consideración el propio recurso de protección establecido en la Constitución, el que si bien es una herramienta más amplia de protección de derechos fundamentales también es acotado respecto de los derechos que protege¹⁷⁰.

i. Derechos fundamentales protegidos por el procedimiento de tutela.

La norma del art. 485 del Código del Trabajo establece la protección de aquellos derechos que son susceptibles de mayor afectación en la relación laboral. El artículo en comento al respecto dispone:

“ (...), que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su

¹⁷⁰ Manual de Juicio del Trabajo, varios autores, Academia Judicial, primera edición Santiago (2008), p.132.

vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°,5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

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

De la lectura de la norma citada podemos ver que los derechos fundamentales que son objeto de protección del procedimiento de tutela son los siguientes:

- Derecho a la vida, integridad física y psíquica, en los casos en que la vulneración sea una *consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.*
- Derecho a la vida privada, intimidad y a la honra de su persona y familia.
- Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada
- Derecho a la libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y ejercicio libre de todos los cultos, con las limitaciones que la Constitución dispone al efecto.
- Derecho a la libre expresión, emitir opinión y de la información, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.
- El derecho a la libertad de trabajo y su libre elección. La proscripción de prohibir alguna clase de trabajo, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales. La prohibición de exigir la afiliación a una organización o entidad como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo.
- El derecho a la libertad sindical.

- El derecho a la no discriminación laboral conforme a lo establecido en el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Junto con las garantías más arriba señaladas, y mencionadas por el propio art. 485 del Código del Trabajo, debemos hacer notar que el inciso tercero de este artículo se pone en el caso de la protección del trabajador en caso de las eventuales represalias que pudiera tomar el empleador por motivo de la acción fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, así como también por el ejercicio que el trabajador pudiere realizar de las acciones que la ley pone a su disposición¹⁷¹.

La normativa del art. 485 del Código del Trabajo, específicamente su inciso tercero, da cuenta de cuando el juez deberá resolver sobre una lesión de los derechos y garantías fundamentales protegidos por este procedimiento. El inciso tercero de este artículo dispone:

“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 reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas 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.”

El inciso transcrito de alguna manera resume bastante bien lo que se ha desarrollado en este trabajo, en orden a dar cuenta de que la lesión de los derechos fundamentales del trabajador se produce por la colisión de estos, con los actos emanados de los poderes del empleador que también tienen sustrato constitucional.

Asimismo la norma da cuenta de la colisión de derechos fundamentales y sus criterios de solución, otorgando herramientas al sentenciador para resolver estos conflictos. Así, del inciso tercero del artículo 485 se desprende que: la lesión o

¹⁷¹ Ob.cit. 170.

afectación de los derechos fundamentales ocurre cuando la medida adoptada por el empleador afecta el ejercicio de sus derechos, pues toca su contenido esencial, desnaturalizándolo; la afectación de un derecho ocurre cuando la medida restrictiva que se impone no está razonablemente fundada, es decir, es arbitraria. Y por último el inciso tercero revela la exigencia de proporcionalidad de las medidas restrictivas por cuanto esta tiene que guardar cierto equilibrio entre los medios y los fines, además de responder a los subprincipios de necesidad e idoneidad que vimos más arriba.

Sin perjuicio de que no es el objeto de este trabajo ahondar en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales revisaremos con algún detalle algunos aspectos que parecen relevantes de este procedimiento.

ii. Titularidad de la acción de tutela.

Las disposiciones legales que reglamentan el procedimiento de tutela disponen que este puede ser iniciado de la siguiente forma:

- Iniciada por el propio trabajador, sin perjuicio de la participación como tercero coadyuvante de la organización sindical a la que este pertenezca, conforme al inciso primero del art.486 del CT. En caso de que la vulneración de derechos fundamentales se realice con ocasión del despido, la titularidad de la acción es exclusiva del trabajador.
- Iniciada por la propia organización sindical a la que está afiliado el trabajador, accionando como parte principal en el juicio,
- Iniciada por la Dirección del Trabajo, quien tiene el deber de denunciar, dentro de sesenta días, cuando en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras tome conocimiento de alguna vulneración de derechos fundamentales.
- Existe un caso particular en que es el empleador quien puede dar inicio al procedimiento de tutela. Este caso se refiere a los atentados en contra de la libertad sindical, que no solo puede ser vulnerado por medio de

prácticas desleales y antisindicales por los empleadores, sino también por los trabajadores.¹⁷²

iii. Prueba.

Un aspecto relevante en todo procedimiento es el de establecer reglas en cuanto a la forma de admisión de la prueba, los mecanismos de valoración y el onus probandi. Al respecto, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales cuenta con una novedosa formulación. Tal como sostiene el profesor Melis¹⁷³:

“Una de las principales novedades que introduce el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales (Tutela Laboral) es la institución de la prueba indiciaria que opera en lo referido a los derechos fundamentales como una verdadera garantía procesal que actúa sobre el onus probando (carga de la prueba), en tanto, lo facilita en un ámbito en donde la posibilidad de allegar prueba de una vulneración resulta particularmente difícil para la persona del trabajador afectado debido normalmente al ocultamiento o encubrimiento de la verdadera causa vulneratoria.”

La adopción de la prueba indiciaria ante actos o medidas que signifiquen una vulneración de derechos fundamentales, es una importante y eficaz herramienta de protección al trabajador, puesto que coloca sobre el empleador la carga de acreditar que los medios que se impugnan como lesivos de derechos fundamentales, son necesarios, proporcionales e idóneos. Así el art. 493 del Código del Trabajo dice:

“Cuando 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 su proporcionalidad.”

¹⁷² Manual de Juicio del Trabajo, varios autores, Academia Judicial, primera edición Santiago (2008).p.137

¹⁷³ Ob. cit. 4. Melis, p. 74.

Siguiendo al profesor Melis¹⁷⁴ en este aspecto, debe entenderse que por indicio se debe entender un germen de prueba o principio de prueba, una probabilidad de la ocurrencia de determinado hecho. Aunque sin dejar de tener presente que la mera probabilidad no es suficiente, sino también es necesario que los antecedentes que se aportan y que conforman el indicio tengan una verosimilitud o plausibilidad efectiva para que generen las consecuencias que la norma prescribe.

Hemos revisado los aspectos más relevantes del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, que gracias a las modificaciones de la ley 20.087 han reformado la justicia laboral. Otorgando una poderosa herramienta de protección de derechos de la persona en la relación laboral. Sin embargo, el procedimiento de tutela- como veremos en profundidad en el siguiente capítulo- tiene la desventaja de que opera una vez que la lesión o afectación del derecho se ha producido, es decir, tiene una eficacia fundamentalmente correctiva, por lo que no es el mecanismo más eficaz para la prevención de que estas situaciones. Lo anterior es del todo claro si tenemos en consideración el hecho de que, hasta el momento, la utilización de este procedimiento se da mayoritariamente en casos de despido, es decir, de lesiones que se dan con ocasión de la desvinculación laboral. Falta entonces centrar la mirada en las actitudes y medios preventivos de estas lesiones, que a nuestro juicio, son fundamentalmente logradas por un adecuada redacción y control del RIOHS.

3.3 Doctrina creada por la Dirección del Trabajo.

Se ha expuesto de forma reiterada en este trabajo, el rol trascendental que ha jugado la Dirección del Trabajo como ente impulsor de la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral, con ocasión de sus funciones fiscalizadoras. Cuestión que ha sido abordada por el órgano administrativo con mucha anterioridad al tratamiento que los propios Tribunales de Justicia y el legislador han hecho de la materia. Esta vocación protectora y de avanzada de la Dirección del Trabajo se ha desarrollado por medio de múltiples dictámenes que responden a sus facultades interpretativas de la normativa laboral.

¹⁷⁴ Ob. cit. 4. Melis. p.75.

Una muestra clara de lo que se viene diciendo es el hecho que una década antes de que se publicara la Ley 19.759, que establecería expresamente en la legislación laboral los derechos fundamentales como límites a los poderes del empleador, la Dirección del Trabajo ya se había pronunciaba sobre estas materias.

Un ejemplo de estos tempranos pronunciamientos es uno del año 1993, el cual se refiere a la facultad del empleador de utilizar los medios de control en el desarrollo de la relación laboral, para lo cual la Dirección establece ciertos requisitos, a saber:

“Resulta lícito que el empleador plantee "medidas de control y revisión, pero es necesario que tales "medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el" respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y en " función de este objetivo se requiere que los sistemas de "prevención sean técnicos y despersonalizados y que, por "ende, se apliquen mediante mecanismos automáticos y de "sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se "produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas" concretas”¹⁷⁵.

Luego, en un pronunciamiento en el año 1996, de forma categórica la Dirección estableció como claro límite a los poderes del empleador los derechos fundamentales del trabajador:

“Así, mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha facultad se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Dictamen ORD. N°: 4842/300 de 1993.

¹⁷⁶ Dictamen ORD. N° 287/14 de 1996.

Ambos dictámenes citados, responden a los primeros de muchos otros que fueron enriqueciendo con el correr de los años la tesis de la Dirección del Trabajo en aras a la protección de los derechos fundamentales del trabajador y a establecer a estos como límites de los poderes del empleador.

Luego de la reforma legislativa al artículo 5° del Código del Trabajo, el ente administrativo se pronunció en el año 2002 respecto a estas materias con el dictamen 2856/162, más conocido como el “dictamen marco”, donde es posible encontrar la base del contenido dogmático y los fundamentos más esenciales que conforman la visión de la Dirección sobre este punto.

La Dirección del Trabajo haciendo un examen íntegro de nuestra legislación, y teniendo en consideración particularmente lo señalado por el artículo 1° de nuestra Constitución, afirmó en el referido dictamen lo siguiente:

“En esta perspectiva, los derechos fundamentales encuentran en los valores superiores de la dignidad humana, la libertad y la igualdad sus parámetros modeladores y conformadores, de forma tal, que los mismos deben necesariamente explicarse, interpretarse y aplicarse a partir de dicho reconocimiento. Los derechos fundamentales constituyen entonces, la expresión jurídica más tangible y manifiesta de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad. Siendo su categorización de “fundamentales” una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona”¹⁷⁷.

De esta manera es posible observar que la Dirección estableció como fundamento de la protección de los derechos de los trabajadores en la relación laboral, la dignidad humana, la que como tal debe ser respetada en todo ámbito, incluso dentro de la una relación caracterizada por la desigualdad de las partes, como lo es la laboral.

¹⁷⁷ Dictamen ORD. N° 2856/162 de 2002.

En absoluta coherencia con esta línea argumental y pronunciándose sobre la modificaciones al art. 5 del Código del Trabajo que asientan en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de ciudadanía en la empresa. La Dirección del Trabajo expuso en su “dictamen marco” de la materia que:

“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"”¹⁷⁸.

Ahora bien, es dentro de este contexto de reconocimiento del concepto de ciudadanía en la empresa, tanto por la legislación, como por la jurisprudencia administrativa, que cabe preguntarse entonces ¿Cómo se conjugan los derechos fundamentales del trabajador y los poderes del empleador? Esta pregunta es relevante, pues tal como se ha sostenido más arriba en este trabajo, los poderes del empresario no sólo son efectos propios del contrato de trabajo, sino que tienen como causa mediata, también, garantías constitucionales, cual es, el derecho a la libre empresa o a desarrollar cualquier actividad económica del empleador. Esto es, la garantía contenida en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 19 n° 21 de la Constitución.

Al respecto, la Dirección del Trabajo ha señalado que los derechos fundamentales, pese a tener este carácter no son absolutos, pues ellos mismos para permitir la coexistencia de otras garantías constitucionales requieren de límites, tal como lo ha establecido el propio constituyentes al determinar límites a los derechos fundamentales justificadas en razones de bien común, la moral, el orden público y más importante aún otros derechos fundamentales, etc.¹⁷⁹.

En materia laboral los derechos fundamentales son susceptibles de límites por cuanto su ejercicio puede entrar en colisión con el ejercicio de otro derecho

¹⁷⁸ Dictamen ORD. N° 2856/162 de 2002.

¹⁷⁹ Dictamen ORD. N° 2856/162 de 2002.

fundamental, esta vez detentado por el empleador. Así las cosas, según hemos visto en este trabajo, en la relación jurídico laboral es factible la tensión entre dos sujetos de derechos fundamentales, cuya resolución, dadas por la características de los mismos derechos debe apelar a criterios de resolución distintos que a los criterios tradicionales de conflictos entre derechos¹⁸⁰.

Para entender mejor lo anteriormente señalado y ver las formas de solucionar el conflicto, debemos introducirnos en la estructura interna de los derechos fundamentales, donde es imprescindible entender -someramente al menos- los conceptos de delimitación, límites y contenido esencial de los derechos.

En primer, lugar en cuanto a la delimitación del derecho, la Dirección del Trabajo en el propio dictamen del 2002 que ha servido de base para este capítulo señala lo siguiente:

“Para conocer cuál es el ámbito delimitado del derecho, la actividad interpretativa ha de dirigirse necesariamente a la conformación que del derecho efectúa la norma constitucional para determinar su extensión máxima de protección”¹⁸¹.

La doctrina respecto a la delimitación del derecho por su parte ha señalado que:

“la delimitación de un derecho fundamental está determinada por el conjunto de facultades con las cuales la norma constitucional configura al derecho. Mediante la delimitación el constituyente fija los contenidos y fronteras del derecho fundamental, la que es conocida por el juez mediante la labor

¹⁸⁰ Ver supra 3.1.1 y 3.1.2.

¹⁸¹ Dictamen ORD. N° 2856/162 de 2002.

*interpretativa del contenido del derecho fundamental en conflicto, se verifica así la definición de sus contornos objetivos y generales*¹⁸²

Se puede apreciar que tanto la Dirección del Trabajo, como la doctrina citada son coincidentes en que un primer paso esencial para el análisis de la colisión de derechos fundamentales es de determinar cuál es la extensión del derecho de acuerdo a las reglas dadas por el constituyente, en términos simples, se trata de la demarcación del terreno del derecho.

En segundo lugar, la resolución de un conflicto de derechos de esta característica supone el análisis de los límites que el derecho fundamental debe resistir. La Dirección del Trabajo sobre este aspecto ha sostenido que:

*“En cuanto al ámbito limitado o dicho de otra forma a la posibilidad de imponer límites al derecho fundamental, éstos suponen una intromisión en el ámbito delimitado del derecho, excluyendo o modulando su eficacia o protección, afectando con ello a determinados sujetos, facultades o garantías que se encuentran dentro de la extensión máxima de protección del derecho”*¹⁸³.

Es decir el análisis de los límites supone la valoración de estos, que no necesariamente es negativa per sé, pues como hemos visto, estos derechos sí admiten limitaciones, siempre y cuando estas no vulneren el contenido esencial del derecho, lo que corresponde al tercer nivel de análisis.

Finalmente, el contenido esencial de un derecho fundamental puede ser configurado como:

¹⁸² Melis Valencia Christian, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 94.

¹⁸³ Dictamen ORD. N° 2856/162 de 2002.

“aquel ámbito irreductible en donde todo límite resulta inadmisibile. Dicho núcleo está conformado por el conjunto de facultades o manifestaciones del derecho que no es posible limitar o restringir”¹⁸⁴.

Es decir, el análisis que se verifica con el contenido esencial del derecho supone identificar el núcleo fundamental del derecho, sin el cual este se desvirtúa o no existe como tal. Es aquél lugar que los límites no pueden operar pues supondrían cercenar el derecho de tal forma que haría imposible su ejercicio y existencia.

Ahora bien, una vez descrito el proceso de análisis al que tiene que enfrentarse el interprete, y tal como hemos indicado más arriba al referirnos a la solución de conflictos entre derechos fundamentales, la Dirección del Trabajo ha utilizado el principio de proporcionalidad, que en este caso consiste en determinar si los poderes que la ley le entrega al empleador vulneran los derechos fundamentales o más bien su contenido esencial de forma injustificada, desproporcionada o arbitraria.

La propia Dirección ha dicho en uno de sus dictámenes que:

“Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad", y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad -ponderación- de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado -constricción del derecho fundamental- y el fin deseado -ejercicio del propio derecho”¹⁸⁵.

Cabe recordar aquí lo establecido más arriba en esta capítulo acerca de los subprincipios de la ley de ponderación, por cuanto explican la forma en cómo opera esta solución de conflictos entre derechos fundamentales.

¹⁸⁴ Ob. cit. 185. p. 102.

¹⁸⁵ Dictamen ORD. N° 2856/162 de 2002.

1. Subprincipio de idoneidad: La autoridad laboral lo describe como 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”*¹⁸⁶. Por su parte la doctrina nacional lo define como *“la cuestión sobre la cual se dirige el examen es la aptitud de la medida de restricción para el logro de la finalidad perseguida”*¹⁸⁷. No obstante, es lógico cuestionarse en términos prácticos cómo se pueden conocer los objetivos y fines del empleador, la respuesta es que en el momento de intervención de un tercero (Inspector del Trabajo o en un proceso de Tutela de Derechos Fundamentales), que obligue a acreditar la legitimidad de la medida.

Para determinar la idoneidad de la medida, es necesario en primer lugar, determinar la legitimidad de esta, la cual tiene dos esferas una negativa (ausencia de una prohibición constitucional) y otra positiva (los fines perseguidos tienen rango constitucional).

Una vez determinada la legitimidad de la medida, se tiene que analizar la relación de causalidad entre el medio y el fin, es decir, si el medio es apto para cumplir los fines propuestos.

2. Subprincipio de Necesidad: La Dirección del Trabajo sostiene que: *“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”*¹⁸⁸. Aquí el foco no se encuentra en el medio de control empleado, sino en un análisis comparativo con otros medios alternativos, es decir, en cual medio es más eficiente. El análisis tiene dos

¹⁸⁶ Dictamen ORD. N° 2856/162 de 2002.

¹⁸⁷ Melis Valencia Christian, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 109.

¹⁸⁸ Dictamen ORD. N° 2856/162 de 2002.

esferas, en primer lugar se canaliza cual de los medios es el más idóneo para alcanzar los fines deseados, y en segundo lugar, cuál de los medios tiene mayores efectos negativos sobre los derechos fundamentales del trabajador.

El también llamado “juicio de indispensabilidad”¹⁸⁹, requiere de un “juicio de viabilidad de los medios alternativos”¹⁹⁰, que permita aplicarlos considerando aspectos técnicos y económicos. Por consiguiente, debe existir una cierta similitud en los costos económicos y requerimientos técnicos entre el medio que se ejecutará y los alternativos.

3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación: La Dirección del Trabajo ha señalado que es: *“por el cual 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”*. Solamente operará y se empleará si el medio de control ya superó los principios de idoneidad y necesidad. Su aplicación supone que para lograr un determinado fin es absolutamente indispensable restringir un derecho fundamental, así se satisface un derecho fundamental en perjuicio de otro.

Una vez que hemos repasado en qué consiste el principio de proporcionalidad, como método que utiliza la Dirección del Trabajo para resolver las diversas situaciones en que se encuentran en riesgo los derechos fundamentales de los trabajadores, podemos desprender que la aplicación del principio, siempre mantendrá a salvo el contenido esencial de los derechos, y así lo ha manifestado en su jurisprudencia:

“Por su parte, en una función de clausura del sistema de derechos fundamentales, el contenido esencial del derecho -garantía reconocida en nuestra carta fundamental en el artículo 19, Nº 26- supondrá la existencia de

¹⁸⁹ Ugarte Cataldo José Luís, Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición, Editorial Legal Publishing, p.75.

¹⁹⁰ Melis Valencia Christian, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p.114.

un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador. De esta forma, la posibilidad de imponer un límite al ejercicio libre del derecho fundamental, basado en el ejercicio de otros derechos constitucionalmente relevantes, ha de estar determinada por el respeto al contenido esencial del mismo, constituyéndose éste a su vez, en lo que la doctrina ha denominado un "límite a los límites" ¹⁹¹. Se afecta el contenido esencial de los derechos, cuando su restricción lo hace impracticable o lo degenera de manera tal que pierde su identidad y finalidad.

Para cerrar la aplicación del principio de proporcionalidad, es necesario hacer la salvedad y así también lo ha entendido la autoridad administrativa, que cada vez que se realice una operación de ponderación debe realizarse en concreto y no en abstracto, puesto que solamente al analizar los hechos de cada caso concreto se podrá determinar la esfera protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en la relación de trabajo.

Solamente con el objetivo de ejemplificar y llevar el principio de proporcionalidad al ámbito práctico, a continuación citaremos parte del dictamen ORD N°: 3441/072 del año 2008:

“Con relación a la finalidad signada con la letra a), no resulta ajustado a derecho la utilización del referido programa de control a distancia (WIN VNC), pues supone una forma de control ilimitado y continuo que, tal como se ha señalado por la doctrina de este Servicio para mecanismos de control semejantes en su poder invasivo (así, en dictamen ya citado respecto a las limitaciones que supone para el empleador, la implementación de videocámaras de vigilancia), provoca en el trabajador un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana, encontrándose aquél expuesto en forma ininterrumpida al ojo acusador del referido programa computacional.

¹⁹¹ Dictamen ORD. N° 2856/162 de 2002.

Por otra parte, 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, principio que se traduce en un examen de admisibilidad -ponderación- de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado -constricción del derecho fundamental- y el fin deseado -ejercicio del propio derecho.

Que, el control permanente por medio del programa computacional implementado por el empresa que motiva esta presentación, constituye un atentado desproporcionado a la intimidad del trabajador, que se aleja de las exigencias según las cuales las limitaciones impuestas (en este caso por el empleador) al ejercicio de un derecho fundamental, sean necesarias para lograr un fin legítimo y sea también proporcionadas para alcanzarlo y respetuosas con el contenido esencial del derecho.

En virtud de este principio de proporcionalidad, se exige que la medida limitativa, en este caso el control por medio del referido programa computacional, 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 los derechos fundamentales del trabajador, especialmente en lo referido al derecho a su intimidad.

En este sentido, la adopción de dispositivos de control mediante el programa WIN VNC exclusivamente dirigidos al control de la actividad del trabajador,

han de suponer irremediablemente un atentado al derecho a la intimidad que, como sabemos, constituye un límite infranqueable al ejercicio de las facultades empresariales (Inc. 1º, del Art. 5 del Código del Trabajo)”.

Hemos revisado la base doctrinaria y jurisprudencial, que ha servido de base al organismo administrativo para solucionar los situaciones que se le han planteado y que ha debido resolver. De esta manera, ha establecido una serie de requisitos a los empleadores cuando deseen establecer algún medio de control, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, o que al menos la restricción es mínima. Los requisitos son los siguientes:

- Toda medida de control que determine el empleador deberá incorporarse al texto normativo que la Ley establezca para estos efectos, es decir, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad dictado en la empresa conforme a la Ley¹⁹².
- Los medios deben ser idóneos a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de los trabajadores, no deberán actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador¹⁹³.
- Las medidas no deben tener una naturaleza prepolicial, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado. Asimismo, el sistema de selección deberá tener como características esenciales la universalidad y despersonalización de las revisiones¹⁹⁴.

No cabe duda que la jurisprudencia administrativa en materia de derechos fundamentales, ha tenido un rol esencial y ha liderado un proceso que busca perfeccionarse y entregar una protección adecuada a los trabajadores de nuestro país.

¹⁹² Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD: 2852/0158 de 2002.

¹⁹³ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD: 195/8 de 2002.

¹⁹⁴ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD: 684/50 de 1996.

La visión vanguardista de la autoridad laboral, ha provocado que la doctrina se refiera a ella, destacando tres elementos sustantivos¹⁹⁵:

- Los derechos fundamentales son expresión de la dignidad humana, que es el antecedente jurídico y filosófico más inmediato¹⁹⁶. Así el artículo 5 del Código del Trabajo, extiende sus efectos normativos a todos los derechos fundamentales, sin perjuicio, que se ejemplifique con los derechos de la intimidad, honra y respeto a la vida privada¹⁹⁷.
- Los derechos fundamentales son límites infranqueables a los poderes del empresario. Por contrapartida los derechos fundamentales no son absolutos y pueden reconocer límites e incluso puede enfrentarse a otros derechos fundamentales.
- Se plantea como método de resolución de conflictos el principio de proporcionalidad. Se realiza un examen de ponderación de la restricción que se pretende aplicar al derecho, en virtud de la valoración del medio empleado y los fines que se persiguen con su aplicación.

En la vida del derecho, siempre es importante no perder de vista la aplicación práctica de la normativa y la doctrina, puesto que una interpretación del ordenamiento jurídico alejada de la realidad social desnaturaliza el objetivo del derecho. En este sentido, gran valor cobran las palabras del profesor Valenzuela Cori, quien sostiene que: *“el abogado busca dar solución al problemas concreto que tiene delante,*

¹⁹⁵ Elementos destacados por Christian Melis Valencia – Felipe Sáez Carlier, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 221.

¹⁹⁶ Christian Melis Valencia – Felipe Sáez Carlier, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 219.

¹⁹⁷ Caamaño Rojo Eduardo, La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, 2006, p. 35.

*generando con su argumentación a la vez convicción personal y aceptación de los terceros cuya acción es necesaria para que la solución se produzca”.*¹⁹⁸

3.4 Algunos medios de control en específico y su vinculación con los derechos fundamentales del trabajador.

Teniendo presente la necesidad de un análisis práctico, es que a continuación describiremos y analizaremos los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo, sobre algunos medios de control que ésta ha tenido la oportunidad de revisar:

a) El uso del polígrafo o detector de mentiras:

El polígrafo es un instrumento que tiene por objeto detectar cambios fisiológicos en una persona mientras se realizan una serie de preguntas de manera de poder identificar cuando el interrogado miente.

La empresa Aerolínea American Airlines con el objeto de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, intentó aplicar este instrumento como medio de control para sus trabajadores, elevando una consulta a la Dirección del Trabajo.

La Dirección del Trabajo, en el dictamen ORD.: 684/50 de 1997, señaló que como regla general es lícito que el empleador establezca medidas de control, pero que éstas deben realizarse con sistemas que permitan garantizar la honra y dignidad de los trabajadores, para ello las medidas de control y revisión deben ser incorporadas al reglamento interno de orden, higiene y seguridad; deben ser idóneas a los objetivos seguidos; no deben ser actos ilegales o arbitrarios. Y por último, y lo que es relevante para este caso es que las medidas no deben tener un carácter prepolicial, investigador o represivo ante supuestos hechos ilícitos, es decir, deben ser de naturaleza universal y despersonalizada.

La doctrina ha interpretado este dictamen señalando que:

¹⁹⁸ Valenzuela Cori Rodrigo, Conflicto y Humanidades – Un ensayo sobre argumentación jurídica, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición 2004, p. 21.

“el examen de las finalidades perseguidas por la medida y su análisis a la luz del cánón de proporcionalidad, permite concluir su improcedencia. En efecto, desde el punto de vista de su finalidad el uso del polígrafo pretende prevenir o perseguir delitos, contrabando y tráficos de drogas y estupefacientes, así como robo de especies. Esta finalidad claramente resulta ilícita o ilegítima al no serle permitido al empleador asumir funciones policiales o de investigación de posibles delitos, lo que llevaría a calificar el medio –polígrafo– como ilícito”¹⁹⁹.

En el mismo tenor se pronunció la Dirección del Trabajo en el dictamen ya citado que resolvió:

“el uso del polígrafo, es contrario a los principios antes presentados, porque, además tener un claro carácter prepolicial, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, no asegura, en su implementación, la universalidad y la despersonalización”. De esta manera, el uso de esta medida de control es contrario a la normativa laboral.

b) Revisión del correo electrónico:

El correo electrónico se ha transformado en un medio de comunicación indispensable en la actualidad, lo que ha tenido como consecuencia que las empresas en su mayoría les proporcionen una cuenta de correo electrónico a sus trabajadores para el ejercicio de sus funciones. Esta realidad ha motivado a los empleadores y la autoridad laboral a preguntarse ¿es procedente que quien tiene la facultad de organizar, administrar y dirigir una empresa, es decir, el empleador tenga acceso a los correos de sus trabajadores?

La respuesta afirmativa apela a la invocación del derecho de propiedad, pues para quienes la sostienen se basan en el hecho de que el empleador es el dueño del

¹⁹⁹Ob. cit. 140. Melis – Sáez., p. 240.

computador y el acceso a Internet. Sin embargo, la Dirección ha sostenido en el dictamen ORD n° 260/19 de año 2002 que el empleador cuenta sólo con atribuciones para 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 de los trabajadores.

La regulación que el empleador puede hacer de este medio de comunicación, deberá incorporarse al RIOHS y limitarse a su frecuencia, condiciones y oportunidad y nunca a la revisión de su contenido. Un ejemplo de este tipo de restricciones que no sería atentatorio al derecho a la intimidad es el mencionado por el propio dictamen citado, el cual señala que se podría estipular que todos los correos sean enviados con copia a alguna repartición de la empresa, perdiendo de esta manera la naturaleza de comunicación privada.

En definitiva, como lo señala el dictamen ORD. Número 1.147/34 de 2005:

“la inviolabilidad citada se seguiría la imposibilidad de que la empresa revise el contenido de los correos electrónicos de sus trabajadores, tanto los enviados como los recibidos, sin perjuicio de la facultad empresarial de regular el acceso y el envío de dichos correos electrónicos, como establecer restricciones sobre el uso de los sistemas de dichos correos en la empresa”.

c) Control por medio de cámaras de video:

Es uno de los medios de control más comunes utilizados por las empresas, que buscan a través de la imagen y el sonido controlar la prestación de servicio de los trabajadores o por razones de seguridad²⁰⁰.

La Dirección del Trabajo en primer lugar ha reconocido la potestad del empleador de aplicar medios de control, con el objeto de dirigir la actividad laboral. Aunque siempre teniendo presente que sus facultades tienen como límite

²⁰⁰Ob. cit. 140. Melis – Sáez. p. 230.

infranqueable las garantías constitucionales del trabajador, sobre todo si se afecta la intimidad, la honra o la vida privada de los trabajadores²⁰¹.

Asimismo, la Dirección del Trabajo en el dictamen ORD. Número 2852/0158 del año 2002, respecto de la utilización de cámara en vehículos de la locomoción colectiva, en virtud del dictamen ORD. Número 2328/230 de 2002 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»”.

A los requisitos generales de los medios de control, la autoridad administrativa en el dictamen 2328/230, mencionado anteriormente, prescribe requisitos específicos para el control audiovisual:

- *“No deben dirigirse directamente al trabajador sino que, en lo posible orientarse en un plano panorámico;”*
- *Deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino; y”*
- *Su emplazamiento no debe abarcar lugares, aún cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los*

²⁰¹ Dictamen ORD. Número 195/8 de 2002.

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 vestuario, etc.”

En el caso del contenido de las grabaciones, en el mismo dictamen que ha servido de base para el análisis de este medio de control, se establecen los siguientes criterios generales:

- Se deben custodiar y almacenar las grabaciones.
- Los trabajadores deben tener acceso a las grabaciones en las cuales aparecen y se podrá consentir a que también lo tengan las autoridades sindicales.
- Se deberá garantizar la reserva del contenido de las grabaciones, ya sea de información y datos privados del trabajador, no se permitirá que personas ajenas a la relación conozcan el contenido, salvo cuando una autoridad competente lo solicite. El presente número se encuentra en concordancia con el artículo 154 bis del Código del Trabajo.
- En un plazo razonable, el empleador deberá destruir las cintas que no cumplan con los fines y objetivos que se tuvieron como fundamento de la medida.
- Será ilícito toda alteración del contenido de las grabaciones.

d) Exámenes de alcohol y drogas:

En primer lugar, nos parece relevante señalar algunas observaciones que la doctrina ha formulado en relación a los controles de alcohol y drogas que se realizan en el lugar de trabajo. Los profesores Melis y Sáez han dicho que:

“hasta el dictamen marco de derechos fundamentales (Ord. Nº2.856/ 162, 30.08.2002), existía una tendencia interpretativa de la Dirección del Trabajo, a propósito de las medidas de control que afectaban el derecho de la intimidad de los trabajadores, consistente en trasladar el eje del conflicto desde la intimidad del trabajador al derecho a la no discriminación, por la vía de fijar los

requisitos externos de toda medida de control y que hoy en día, además, se encuentran regulados por el inciso final, del artículo 154, del Código del Trabajo, produciéndose, como afirmáramos, un verdadero blanqueo de la conducta empresarial²⁰²”.

Los autores citados han señalado que el cambio de criterio no se ha aplicado a esta clase test (de alcohol y drogas), puesto que sólo se exigen requisitos externos para su aplicación, como es el caso que éstos se incluyan en el reglamento interno. Pero no existe una mención expresa sobre el grado de afectación que el derecho a la intimidad sufre con la aplicación de estas medidas de control.

De ahí que como base de la fuerte crítica a esta medida de control, se ha sostenido que la aplicación de controles de drogas no sólo interviene en el ámbito laboral del trabajador, sino que también en su vida privada. Estas medidas se inmiscuyen en el comportamiento del trabajador en instancias sociales o su calidad moral, no teniendo porque estas situaciones ser conocidas por el empleador, y mucho menos sancionados por sus hechos que se desarrollan en dicho contexto²⁰³.

El dictamen ORD. N° 287/14 de 1996 pronunciado por la Dirección del Trabajo sobre la solicitud que realizó la empresa LAN Chile, sobre la legalidad de realizar test de drogas a sus trabajadores, señaló:

“sobre el supuesto de que el test busca controlar y prevenir accidentes y no operar como un requisito a la contratación o continuidad en el empleo, son puntos esenciales en el cumplimiento de dichas condiciones:

- *Que el examen antidroga se encuentre establecido como una medida de control en el Reglamento Interno de Orden y Seguridad de la empresa.*

²⁰² Christian Melis Valencia – Felipe Sáez Carlier, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing, p. 237.

²⁰³ Ibidem. p. 238.

- *Que se fije en dicho reglamento a través de qué mecanismo de selección se aplicará el test antidroga, si se aplicará a todos y a cada uno de los trabajadores o, en su defecto, como ya señaló, a trabajadores elegidos a través de un sorteo.*
- *Que se señale el objeto y alcance de dicho test, de modo que se determine en el Reglamento Interno el modo de evaluar sus resultados y las consecuencias que de ellos se seguirán para el trabajador seleccionado”.*

Los requisitos señalados por el dictamen, dan razón a quienes señalan que el foco de la Dirección se ha centrado en el cumplimiento de requisitos de carácter externo, y no se profundiza sobre la eventual intromisión en la vida privada del trabajador o extralaboral que la aplicación de estos controles puede provocar. Y dan cuenta de la necesidad de que la Dirección se haga cargo de forma más explícita de los problemas que este tipo de controles generan con el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la exigencia de formular éstos requisitos es un buen paso para la protección de los derechos, la que se debe complementar con la protección expresa del derecho a la intimidad y plantear una frontera entre el comportamiento del individuo durante su horario laboral y fuera de él.

e) Revisión corporal y de efectos personales:

Existen empresas que al suceder algún hecho que puede configurar un delito, como por ejemplo un hurto, toman la decisión de revisar las vestimentas y efectos personales de sus trabajadores, con el objetivo de descubrir si alguno de ellos cometió un hecho inapropiado.

Esta práctica, puede atentar contra la honra y dignidad de los trabajadores, amparada por el artículo 19 número 4 de la CPR. Ante esta situación la Dirección del Trabajo ha señalado que estas medidas deberán ser incorporadas al reglamento interno de la empresa. Asimismo, su aplicación deberá tener un carácter preventivo, es decir, no corresponderá que se realicen como consecuencia de presunciones de actos

ilícitos, porque tendrían un naturaleza prepolicial vulnerando la honra y dignidad de los trabajadores²⁰⁴.

3.5 La Jurisprudencia Judicial ante los medios de control.

Sin pretender realizar un estudio exhaustivo de la jurisprudencia en esta materia, es importante tener una noción de los criterios que han utilizados los tribunales superiores de justicia para resolver las controversias por la aplicación de medidas de control que eventualmente pudieran vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores, es por ello que a continuación comentaremos dos fallos que nos parecen relevantes:

i. Uso de cámaras de video y fotográficas:

La Excma. Corte Suprema en sentencia rol 5.234 de 2005, conociendo sobre la apelación de un recurso de protección interpuesto por los Sindicatos de las Empresas Aqua Chile S.A. en contra de sus empleadores, quienes recurriendo de protección ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt habían solicitado el restablecimiento del imperio del derecho por vulneración de sus garantías constitucionales, en especial la contenida en el art.19 N° 4 de la Constitución Política del Estado, y también lo dispuesto en el artículo 5º, inciso 1º del Código del Trabajo. La infracción a esta garantía que motivó la acción cautelar, se basa en el uso de cámaras de video para vigilancia, en especial de los dirigentes sindicales.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones sin basarse en los informes de la Dirección del Trabajo, que señalaban como vulneratorios los sistemas de vigilancia que había implementado la empresa recurrida, por no estar enfocados a la seguridad ni al proceso productivo, sino sólo para observar a los trabajadores, decidió rechazar el recurso de protección pues estimó que no cabía hablar de derecho a la intimidad en el lugar de trabajo. Claramente desconociendo la noción de ciudadanía en la empresa y lo preceptuado en el art. 5º del Código del Trabajo.

²⁰⁴ Dictamen ORD. N° 2060/176 del 2000.

Haciéndose cargo de esta realidad y basándose en las normas constitucionales y legales, la Corte Suprema revocó este fallo.

El máximo tribunal se planteó como primera interrogante, la cuestión de si las empresas pueden instalar cámaras de video como medio de control. Respecto de lo cual determinó que el empleador puede utilizar todo tipo de elementos para proteger su propiedad y seguridad. Si bien es reconocida, en principio, la legitimidad del uso de cualquier medio de control que cumpla con los requisitos que se vienen revisando, nuestra opinión difiere de la esgrimida por la Excma. Corte, en el sentido que la fundamentación de esto viene dado por los poderes del empleador, y no por una especie de derecho de propiedad del empleador omnicompreensivo que argumenta la Corte.

En directa relación con lo anterior, y tal como hemos sostenido a lo largo de la memoria, las facultades del empleador tienen un límite claro, que la Corte Suprema menciona, citando el inciso 1º del artículo 5 del Código del Trabajo, norma fundamental en esta materia y que ha sido pieza esencial del presente trabajo, puesto que establece como límite infranqueable a las facultades del empleador el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. Asimismo, menciona la Corte Suprema como base de su decisión el artículo 154 del Código del Trabajo que dispone en su inciso final que: "*Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 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*".

De esta manera, la Corte Suprema tomó como base las normas que ha utilizado la Dirección del Trabajo y que hemos señalado como esenciales para la materia. Aún cuando esto pueda parecer evidente, es sumamente relevante que la Corte Suprema aplique plenamente el artículo 5 del Código del Trabajo, porque es una muestra del pleno reconocimiento de la jurisprudencia judicial de la "ciudadanía de la empresa", es decir, de la plena aplicación de los derechos fundamentales de los

trabajadores en las relaciones laborales. Asimismo, la mención del artículo 154, implica el reconocimiento de los requisitos que debe cumplir toda medida de control, es decir, que se incluya en el RIOHS, se utilicen medios idóneos, generales, despersonalizados y se respete la dignidad del trabajador.

Lo central a nuestro juicio en la decisión de la Corte Suprema radica en dos puntos. En primer lugar, es valiosa esta decisión pues valida o da plena aplicación a la normativa legal que consagra el concepto de ciudadanía en la empresa, así como a las normas que establecen los requisitos que deben cumplir los medios de control y su relación con el RIOHS. Confirmando así el desarrollo que en la materia había efectuado la Dirección del Trabajo.

En segundo lugar, es relevante la decisión de revocar la sentencia, pues la Corte Suprema se hace cargo de realizar un trabajo argumentativo en el sentido de identificar el núcleo del derecho fundamental que se estima lesionado- en este caso el de intimidad- , y a partir de este análisis corroborar si el medio de control en la forma en que en los hechos ha sido utilizado, implica un límite tal que permita su afectación. Y al contrario por lo erróneamente señalado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al rechazar el recurso, la Corte Suprema determina que el derecho a la intimidad también se debe ejercer y respetar en la locación del trabajo.

El fallo señala que entiende por intimidad, según la autora española Pilar Gómez Pavón:

"aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, que debe quedar preservado de injerencias ilegítimas y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en sociedad".

Luego en su considerando número once, de forma acertada a nuestro juicio, dispone:

"Que dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad,

manifestándose ello en el deseo de, como en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros”.

ii. Violación de comunicaciones privadas (correo electrónico):

Sobre este tópico cabe destacar un fallo de primera instancia RIT T-1-2008, por despido vulneratorio de derechos fundamentales del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, que fue confirmado por la Corte Suprema al declarar inadmisibile el recurso de unificación de jurisprudencia que fue interpuesto por el empleador.

El caso en cuestión versaba sobre el despido de una trabajadora que supuestamente habría incumplido gravemente las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo, al haber otorgado información confidencial a personal de la empresa competidora en el rubro de su mandante. Al efecto, el empleador justificó su decisión en virtud del respaldo y registro de las conversaciones privadas que sus trabajadores realizaban vía correo electrónico y chat.

El registro que se hizo de estas conversaciones fue desde un programa de chat particular cuya clave de acceso jamás fue revelada por la trabajadora a alguien de la empresa, todo lo cual- argumentó ésta en su demanda- viola la garantía constitucional consagrada en el art. 19 n°5, es decir, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

El razonamiento del tribunal se basó entonces en determinar si el empleador, en virtud del ejercicio de sus potestades estaba facultado para leer y conocer una información privada, o bien la garantía constitucional citada resulta un límite a estas facultades del empleador. Para efectuar esta determinación el juez de la instancia razonó de la siguiente forma:

“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 éstos. 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”.

Puede apreciarse que el juez identifica correctamente que en la especie existe una colisión de derechos fundamentales, por lo que es del todo aplicable la ponderación de los derechos que se están en juego, aplicando y reconociendo implícitamente las nociones de delimitación de derechos, límites y ponderación que hemos revisado en este trabajo.

Luego, el fallo en comento comienza a analizar el principio de proporcionalidad y sus sub-principios. Respecto al subprincipio de idoneidad o adecuación el tribunal razona de la siguiente forma:

“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”.

Consideramos que si bien es cierto que en su calidad de dueño de las herramientas, el empleador puede ejercer control sobre los elementos de su propiedad. Lo que debe buscar es controlar su uso adecuado, pero nunca en pos de este fin hacer que el trabajador pierda su intimidad y dignidad.

En relación al juicio de necesidad, el juez de letras laboral señala:

“Acá debemos preguntarnos si es posible que la Sociedad de Profesionales Kronos Ltda. (empleador), 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”.

Por último, y en relación al principio de proporcionalidad propiamente tal, el cual consiste por medio de la valoración, establece que la limitación al derecho fundamental del trabajador sea racional, no desproporcionada, pudiendo justificar tanto el fin de la medida y sus efectos. El tribunal sostiene:

“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”.

Lo señalado no nos parece el punto más relevante, debido a que ese tipo de acciones no presentan mayor discusión, puesto que se trataría de actos que bordean en lo delictual.

Finalmente el fallo en su parte considerativa sostiene 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 éstos”.

Los fallos analizados nos permiten señalar que existe un extendido reconocimiento de parte de los tribunales de justicia en la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Asimismo es posible sostener que estos derechos son reconocidos como un límite infranqueable a los poderes del empleador, y

por último, que los tribunales conocen y aplican el criterio de ponderación para la resolución de este tipo de conflictos.

CAPÍTULO IV

EL REGLAMENTO INTERNO DE ORDEN HIGIENE Y SEGURIDAD (RIOHS) COMO INSTRUMENTO IDÓNEO PARA PROTEGER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LA RELACIÓN LABORAL.

En este capítulo abordaremos el punto central de este trabajo en el cual sostenemos -a través de un estudio comparativo entre el reglamento interno de la empresa y otros instrumentos jurídicos- que el RIOHS es el cuerpo normativo idóneo para la prevención de posibles afectaciones de derechos fundamentales durante la relación laboral. Siendo esta idoneidad de carácter protectora y preventiva.

Asimismo, intentaremos hacernos cargo de algunas críticas que han emergido de la doctrina nacional, las cuales han señalado que los reglamentos internos regulan de forma excesiva el comportamiento de los trabajadores, llevando a visualizar los establecimientos de trabajo como espacios autoritarios y poco democráticos.²⁰⁵

4.1. El poder-deber de confeccionar un RIOHS..

Hemos dado cuenta en el capítulo II de este trabajo que una de las principales manifestaciones de los poderes del empleador es la creación y aplicación del reglamento interno de orden higiene y seguridad. El RIOHS constituye una muestra de los poderes de dirección, disciplinario y reglamentario del empleador en la relación laboral. Sin embargo, este poder no es absoluto porque los derechos fundamentales de los trabajadores actúan como límites ante los poderes del empresario, tal como lo señala el artículo 5 del Código del Trabajo.

Una de estas peculiaridades es que el RIOHS como instrumento normativo posee una doble dimensión. Por un lado, es una manifestación de los poderes del empleador como expresión de sus facultades, las cuales tienen un carácter instrumental al fin productivo que persigue el empresario, de tal forma, que es una de

²⁰⁵ UGARTE CATALDO, José Luis. Derechos Fundamentales del Trabajador en la empresa. Informe Anual de Derechos Humanos 2009 Universidad Diego Portales, p. 423.

las herramientas concretas que tiene el empresario empleador para llevar a cabo este fin. Por otro lado es el propio legislador quien obliga a su confección en el artículo 153 y siguientes del Código del Trabajo.

El poder-deber, implica entonces un reconocimiento de parte del legislador de una materia de suma importancia, puesto que establece requisitos muy bajos para que la creación de un reglamento se transforme en una imposición legal (10 o más trabajadores permanentes), al mismo tiempo como señalamos anteriormente, las entidades que tengan un número reducido de trabajadores podrán crear un reglamento, si consideran que se trata de una herramienta que aportará a la prestación de servicios.

Ahora bien, el poder-deber no sólo se manifiesta solamente en un plano inicial, sino que una vez que se comenzó el proceso de creación, se deberá cumplir con una serie de exigencias legales que van desde el contenido mínimo, pasando por procedimientos y finalizando en etapas de fiscalización.

Uno de los aspectos destacables de este cuerpo reglamentario, es que en él se deberán incorporar todas las medidas de control que quiera imponerse a los trabajadores. Junto con lo anterior, la regulación legal del reglamento interno prescribe la debida publicidad y conocimiento que el empleador debe dar del texto del RIOHS y sus modificaciones a los trabajadores.

Es posible entonces sistematizar las obligaciones del empleador respecto al reglamento interno de la empresa en los siguientes aspectos:

- La obligación de confeccionar un reglamento interno, cuando se verifican las condiciones que la ley establece. En nuestro derecho el art. 153 del Código del Trabajo dispone los supuestos de hecho para que el empleador deba confeccionar el reglamento interno.
- Existe un deber de depósito o entrega, que también es de alguna forma un deber de notificación por parte del empleador a instituciones gravitantes en materia laboral y de salud y seguridad, como son la Dirección del Trabajo y el

Ministerio de Salud. Esta obligación es esencial -según veremos- para subrayar la ventaja que tiene el reglamento interno, frente a otros instrumentos jurídicos, para la prevención de afectación de derechos fundamentales de los trabajadores.

- El deber de publicidad del texto y contenido del RIOHS a los trabajadores, organizaciones sindicales, delegado de personal y comités paritarios que existiesen en la empresa.
- El deber de cumplir con un contenido mínimo y ciertas características, siendo esto relevante en materia de protección de derechos fundamentales, lo cual ha implicado la incorporación legislativa de algunos de los criterios que venía desarrollando la Dirección del Trabajo respecto de los medios de control, como la razonabilidad y la necesidad.

4.2. Comparación del RIOHS con otros instrumentos contractuales y regulatorios.

4.2.1 RIOHS en comparación con el Contrato Individual de Trabajo.

En los siguientes apartados realizaremos una comparación de estos instrumentos enfocada en su vinculación y relación con los derechos fundamentales en la relación laboral.

Nuestro Código del Trabajo en su art. 7° define el contrato individual de trabajo de la siguiente forma:

“Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”

Por su parte ante la ausencia de una definición legal del RIOHS debemos recordar la definición doctrinal que hemos usado en este trabajo por ser una de las más citadas por los autores:

“es el conjunto de reglas que dicta el empresario empleador, en su establecimiento empresa, para regular el comportamiento laboral y, aun, la conducta de sus trabajadores durante su permanencia en aquél, dentro del marco de la organización de la empresa y de los derechos, obligaciones y prohibiciones del contrato de trabajo”²⁰⁶

A continuación revisaremos las ventajas del RIOHS frente al Contrato individual de trabajo mediante el análisis de los siguientes aspectos:

i. Relativo al origen o fuente.

Salta a la vista del análisis de las definiciones anotadas más arriba y desde la naturaleza jurídica de las mismas, el hecho que el contrato individual de trabajo es el fruto de la manifestación de consentimiento entre el trabajador y el empleador para vincularse en una relación que tenga las características de subordinación y dependencia. Por su parte el reglamento interno emana de una facultad, y en algunos casos el deber -privativo del empleador-, donde la intervención del trabajador está supeditada a realizar denuncias respecto a la legalidad de su contenido, pero en ningún caso es necesario su consentimiento para que el RIOHS nazca a la vida jurídica.

El hecho de que el reglamento interno emane de los poderes del empleador, y que el consentimiento del trabajador no sea determinante, ha llevado a algunos autores a sostener que el RIOHS no es el instrumento adecuado para velar por el respeto de los derechos fundamentales del trabajador. En este sentido se ha pronunciado el profesor Ugarte al sostener que:

“Ciertamente existe la posibilidad de que, tratándose de un texto normativo diseñado unilateralmente por el empleador, el reglamento contemple normas

²⁰⁶ Ob. cit. 138. Machiavello.

que afecten, restrinjan o lesionen derechos fundamentales de los trabajadores²⁰⁷.”

Enseguida el profesor Ugarte se hace cargo de su argumento, que por su pertinencia y relevancia de este trabajo, reproducimos en su totalidad, señalando los siguientes ejemplos:

“Una muestra de ello se tiene en el reglamento interno de una de las principales cadenas de supermercados del país, Líder, hoy propiedad de la trasnacional Wal-Mart. En junio de 2007, la Federación Nacional de Trabajadores Líder lo denunció ante la Inspección del Trabajo de Santiago Zona Norte por contener disposiciones que a su juicio vulneraban diversos derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, el derecho a la vida privada, el derecho a la información, etc. Un año después (junio de 2008), la misma organización iniciaba una acción sindical inédita en Chile, la “campaña nacional por la modificación del reglamento de la empresa Líder”, que convocaba a todos los trabajadores y dirigentes sindicales de la empresa a “impugnar el reglamento interno ante sus respectivas Inspecciones del Trabajo, en todo aquello que consideren ilegal o inconstitucional”. Respondiendo a esa campaña sindical precisamente, la misma denuncia se presentó en la Inspección Provincial del Trabajo de Copiapó, la que se pronunció acogiendo parte de esas impugnaciones y sosteniendo que diversas cláusulas del reglamento de orden, higiene y seguridad de

Líder (como las que prohíben dar entrevistas a medios de comunicación sin autorización, o la que exige a los empleados no tener protestos comerciales)

vulneraban derechos fundamentales de sus trabajadores. Como acto siguiente, el 2 de julio de 2009, el Sindicato Hipermercado Líder de Copiapó presentó a la Inspección del Trabajo de esa ciudad una solicitud para que

²⁰⁷ UGARTE CATALDO, José Luis. Derechos Fundamentales del Trabajador en la empresa. Informe Anual de Derechos Humanos 2009 Universidad Diego Portales. pp.419-451

diese cumplimiento a su obligación de denunciar ante los tribunales de justicia la vulneración de derechos fundamentales que había declarado previamente en el dictamen citado.

Hasta el cierre de este Informe no consta que la institución aludida haya ejercido su deber de denunciar en los tribunales el reglamento interno impugnado. Así, a dos años de iniciada la campaña de denuncia de la Federación de Trabajadores de Líder, y a pesar de diversos pronunciamientos administrativos en su favor, el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa seguía siendo exactamente el mismo que antes. La situación ilustra lo poco preparada que está la institucionalidad nacional para responder a este tipo de demandas. Con todo, esta acción sindical sin precedentes en la historia de la legislación laboral chilena abre una vía para el respeto de los derechos fundamentales del trabajador en su vida al interior de la empresa²⁰⁸.

Si bien estamos de acuerdo en que el RIOHS al ser una manifestación unilateral de la voluntad del empleador puede traer aparejado un mayor riesgo en la vulneración de los derechos del trabajador, no consideramos que este argumento sea suficiente para descartar al reglamento interno como instrumento idóneo de protección de estos derechos. Puesto que, al sostener el profesor Ugarte como un elemento negativo el carácter unilateral del RIOHS, no considera que la finalidad del RIOHS es regular aspectos concretos de la prestación de servicio que por su gran amplitud, cotidianeidad, considera la evolución de los procesos productivos y la penetración cada vez más importante del factor tecnológico, en cambio, es imposible que el contrato individual de trabajo pueda reunir y reglamentar cada uno de estos aspectos.

Se sostiene que el contrato entrega certeza y estabilidad a las partes respecto de las condiciones de la relación laboral. Pero imaginemos las dificultades que se podrían producir, si se modificara y negociará cada contrato individual de trabajo para adecuarlos a los cambios de los procesos productivos -por ejemplo- el cambio de

²⁰⁸ Ob. cit. 207. Ugarte. pp.419-451.

sistema que controla la entrada y salida de los trabajadores del lugar de trabajo, o pensemos en la extensión que tendrían los contratos si en ellos se insertaran materias propias del RIOHS. Por tanto enfatizamos aquí la ductibilidad del RIOHS para hacerse cargo de materias mayormente específicas y sobre todo cambiantes.

ii. Respecto a la fiscalización.

Otro aspecto relevante en la diferencia entre contrato individual de trabajo y el RIOHS, y que se traduce en una ventaja de este último instrumento, es que si bien el contrato de trabajo requiere del consentimiento de los sujetos laborales, en la práctica el trabajador se encuentra en una situación desfavorable respecto del poder negociador del empleador, lo cual es –como sabemos- el fundamento del carácter protector del Derecho del Trabajo. En otras palabras, en el contrato individual de trabajo, sería aún más fácil establecer medios de control que infrinjan los derechos fundamentales, porque la intervención de los trabajadores en las cláusulas de los contratos es casi nula, lo que ha provocado que en la práctica se transformen en verdaderos contratos de adhesión. En el caso del RIOHS no se necesita el consentimiento de las personas que prestan servicios bajo subordinación y dependencia, pero se establecen en cambio instancias de fiscalización en que intervienen los trabajadores, órganos sindicales y la Inspección del Trabajo. De esta manera, la intervención colectiva de distintos actores permite una protección más adecuada y oportuna.

Precisamente respecto de la protección de los derechos fundamentales, la Inspección del Trabajo no sólo debe velar por el cumplimiento de la obligación de poseer un RIOHS, sino que también debe hacer uso de la potestad para solicitar enmiendas y aplicar sanciones. Además este organismo, es titular de la acción de tutela de derechos fundamentales, siendo un deber impuesto por el artículo 486 inciso quinto del Código del Trabajo el cual señala:

“Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de sus facultades fiscalizadora, 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”

A modo de resumen, podemos señalar que si bien el contrato de trabajo eventualmente podrá ser fiscalizado por los Inspectores del Trabajo, el RIOHS estará sometido a una fiscalización obligatoria de entes administrativos especializados y por los propios receptores de sus normas, es decir, existen instancias suficientes para garantizar que la existencia de medidas de control no vulneren los derechos fundamentales de los trabajadores.

iii. En cuanto a las Formalidades.

El artículo 9 del Código del Trabajo señala que el contrato individual de trabajo es de naturaleza consensual. La doctrina tradicional respecto a este punto señala:

“ Se sigue en esta materia la regla general en cuanto a celebración de contratos, esto es, que para su perfeccionamiento baste el acuerdo de voluntades, sólo consensu, con prescindencia de otras exigencias formales o materiales.

Sin embargo, la legalidad precisa que el contrato de trabajo no obstante su carácter consensual expresamente reconocido por el legislador, de todas maneras debe contar por escrito, formalidad que es sólo ad probationem.”²⁰⁹

Distinta es la regulación del RIOHS en cuanto a las formalidades que debe cumplir, ya que este debe observar una serie de requisitos establecidos por el legislador. Los cuales han sido examinados en profundidad anteriormente en este trabajo, lo que nos permiten concluir que –utilizando la nomenclatura más bien propia de los contratos- el RIOHS es un instrumento solemne, pues debe cumplir una serie de requisitos jurídicos para que nazca a la vida del derecho, los que están reglamentados en los art. 153 y siguientes del Código del Trabajo.

²⁰⁹ THAYER W y NOVOA P. Manual de Derecho del Trabajo tomo I” Editorial Jurídica de Chile, quinta edición, Santiago. 2008

La ventaja de esta característica tiene estrecha relación con el punto anterior, puesto que la exigencia de requisitos, condiciones y formalidades permiten exigir una mayor rigurosidad en los instrumentos normativos internos de la empresa y una mayor fiscalización.

4.2.2 RIOHS en comparación con el contrato y convenio colectivo.

Desde la revolución industrial los conflictos sociales han obligado a los trabajadores a asociarse, marcando el origen de lo que conocemos como derecho colectivo y que se materializará en diferentes instrumentos de esta naturaleza. El profesor Gamonal basándose en Olea y Casas Baamonde señala: *“los instrumentos colectivos en general, constituyen una figura sui generis para el derecho del siglo XIX, ya que se observaba en su estructura y efectos las normas propias de la Ley y de contrato a la vez. De hecho, la esencia de este contrato dice relación con su peculiar forma de refundir la noción de contrato y norma, la fuente de la obligación y la fuente del derecho, configurándose como un contrato normativo o norma contractual”*²¹⁰. Esta cita, puede sonar descontextualizada, pero lo que queremos desprender es que los instrumentos colectivos, tal como se señala, tienen una naturaleza normativa y contractual, lo que a primera vista los convierte en fuertes candidatos para ser uno de los instrumentos en que se establezcan medidas de control, y en definitiva buenos medios protectores de los derechos fundamentales.

Los instrumentos colectivos se encuentran regulados en nuestro derecho en el Título III del Libro IV del Código del Trabajo. Los instrumentos colectivos regulados por la ley se pueden clasificar en contratos y convenios colectivos, dependiendo de las características del procedimiento en que se generan. El contrato colectivo es definido en el inciso segundo del artículo 344 del Código del Trabajo:

“Contrato colectivo es el celebrado por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar

²¹⁰ Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, Editorial Lexis Nexos, Primera Edición 2002, p. 309.

colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado”.

A su vez, el artículo 451 del Código define el convenio colectivo:

“Convenio colectivo es el suscrito entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores unidos para tal efecto, o con unos y otros, con el fin de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado, sin sujeción a las normas de procedimiento de la negociación colectiva reglada ni a los derechos, prerrogativas y obligaciones propias de tal procedimiento.”

La principal distinción entre ambos instrumentos colectivos radica en si es que provienen o no de un proceso de negociación colectiva reglado. Es decir, si es que para su consecución se siguieron las etapas, requisitos derechos y obligaciones establecidos en el Libro IV del Código Trabajo.

Respecto del contrato colectivo es importante tener en consideración los contenidos de este para lo cual nos debemos remitir al artículo 445 del Código del Trabajo, el cual señala:

“Todo contrato colectivo deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

- 1. La determinación precisa de las partes a quienes afecte;*
- 2. Las normas sobre remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo que se hayan acordado. En consecuencia, no podrán válidamente contener estipulaciones que hagan referencias a la existencia de otros beneficios o condiciones incluidos en contratos anteriores, sin entrar a especificarlos, y*
- 3. El período de vigencia del contrato.*

Si lo acordaren las partes, contendrá además la designación de un árbitro encargado de interpretar las cláusulas y de resolver las controversias a que dé origen el contrato.”

De las normas anotadas podemos desprender que la finalidad del contrato y convenio colectivo es mejorar las condiciones remuneratorias y la forma en que se prestan los servicios, es decir, incrementar las contraprestaciones que reciben los trabajadores por el cumplimiento de sus labores, para ello, se asocian de forma de equiparar el poder negociador del empleador.

Por el contrario, el reglamento interno es la herramienta que tiene el empleador para regular la forma en que debe realizarse el trabajo, y el comportamiento que deben observar los trabajadores dentro del establecimiento de trabajo. En otras palabras, el contrato y el convenio colectivo es el resultado de las negociaciones de uno o más sindicatos o trabajadores unidos para tal efecto, y el RIOHS es la forma en que se reglamenta a una colectividad de trabajadores.

El hecho que el contrato y el convenio colectivo tengan una naturaleza contractual y normativa, así como el contexto en que se desarrolla, sin duda plantea un escenario propicio para que el empleador y los trabajadores definan la aplicación de determinadas medidas de control, básicamente porque se encuentran en una situación más igualitaria. Sin embargo, debemos tener presente que hay ciertas facultades que son propias del empleador, que entendemos que no pueden quedar supeditados a la aprobación de los Sindicatos o grupos de trabajadores, pues de otra forma se estaría limitando de forma considerable las facultades del empleador, implicando una verdadera incapacidad de dirigir y administrar el establecimiento productivo. En definitiva desvirtuando la relación laboral.

Si bien en la actualidad las organizaciones sindicales no negocian este tipo de materias, por lo general, la ley les ha entregado una herramienta potente a los sindicatos y organizaciones de trabajadores, que consiste en la legitimación activa para iniciar procesos de tutela mediante denuncia en el tribunal competente, conforme al artículo 486 del Código del Trabajo.

Debemos recordar además, que los Sindicatos pueden realizar impugnaciones a los RIOHS durante su proceso de dictación cuando consideren que se ha infringido la normativa laboral. Lo señalado, nos permite aseverar que las organizaciones sindicales tienen herramientas para contrarrestar el poder de los empleadores en estas materias, pero el problema radica en que los niveles de sindicalización de nuestro país son bajos, por tanto, a pesar de las buenas intenciones, los efectos de estas herramientas terminan siendo mínimos.

Otro argumento que es posible sostener en contra de los instrumentos colectivos, como medios idóneas para la prevención y protección de los derechos fundamentales en la relación laboral, es la posibilidad que los trabajadores con el objeto de obtener mayores beneficios económicos o de otra índole, renuncien o de alguna forma acepten condiciones que pudiesen vulnerar sus derechos fundamentales. Y esto podría darse fundamentalmente puesto que los fines inherentes de la negociación colectiva (reglada o no), no tienen por objeto determinar la forma en cómo se realiza la prestación de servicio, sino que más bien tienen el foco en mejorar las condiciones contractuales de los trabajadores.

En conclusión, no cabe duda que el contrato o convenio colectivo por el contexto en que se desarrolla, quienes intervienen y su naturaleza participativa, podría convertirse en un efectiva herramienta protectora y preventiva del respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, el escaso número de Sindicatos en proporción al número de trabajadores del país, la naturaleza de los Sindicatos, los objetivos que se buscan en los procesos de negociación colectiva y las limitaciones excesivas que podrían acarrear para el empleador, nos hacen considerar que no existe la madurez suficiente y que tampoco no se reúnen las condiciones para levantar el contrato y convenio colectivo como el instrumento protector por excelencia de los derechos fundamentales. En cambio, el RIOHS con todos sus defectos y limitaciones, tiene una naturaleza preventiva y protectora de los derechos fundamentales de los trabajadores, básicamente por el gran número de requisitos, condiciones y la fiscalización obligatoria a la que está sujeto.

4.2.3 RIOHS en comparación con otros instrumentos normativos (códigos de conducta).

Hace algún tiempo han aparecido al interior de las empresas, nuevos cuerpos normativos, como es el caso de los códigos de conducta, que de acuerdo a lo señalado en el Capítulo II los podemos definir de la siguiente manera:

“Un código de conducta es una declaración expresa de la política, los valores o los principios en que se inspira el comportamiento de una empresa en lo que atañe al desarrollo de sus recursos humanos, a su gestión medioambiental y a su interacción con los consumidores, los clientes, los gobiernos y las comunidades en las que desarrolla su actividad.”²¹¹

Este instrumento normativo es el más débil de los que hemos venido analizando, por cuanto carece de reglamentación y reconocimiento legal en nuestro ordenamiento jurídico. Más bien es una formulación nueva en nuestro medio laboral, propio de las empresas multinacionales que han importado la confección de estos códigos o estatutos empresariales.

Obviamente esta falta de reconocimiento y regulación por parte del legislador echa por tierra cualquier pretensión de eficacia protectora de derechos fundamentales del trabajador por medio de los códigos de conducta. Asimismo, se ha sostenido que los códigos de conducta buscan generar homogenización de los valores y principios que inspiran a la empresa, de manera de lograr una plena identificación del trabajador con la empresa, tanto desde una perspectiva interna, como externa, lo cual podríamos encuadrar dentro de las tesis comunitarias. En general son manifestación de las modernas técnicas de recursos humanos, tal como lucidamente expone el profesor Melis:

“(…)se exige del trabajador una compenetración máxima con el ideario de la empresa, no solo en la estricta prestación de servicios-obligación contractual- sino en su comportamiento social: el trabajador es “representante de la

²¹¹ Ver supra Capítulo II.

empresa” en todo momento y como tal debe adecuarse a sus moldes y cánones, más allá de los muros de la empresa (...), En definitiva , la supuesta mayor participación de los trabajadores en la gestión de la empresa no es sino una herramienta para aumentar el control y beneficios empresariales²¹²”

Existen ciertos autores, como el profesor Ugarte, que señalan que estas características que nosotros hemos identificado como propias de los códigos de conducta, se estarían replicando en la confección de los RIOHS, al respecto sostiene:

“De manera casi uniforme, estos reglamentos internos prescriben que los trabajadores deben “guardar la más completa lealtad hacia la empresa en todos sus aspectos”, deber de lealtad que no está sujeto a ninguna condición y limitación, cuestión que es difícil de justificar en el marco de una regulación que legítimamente puede dar lugar a conflictos y disparidad de posiciones entre las partes.²¹³”

El mismo profesor Ugarte ejemplifica con el código de ética del Banco de Chile el cual señala:

“Los empleados del Banco deben mantener dentro y fuera de la institución un comportamiento ejemplar. La institución exige respeto a la dignidad de todos sus colaboradores, y de estos una conducta honesta y responsable en todos los ámbitos del quehacer diario.²¹⁴”

4.2.4 Reconocimiento de la idoneidad protectora del RIOHS por parte de la legislación y la jurisprudencia administrativa.

Anteriormente, hemos señalado argumentos a favor de la protección de los derechos fundamentales a través del RIOHS en un análisis comparativo con otros instrumentos normativos y jurídicos de relevancia laboral. Ahora corresponde referirnos

²¹² Ob cit 163. Melis.

²¹³ Ob. cit. 204. Ugarte.

²¹⁴ Ibíd. p.447

a los aspectos legales que ha tenido en consideración la Dirección del Trabajo para la elaboración de una doctrina al respecto.

La Dirección fue la primera en señalar como límite al poder del empleador, el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. Luego el legislador tomando en consideración esta premisa formuló el actual texto del art. 5° inciso primero del Código del Trabajo, que a la letra 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.

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

Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente.”

Aún cuando se estableció este límite en la ley, era necesario consignar los requisitos que debía cumplir el empleador para no vulnerar los derechos fundamentales en la manifestación práctica o tangible de sus facultades de dirección y control, es decir, en los medios de control. De esta manera, se requería establecer en qué cuerpo normativo quedarían plasmados los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que tal como se ha señalado son los criterios que debe cumplir una medida para no ser lesiva de derechos fundamentales, según el juicio ponderativo que los gobierna.

Al respecto la Dirección del Trabajo ha mantenido de forma consistente y uniforme que:

“Las medidas de control que la ley autoriza, e incluso impone al obligar a ciertos empleadores a dictar un reglamento interno de higiene y seguridad deben cumplir con las siguientes condiciones:

a. Las medidas de revisión y control de las personas, de sus efectos privados o sus casilleros, al importar un límite a la privacidad y la honra de las personas, deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa dictado en conformidad a la ley (...)²¹⁵”

Como bien señala el dictamen citado, la formulación del reglamento interno como el soporte idóneo, en donde se deben incorporar los medios de control, no resulta antojadiza ni caprichosa, sino al cumplimiento de la normativa laboral.

Dentro del marco jurídico que ha establecido al RIOHS, como el instrumento en que se deben incorporar las medidas de control, podemos nombrar las siguientes:

Art. 153 inciso segundo del Código del Trabajo:

“Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores.”

Este inciso fue incorporado al artículo por la ley 20.005 que tuvo como materia principal sancionar el “acoso sexual” en la relación laboral. Reconociendo como aspecto central de la relación laboral, y asimismo una obligación del empleador, garantizar el respeto a la dignidad de los trabajadores, no sólo en la relación de subordinación, sino que también entre los pares. La inclusión en el art. 153 que señala el poder-deber del empleador de dictar un RIOHS no hace otra cosa que ratificar que este instrumento normativo tiene como objetivo no solo manifestar la aplicación

²¹⁵ Dictamen ORD. N° 8273/335 de 1995. En el mismo sentido, ORD. N° 684/50 de 1997; ORD. N° 805/323 de 1995; ORD N° 695/8 de 2002; ORD N° 687/14 de 1997; ORD. N°2328/130 de 2002, ORD N°252/15 de 1988; ORD N° 8381/191 de 1990; ORD N° 2309/165 de 1998.

práctica de algunos poderes del empresario, sino que también garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

Art. 154 inciso final del Código del Trabajo:

“Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, 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 impersonalidad de la medida para respetar la dignidad del trabajador.”

El artículo citado, señala el contenido mínimo que debe contener un RIOHS, -y así lo ha entendido la Dirección del Trabajo- que todo medio de control que decida establecer el empleador, no sólo deberá cumplir con los requisitos de idoneidad, generalidad e impersonalidad, sino que se deberá contener en el RIOHS como hemos señalado anteriormente: *“De la lectura de la nueva redacción del art. 154 del Código del Trabajo, es posible reconocer dos ideas fundamentales, por una parte, la explicitación del poder de control de los trabajadores por parte del empleador, como una de las manifestaciones del poder jurídico de mando, y por otro lado la limitación de dicha facultad mediante el cumplimiento de ciertos requisitos que tienen por objeto último garantizar la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales.”*²¹⁶

Art 154 bis del Código del Trabajo:

“El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”

Este artículo ha suscitado especial interés en la doctrina la que ha señalado:

“Por su parte, y de manera novedosa, se instaura un verdadera habeas data en materia laboral, al incluir en el nuevo artículo 154 bis., la obligación para el empleador de mantener reserva de los datos privados del trabajador. De esta

²¹⁶ ORD N° 195/8 de 2002.

forma, se busca proteger la intimidad y dignidad del trabajador en el tratamiento de los datos personales.²¹⁷”

El legislador no sólo ha establecido normas generales de protección de derechos fundamentales como el art. 2º y 5º del Código del Trabajo, sino que también ha comenzado a considerar los avances tecnológicos, que han implicado un incremento en los medios de control que eventualmente pudiesen vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores,. Es por ello, que ha exigido que el contenido del reglamento, incluya normas que garanticen el respeto a la dignidad, intimidad, honra, y los demás derechos consagrados en el catálogo constitucional.

En la actualidad, existe un acuerdo transversal entre el legislador, la doctrina, la jurisprudencia judicial y administrativa, respecto a que el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, es donde se debe declarar la aplicación de medidas de control de los trabajadores y detallar la forma en que se aplicarán, con el objeto de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los requisitos que hemos mencionado de forma reiterada y majadera. Sin perjuicio, debemos hacer la salvedad que siempre pueden haber mejoras y reformas que permitan lograr una mejor protección, pero en la actualidad el RIOHS, se presenta como uno de los instrumentos más completos para proteger lo que hemos conocido como –ciudadanía de la empresa-.

4.3 Análisis de los beneficios del RIOHS.

En este apartado pretendemos hacer el ejercicio de ponernos en los zapatos de un asesor, que le tiene que explicar a un empleador los beneficios de tener un RIOHS plenamente actualizado, y en el cual se detallan las medidas que eventualmente podrían provocar una colisión de derechos amparados constitucionalmente, al respecto podemos identificar tres aspectos:

4.3.1 Desde el ámbito jurídico - económico:

²¹⁷ Ob. cit. 140. Melis y Sáez. p.215

El cumplimiento de la normativa debe ser la motivación de todo empleador, para algunos puede sonar algo utópico, pero claramente cada empresario debe considerar que el cumplimiento de la legislación laboral implica mejores condiciones para las personas que trabajan para él día a día. En este sentido la aplicación de medidas de control, entre los cuales a modo ejemplar podemos nombrar, el uso de cámaras de video, solicitud de antecedentes comerciales, exámenes de drogas, entre otras, debiera cumplir estrictamente con los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia, básicamente por las siguientes razones:

- Todo incumplimiento que sea constatado por la Dirección del Trabajo, tendrá como consecuencia la aplicación de una sanción, que consistirá en una multa. Por consiguiente, el cumplimiento de las exigencias legales y administrativas permitirá evitar sanciones pecuniarias innecesarias. Del mismo modo, se evitarían litigios judiciales que implican un gasto importante con resultados inciertos, considerando que el nuevo proceso existen indemnizaciones con características que podríamos calificar de punitivas.
- No cabe duda que una planta de trabajadores contentos y conformes con sus condiciones de trabajo producen más que aquellos que consideran que son mal pagados, prestan servicios en lugares inadecuados o se sienten violentados en su dignidad. Por consiguiente, el cumplimiento de la ley puede ayudar que una empresa aumente su producción y consecuentemente sus utilidades.
- Más importante aún y que se desprende de lo dicho en este trabajo consiste en el incentivo que debieran considerar los empleadores a la hora de confeccionar un RIOHS que cumpla con los requisitos que establece la ley, y con los criterios dados por la Dirección del Trabajo- sobre todo en lo referido al empleo de los medios de control-, lo que se traducirá sin lugar a dudas en una importante herramienta preventiva y protectora de los derechos fundamentales al interior de la empresa. Por ejemplo, si cada RIOHS contiene los medios de control que se pretenden emplear; si estos medios son aptos para el fin que se persigue; si este cumple con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad, etc.

4.3.2 Desde el ámbito social:

En la actualidad es muy común escuchar el concepto de responsabilidad social empresarial (RSE), que consiste básicamente en una visión de los negocios que incorpora el respeto por los valores éticos, las personas, las comunidades y el medio ambiente. Toda empresa que quiera efectivamente cumplir con este concepto debe no sólo respetar los derechos fundamentales, sino que también promoverlos intensamente. En otras palabras, la responsabilidad social empresarial no debe ser una estrategia comunicacional para blanquear las imágenes corporativas, sino que debe consistir en entender que rol del empresario – empleador, es una verdadera vocación social, no solamente creadora de utilidades para pocas personas, sino generadora de riqueza para la sociedad, entendiéndolo por ello un concepto amplio, en el que se incluye la promoción de los derechos inherentes a la persona humana. Por consiguiente, el RIOHS presenta la oportunidad no sólo de cumplir con la normativa, sino de sumar principios de las empresas que conformen un cuerpo normativo robusto caracterizado por el respeto al ordenamiento jurídico y la persona del trabajador. De esta manera, para qué utilizar códigos de ética u otros cuerpos normativos, que son propuestas vacías o letra muerta, cuando en un solo reglamento se puede cumplir con la Ley y promover valores adicionales.

4.3.3 Análisis de las Estadísticas de la Justicia Laboral²¹⁸

El Ministerio de Justicia, desde que comenzó la aplicación de la reforma al proceso laboral, por medio de la Oficina de Defensoría Laboral (ODL), publica estadísticas que reflejan cantidad de causas que recibieron, las demandas ingresadas, las materias sobre las que versaban, el número de causas terminadas, entre otros aspectos. De manera de reflejar la realidad de la justicia laboral e identificar los elementos que se encuentran débiles.

Para el presente estudio, la relevancia de las estadísticas radica en identificar el grado de utilización del procedimiento de tutela de de derechos fundamentales, durante

²¹⁸ Véase en www.minjusticia.gob.cl.

el año 2010, de manera de desprender al menos a priori una idea de los efectos prácticos que ha tenido en la protección de sus derechos fundamentales.

Nos planteamos esta interrogante, porque toda persona que haya tenido la posibilidad de tramitar en el antiguo procedimiento laboral, se habrá percatado fácilmente que gran mayoría de las causas que conocían los tribunales, eran sobre terminación de contrato, en particular despidos injustificados. Esta realidad, provocó que parte de la doctrina llamara al Derecho del Trabajo “derecho del despido. Asimismo, el antiguo procedimiento no contemplaba las herramientas procesales para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, debiendo utilizarse el recurso de protección, consagrada en el artículo 20 de la CPR. Es por ello que hubo y existen muchas expectativas sobre el nuevo procedimiento, sobre todo en el procedimiento de tutela, que es la gran innovación de la reforma.

A continuación se presentará una tabla numérica y un gráfico que contienen el número de demandas ingresadas por la ODL, según la región y materia:

DEMANDAS PRESENTADAS POR ODL SEGÚN REGIÓN Y MATERIA



01 de Enero de 2010 al 31 de Enero de 2011

	REGIONES															TOTAL	%
	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	XIV	XV	RM		
NULIDAD DEL DESPIDO	93	171	85	278	1.003	302	313	224	249	410	18	36	211	39	2.667	6.099	23%
DESPIDO INJUSTIFICADO	403	272	200	208	854	299	388	1.202	220	285	57	139	185	113	3.300	8.125	30%
COBRO DE PRESTACIONES	120	231	132	308	429	239	159	441	125	207	45	98	44	61	1.440	4.079	15%
AUTODESPIDO	0	2	10	14	27	9	26	77	10	3	8	8	22	6	56	278	1%
DESAFUERO	27	38	34	39	72	255	167	139	78	117	15	11	33	7	291	1.323	5%
MATERIAS JUICIO EJECUTIVO	261	234	71	363	289	480	516	667	353	391	1	95	154	80	2.737	6.692	25%
RECLAMACIONES	30	0	0	1	1	0	2	62	3	3	0	7	0	3	0	112	0%
PRÁCTICA ANTISINDICAL	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0%
ACCIDENTE DEL TRABAJO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	2	0%
ACOSO SEXUAL	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0%
TUTELA INDEMNIDAD	16	1	0	5	6	3	9	26	4	12	5	1	2	2	26	118	0%
OTRAS MATERIAS TUTELA	1	0	0	1	1	0	0	1	1	4	2	0	0	0	0	11	0%
TOTAL	951	949	532	1.217	2.682	1.587	1.580	2.839	1.043	1.432	151	395	651	311	10.519	26.839	100%

Cuadro N° 1 Demanda presentadas según región y materia por la Oficina Defensora Laboral.

Si observamos los números podemos percatarnos que las materias de terminación de contrato, agrupadas en la nulidad del despido y despido injustificado acumulan el 53% de las demandas ingresadas, y si sumamos las relativas al despido indirecto o autodespido y los desafueros (si bien no provocan la terminación del contrato de trabajo son el paso previo para despedir al trabajador amparado por fuero), llegamos al 59%. El resto de las materias que tienen un porcentaje importante, se trata de juicios ejecutivos (25%) y cobro de prestaciones (15%), que sin duda deben estar conformadas por un número importante de juicios de despido injustificado y nulidad del despido. Por su parte si observamos detenidamente las celdas que se refieren al procedimiento de tutela laboral, nos percataremos que se señala:

- a) Tutela Indemnidad: en primer lugar debemos señalar lo que se entiende por el derecho de indemnidad, al respecto el profesor Ugarte señala que es:

“el derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocida técnicamente como garantía de indemnidad”²¹⁹.

En otras palabras, nos volvemos a enfrentar a una materia que se puede relacionar con la terminación de contrato, puesto que se puede dar el caso que un trabajador realice una denuncia ante la Dirección del Trabajo, y el empleador en represalia lo despidiera. En este caso, estamos ante la materia de derechos fundamentales más importante en número, a nivel nacional se presentaron 118 demandas de un total de 26.839, lo que equivale a un porcentaje bajo del 1%.

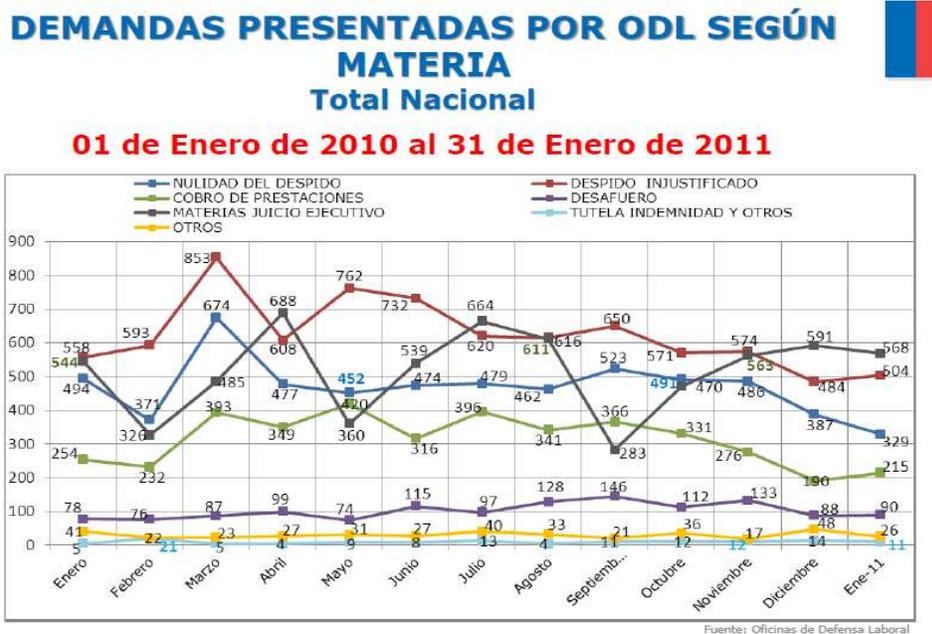
- b) Otras materias de Tutela: de acuerdo a la descripción de las materias, la celda “otras materias de tutela”, debiesen ser el depositario de las denuncias y demandas por vulneración de derechos fundamentales por medidas de control aplicadas durante la vigencia de la relación laboral. La tabla señala que se presentaron sólo 11 demandas a nivel nacional, que equivale a menos del 1%

²¹⁹ Ugarte Cataldo, José Luis. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. Revista de Derecho Vol. XX - N° 2 de la Universidad de Valdivia de 2007.

del total de demandas ingresadas. Desearíamos profundamente, tener la convicción que dicho número debiere al respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los trabajadores, pero sabemos que no es así, y para ello basta con revisar la nutrida jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo.

- c) Acoso sexual: sumamos esta materia por su directa vinculación con la dignidad del trabajador, pero los números son claros, durante el 2010 se presentaron cero demandas por acoso sexual, desconocemos las verdaderas razones de si por que afortunadamente a lo largo del país no hay casos de acoso sexual, o porque el procedimiento señalado por la ley 20.005 no ha cumplido sus objetivos.

El haber revisado los datos numéricos del Ministerio nos llena de interrogantes e inquietudes, lo cual crece cuando podemos observar de forma gráfica que ilustra la cantidad de causas por materias durante el periodo de tiempo que va desde el 01 de Enero de 2010 y el 31 de Enero de 2011:



Cuadro N° 2: Demandas presentadas según materia. Total nacional. Enero de 2010 a Enero de 2011

El gráfico, nos ilustra el bajo número de causas que se iniciaron por la ODL en materia de derechos fundamentales. Al respecto debemos llegar a la lamentable conclusión que el nuevo proceso está repitiendo viejos vicios del anterior, aunque para ser justo no se trata solamente del conjunto de normas que regula un procedimiento, sino de la cultura del trabajador de reclamar por sus derechos y del empleador en saber escuchar, y no ver a su contraparte como un enemigo, reconociendo su debilidad y derecho a reclamar cuando se considera perjudicado.

Las expectativas sobre el procedimiento de tutela laboral son muchas y sin dudas las mantendremos, pero como señala Marzi:

Debemos reconocer que esta lectura del objeto y fin de la tutela no se compadece con lo que en efecto se ha presentado durante el curso de la reforma, en el que ésta ha sido accionada mayormente asociada a despidos que han vulnerado derechos fundamentales, lo que ha reeditado parte del discurso que califica el derecho del trabajo como “el derecho del despido”²²⁰.

Lo que hemos señalado en este acápite, no tiene por objeto destruir y criticar el procedimiento judicial en comento, sino que tomar una pequeña muestra de la realidad de nuestra justicia, y así desprender que se trata de una herramienta importante, pero que no tiene la universalidad necesaria para una efectiva protección del trabajador. Básicamente, por lo difícil que es que una persona decida iniciar una causa, por la desconfianza existente en el poder judicial, por los tiempos de duración (aunque en este punto haya avances significativos).

De esta manera, se deben identificar herramientas de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores más inmediatas, rápidas y que cumplan un rol preventivo. Es en este punto es donde afloran las ventajas del RIOHS, puesto que se trata de una herramienta inmediata y directa que se aplica al interior de la

²²⁰ Ob. cit. 103. Marzi.

empresa, que tiene contenido mínimo de naturaleza legal y que ha sido enriquecido por la jurisprudencia administrativa. Asimismo tiene la fiscalización de su contenido y conformidad con el ordenamiento laboral de la Dirección del Trabajo, Ministerio de Salud y los trabajadores.

CONCLUSIONES.

Hemos visto a través del desarrollo de este trabajo que la discusión respecto a los derechos fundamentales en general, obviamente ya no se centra en la existencia de éstos, sino que en cómo proporcionarles la debida protección en las relaciones entre privados, y entre estas, en las relaciones laborales.

Han sido decisivos para enfrentar estos nuevos escenarios de conflictos el desarrollo y recepción de la doctrina de la horizontalidad de los derechos fundamentales, y en particular de concepto de ciudadanía en la empresa, la que se materializó con la acogida de la distinción propia del derecho comparado entre derechos laborales específicos e inespecíficos. Conceptos que han tenido una acogida transversal en nuestro país, desde la jurisprudencia administrativa, judicial, la doctrina y la legislación. Teniendo manifestaciones concretas en nuestro ordenamiento jurídico, como los artículos -tantas veces citados en este trabajo- 2°, 5° 154 inciso final del Código del Trabajo, entre otros; la vasta y nutrida jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, y las diversas publicaciones de la doctrina nacional sobre la materia. Lo que se ha venido de alguna forma a coronar con la inserción del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, dentro del marco de un nuevo procedimiento laboral.

Sin embargo, ha quedado de manifiesto en esta memoria, que las eventuales o efectivas lesiones de derechos fundamentales se dan dentro del marco de una relación jurídica en donde ambas partes poseen este tipo de derechos. Nos referimos especialmente al derecho de propiedad -y más importante aún- al derecho a desarrollar una actividad económica de que es titular el empresario-empleador. Siendo estos, junto con el contrato de trabajo, las fuentes de los poderes que le permiten administrar y dirigir la forma de la prestación de servicios de los trabajadores, orientándola hacia el fin productivo de la empresa. En otras palabras, son facultades instrumentales que tienen que ser utilizadas para al fin productivo, no siendo éstas un fin en sí mismo.

Aún cuando los poderes del empleador detentan el carácter de esencial en la relación laboral estos no son ilimitados tal, como lo prescribe entre nosotros el art. 5°

del Código del Trabajo, señalando como límite infranqueable de los poderes del empleador, el respeto de los derechos fundamentales del trabajador.

A nuestro juicio el RIOHS es el instrumento que por esencia manifiesta los poderes del empleador, básicamente porque en su origen y contenido es el resultado de la declaración unilateral del empleador. Ahora bien, lo relevante y a la vez lo que lo convierte en un instrumento protector es la regulación estricta que da el legislador, y que es fuertemente complementada por la labor de la Dirección del Trabajo, lo que a nuestro juicio lo convierte en una herramienta efectiva del respeto de la normativa laboral y los derechos fundamentales de los trabajadores.

En virtud de esta tensión expuesta en la relación laboral, entre los legítimos derechos del empleador y trabajador, es que se produce la particular colisión de derechos. Que dado el carácter de fundamentales, no es posible apelar a los criterios tradicionales de resolución de conflictos de derechos. A esto se debe agregar que al no existir un criterio uniforme que permita realizar un orden a priori de mayor a menor importancia entre los derechos fundamentales, es necesario recurrir a la ponderación como forma de solución.

Creemos que ha sido un gran avance de nuestra legislación establecer expresamente los elementos esenciales de la ley de ponderación en el procedimiento de tutela, esto es, los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad de la medida como los dispuestos en el art 485 del Código del Trabajo, y que la Dirección del Trabajo había venido desarrollando, siendo la gran precursora y el adalid de la protección de los derechos fundamentales del trabajador en nuestro país. Consagrando los principios de proporcionalidad y sus subprincipios como medidas para determinar la legitimidad de los medios de control.

Y precisamente uno de los requisitos o elementos para determinar la legitimidad de la medida de control desarrolladas por la Dirección del Trabajo, ha sido la incorporación de ésta en el RIOHS. Es en parte a esta doctrina, y a lo establecido por el legislador en las normas que regulan el reglamento interno, hemos intentado afirmar en este trabajo que el RIOHS es el medio idóneo en comparación con otros

instrumentos de relevancia jurídico laboral, para la prevención de lesiones de derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, en base a las siguientes consideraciones:

- El RIOHS es el instrumento que reconoce la legislación laboral, la jurisprudencia administrativa y judicial, como el instrumento adecuado e idóneo para publicitar las medidas de control que eventualmente pudieran lesionar derechos fundamentales de los trabajadores.
- El RIOHS posee un contenido mínimo regulado por la ley, de manera que en él se deben expresar aquellas cuestiones relevantes y esenciales establecidas por el legislador.
- Al mismo tiempo el RIOHS posee la flexibilidad para ir adecuando su contenido a los nuevos procesos productivos y herramientas tecnológicas (nuevos medios de control).
- En relación con el punto anterior el RIOHS posee la ventaja de regular cuestiones y materias que en un contrato resultarían impracticable, por las numerosas y sucesivas modificaciones que se tendrían que realizar para su actualización.
- Dada su regulación y naturaleza, el RIOHS no sólo es fiscalizado por el trabajador, sino que también por las organizaciones sindicales, la Dirección del Trabajo y el Ministerio de Salud. Control que no poseen los demás instrumentos normativos laborales.
- La gran ventaja del RIOHS es el elemento preventivo de la lesión de derechos fundamentales en la relación laboral. Pues nace y está presente durante su desarrollo, no siendo necesario una vulneración efectiva de un derecho o de la normativa, para que despliegue sus efectos. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la tutela.

- Desde la perspectiva del empleador, una adecuada redacción del RIOHS que considere la protección de los derechos fundamentales del trabajador, puede traducirse en reducir los riesgos de contingencias laborales que repercute en eventuales sanciones administrativas y litigios. Asimismo, cumpliendo las directrices legales, administrativa y con un buen RIOHS podrá aplicar medidas de control para mejorar su productividad sin que éstas sean lesivas para los trabajadores.
- Tal y como se ha venido dando la utilización del procedimiento de tutela, mayoritariamente como mecanismo de reacción frente al despido, nos permite deducir que el procedimiento de tutela no está siendo el mecanismo idóneo para prevenir y proteger la vulneración de derechos fundamentales durante la relación laboral. Pensamos, que mas por un defecto de diseño institucional se debe a una serie de factores, por ejemplo, el temor de los trabajadores de recurrir a un tribunal de justicia. En cambio el RIOHS por su naturaleza y origen es un instrumento que permite proteger los derechos fundamentales de los trabajadores desde el inicio de su vigencia por las razones ya mencionadas, como su contenido legal, fiscalización, y constante enriquecimiento de su contenido y rol por los dictámenes de la Dirección del Trabajo.

Dadas las razones expuestas, es posible sostener que el RIOHS tiene características protectoras preventivas de lesión de derechos fundamentales, el que despliega sus efectos durante la relación de trabajo. Puesto que ningún empleador podrá aplicar medidas de control que pueda vulnerar los derechos de los trabajadores sino ha cumplido previamente con cada uno de los requisitos establecidos en la ley y por la Dirección del Trabajo, dentro de los que se encuentra la incorporación al RIOHS del medio de control, su descripción y procedimiento de aplicación. Y asimismo, al incorporarse en este instrumento, debe cumplir a su vez con los requisitos establecidos para él, contenido legal, fiscalización y medidas de publicidad.

Sin perjuicio de lo señalado, estamos conscientes de que día a día hay vulneración de derechos fundamentales a pesar de los requisitos señalados y

anteriormente citados, lo que claramente demuestra que el RIOHS está lejos de ser un instrumento perfecto y suficiente. Debiendo concurrir una serie de acciones y factores para que pueda desplegar todo su potencial, desde una mayor conciencia del respeto mutuo en los lugares de trabajo, una mayor sindicalización que permitiera un mayor poder de influencia en la fiscalización, y una mejora de las funciones de control de la Dirección del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. La fórmula del Peso. En: CARBONELL, M. (ed). El Principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional. Quito. Serie justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. pp. 13-46.

BOBBIO Norberto. El Tiempo de los Derechos. Madrid. Ed. Sistema, 1991.

GAMONAL Contreras Sergio. Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago, Ed. Conosur. 1998.

GAMONAL Contreras Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Editorial LexisNexis 2002.

GAMONAL Contreras Sergio. Lineamientos de Derecho del Trabajo. Editorial LexisNexis 2006.

GAMONAL Contreras Sergio. Fundamentos de Derecho Laboral. Editorial Lexis Nexos 2008.

GAMONAL Contreras Sergio. Trabajo y Derecho. Santiago. Editorial Abeledo Perrot.2010.

GARCÍA, M.A. Curso de Derecho del Trabajo. 8º edición. Barcelona. Ariel.1982

HUMERES Noguera Héctor, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, Décimo Sexta edición. Editorial Jurídica. 2004.

HERNÁNDEZ Rueda Lupo. Poder de dirección del empleador. En: BUEN LOZANO, de NESTOR; MORGADO VALENZUELA, EMILIO. (Eds.) Instituciones del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Ciudad de México. UNAM. pp.405-419.

JEAMMAUD A., La Ciudadanía en la Empresa. En: APARICIO J., BAYLOS A. (Eds). Autoridad y democracia en la Empresa. Madrid, Editorial Trotta. pp 179-190. 1992.

LIZAMA PORTAL L. y UGARTE CATALDO J. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Santiago. Ed. Jurídica Cono Sur. 1998.

MACCHIAVELO Guido, Derecho del Trabajo, Tomo I,

MELIS VALENCIA Christian. Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales". 2º edición. Santiago, Chile. Abeledo Perrot. 2010.

MELIS VALENCIA Christian y SÁEZ CARLIER Felipe. El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Segunda edición. Santiago. Editorial Legal Publishing. 2009

MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. 29º edición. Madrid, Editorial Técno. 2008.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. Los Derechos Laborales en la Constitución Española, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1991.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y Álvarez de la Rosa, Manuel, Derecho del Trabajo, Decimosexta edición.España. Editorial Universitaria Ramón Areces.

ROMAGNOLI Humberto. Weimar ¿y después? EN: APARICIO J., BAYLOS A. (Eds). Autoridad y democracia en la Empresa. Madrid, Editorial Trotta. 1992.

SALMONA MAUREIRA, Francisco. Decisión Judicial y colisión de derechos fundamentales. Santiago. Cuadernos del Tribunal Constitucional. 2008.

SUPIOT Alain. Crítica del Derecho del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales 1996.

THAYER W. Texto y comentario del Código del Trabajo. Editorial Jurídica 2002.

THAYER W y NOVOA P. Manual de Derecho del Trabajo tomo I” Editorial Jurídica de Chile, quinta edición, Santiago. 2008.

UGARTE CATALDO José Luís. Tutela de Los Derechos Fundamentales del Trabajador, 3era Edición. Santiago. Editorial Legal Publishing.

VALDEZ VILAZA, María. Las facultades del empleador y los derechos de los trabajadores con problemas de alcohol y drogas, memoria para otra al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago. 2005.

VALENZUELA CORI Rodrigo, Conflicto y Humanidades Un ensayo sobre argumentación jurídica- Editorial Jurídica 2004.

OLATE WALESKA, MONTECINOS CAROLINA y MUÑOZ ROSA. Código del Trabajo Interpretado Anotado y Comentado Jurisprudencia Administrativa y Judicial. Editorial Punto Lex 2006.

Manual de Juicio del Trabajo, varios autores, Academia Judicial, primera edición Santiago (2008).

MANUAL DE CONSULTAS LABORALES Y PREVISIONALES. Reglamento Interno en el marco de la Nueva Reforma Laboral. Editorial Legal Publishing febrero de 2010.

REVISTAS Y PUBLICACIONES PERIÓDICAS.

ANZURES GURRÍA, Juan José. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 22 (Enero-Junio): 3-51, 2010.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, número XXVII, p 25. 2006

CONTRERAS, Pablo. Discriminación y relaciones laborales en Chile: en busca de la igualdad. Revista Derecho Y Humanidades, N°11. 2005

DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro. Una mirada genérica al alcance de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. Actualidad Laboral, n° LXXXV, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2009

FERNÁNDEZ, E. El Problema del Fundamento de los Derechos Fundamentales. Anuario de Derechos Humanos, N°1, Enero. Madrid 1981.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, V.11. Valdivia, dic. 2000.

MARZI MUÑOZ, Daniela ¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral. Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile. 2010.

UGARTE CATALDO, José Luis. Derechos Fundamentales del Trabajador en la empresa. Informe Anual de Derechos Humanos 2009 Universidad Diego Portales. pp.419-451.

VALDEZ DAL RÉ, Fernando. La Vinculabilidad jurídica de los Derechos Fundamentales de la Persona del trabajador: Una aproximación al Derecho Comparado." Revista Derecho Privado y Constitución, n° 17 Enero-Diciembre. 2003.

TEXTOS, REVISTAS Y PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS.

Códigos de Conducta, Posición de la Organización Internacional de Empleadores, <http://www.ioe-emp.org>.

Jana Linetzky A. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales". Apuntes de ayudantía de clases 2007. p. 7. Revisado en: www.ucursos.cl/derecho/2007/2/D122A0207/5/material_alumnos/previsualizar?id_material=6239

Ministerio de Justicia, www.minjusticia.gob.cl.

Real Pérez Alicia, Código de Conducta y Actividad Económica: Una Perspectiva Jurídica en Presta en Prestación de Servicios y Distribución de Bienes en España y en la Unión Europea, www.codigosdeconducta.com

Zalaquett Daher J. Fundamento de los Derechos Humanos, su Evolución y Los Desafíos Actuales. en www.cdh.uchile.cl/articulos/Zalaquett/fundamentos_derechos_humanos.pdf