



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**EXÁMENES TOXICOLÓGICOS DE ALCOHOL Y DROGAS COMO MEDIDAS DE
CONTROL DEL EMPLEADOR: ANÁLISIS CRÍTICO PROPUESTO DESDE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL**

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

GONZALO ARTURO RIQUELME GONZÁLEZ.

Profesor Guía: Sr. Luis Lizama Portal.

Santiago, Chile

2011

*Dedicada a mi Padre, mi Madre y Hermana,
por ser los puntales de mi vida y darme un apoyo infinito.*

*A Paulina,
por descubrir una nueva vida juntos,
dándome fuerzas y motivación cada día.*

AGRADECIMIENTOS

Además de aquellos a quienes dedico esta Memoria de Prueba por su increíble apoyo, comprensión y paciencia, quisiera agradecer a todos los que de una u otra manera estuvieron acompañándome durante todo este periodo. Y no sólo en lo respectivo a este documento en particular, sino que me refiero a un proceso que se extendió por varios años.

En particular quiero agradecerles a mis amigos, esa familia no sanguínea, quienes siempre me han entregado su dedicación y preocupación en cada una de las etapas que hemos vivido. En especial quisiera mencionar a mis amigos Álvaro, Cristián, Felipe, Fernando, Francisco, Mario y Pablo V. por estar constantemente instándome a terminar este proceso, poniendo esa voluntad que a veces escaseaba mientras arreciaba la desidia.

Agradezco también al profesor Luis Lizama Portal y a su asistente, Aileen Santelices, por la ayuda y apoyo en el devenir de esta Memoria. Asimismo a la señora Nancy Román por su labor y constante preocupación por los alumnos y egresados de nuestra carrera.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES DENTRO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	10
1.1.- DERECHOS FUNDAMENTALES: ANTECEDENTES GENERALES	10
1.2.- <i>Derechos Fundamentales Laborales</i>	12
1.2.1.- <i>Derechos Fundamentales Inespecíficos</i>	13
1.3.- DERECHOS FUNDAMENTALES COMO GARANTÍAS EFECTIVAS.....	14
1.3.1.- <i>Contexto histórico</i>	14
1.3.2.- <i>Efecto Horizontal de los Derechos Fundamentales</i>	16
1.4.- RECEPCIÓN NORMATIVA DEL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE.	19
1.5.- CRISTALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	21
1.5.1.- <i>Reflexiones sobre el Principio de Igualdad</i>	21
1.5.2.- <i>El Principio de No Discriminación</i>	24
1.5.3.- <i>Principio de No Discriminación en el Derecho del Trabajo</i>	27
1.6.- RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO CHILENO.....	28
1.6.1.- <i>Igualdad y criterio de justificación razonable: Regla general del ordenamiento jurídico nacional</i>	28
1.6.2.- <i>Criterios de clasificación sospechosa. Regla del Derecho Laboral Chileno. Una innovación doctrinaria</i>	29
1.7.- COROLARIO: DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO LABORAL CHILENO	31
1.7.1.- <i>La Dirección del Trabajo y jurisprudencia administrativa: Interpretación, aplicación y límites de los Derechos Fundamentales en la relación del trabajo. Reconocimiento del efecto horizontal de las Garantías Constitucionales</i>	32
1.7.2.- <i>Principio de Proporcionalidad: criterio único para limitar el alcance de una garantía constitucional</i>	36
CAPÍTULO II. ALCOHOL Y DROGAS DENTRO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO. ANÁLISIS DE SUS CONSECUENCIAS.	40
2.1.- EL CONSUMO DE DROGAS Y/O ALCOHOL Y SU INCIDENCIA EN EL TRABAJO. ANTECEDENTES GENERALES.	42
2.2.- ESTADÍSTICAS DEL CONSUMO DE ALCOHOL Y DROGAS EN LOS TRABAJADORES CHILENOS. ...	44
2.3.- CONSECUENCIAS DEL CONSUMO DE ALCOHOL Y DROGAS EN EL TRABAJO.	48
2.4.- ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DE CONTROL ATINGENTES.....	51

CAPITULO III. EXÁMENES TOXICOLÓGICOS COMO MEDIDAS DE CONTROL	55
3.1.- MEDIDAS DE CONTROL POR PARTE DEL EMPLEADOR: EL USO DE EXÁMENES FÍSICOS PARA DETECTAR CONSUMO DE ALCOHOL Y DROGAS EN EL TRABAJO. CONTEXTO GENERAL.	55
3.2.- CONSUMO DE DROGAS Y/O ALCOHOL Y RIESGOS LABORALES.....	56
3.3.- ADECUACIÓN DE TODA MEDIDA DE CONTROL AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.....	60
3.4.- CONDICIÓN SINE QUA NON DE TODA MEDIDA DE CONTROL: CONTENERSE DENTRO DE UN REGLAMENTO INTERNO. ESTIPULACIONES MÍNIMAS	61
3.4.1.- Sobre el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.....	61
3.4.2.- Estipulaciones mínimas de todo Reglamento Interno para la aplicación de medidas de control y en particular para fijar exámenes de detección de consumo de alcohol y drogas.	65
3.5.- SOBRE LOS EXÁMENES DE DETECCIÓN DE ALCOHOL Y DROGAS EN PARTICULAR	68
3.5.1.- Exámenes Pre-Ocupacionales.....	68
3.5.2.- Exámenes Ocupacionales.	71
3.5.2.1. Exámenes establecidos para transferencias de trabajadores o postulación por concursos internos.....	71
3.5.2.2.- Exámenes en caso de incidentes o accidentes del trabajo.....	74
3.5.2.3.- Exámenes por “conductas sospechosas” o sintomatológicas.....	75
3.5.2.4.- Exámenes preventivos para determinar el consumo de alcohol y drogas.....	77
3.6.- MEDIDAS DE CONTROL EN TANTO OBLIGACIONES DE HIGIENE Y SEGURIDAD EN EL MARCO DE LA TERCERIZACIÓN DEL TRABAJO. FORMA DE ESTABLECER EXÁMENES PRE-OCUPACIONALES Y OCUPACIONALES PARA TRABAJADORES SUBCONTRATADOS.....	80
CAPITULO IV. POLÍTICAS DE CONTROL DE ALCOHOL Y DROGAS EN CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA INTERNA DE CODELCO-CHILE	83
4.1.- ANTECEDENTES GENERALES.	83
4.2.- MARCO JURÍDICO LABORAL APLICABLE A LOS TRABAJADORES DE CODELCO-CHILE.	84
4.3.- ANÁLISIS NORMATIVO LA POLÍTICA CORPORATIVA DE ALCOHOL Y DROGAS DE CODELCO Y DE LOS REGLAMENTOS INTERNOS DE SUS DIVISIONES PRODUCTIVAS.	85
4.3.1.- Política Corporativa de Alcohol y Drogas.	86
4.3.2.- Reglamentación interna de CODELCO-Chile. Observaciones a los Reglamentos Internos de sus diferentes Divisiones productivas.	87
4.3.2.1.- Análisis de la normativa y Reglamento Interno División Codelco Norte.....	89
4.3.2.2.- Análisis de la normativa y Reglamento Interno División Codelco Casa Matriz.	100
4.3.2.3.- Revisión ORD. N° 5239 de 10 de diciembre de 2010. Impugnación de Reglamento Interno en materia de control de drogas: División Codelco Norte.....	111
CAPITULO V. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INSERTOS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO.	114
5.1.- PROTECCIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PREVIAS A LA REFORMA PROCESAL LABORAL.	115

INTRODUCCIÓN

El consumo de alcohol y/o drogas se ha presentado como un problema que abarca a la sociedad como un todo. Este problema se acentúa cuando ese consumo es abusivo o genera dependencias, y por tanto, se torna un problema esencial en la vida de las personas afectadas por tales situaciones. Luego, la trascendencia de estas conductas desata consecuencias no sólo para el consumidor, sino también para su entorno familiar; social en general; y en específico de acuerdo al tema que nos convoca, también en el ámbito laboral.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han sumado esfuerzos para abarcar y tratar el problema del alcoholismo y drogadicción en nuestras sociedades, como un gran problema de salud que nos compete a todos los actores sociales, relevantes o no, como parte de estrategias de promoción y concientización. La primera Organización mencionada dirige sus esfuerzos desde una perspectiva de salud pública, y que dice relación con el tratamiento en cuanto persona afectada y su inserción en la sociedad, generando además protocolos y políticas de prevención generales. Por el otro lado, la OIT, haciendo eco de la misma preocupación ha ido acotando el ámbito de acción al propio, y que dice relación con la implementación de estrategias y políticas para prevenir, tratar y generar responsabilidad sobre el tema respecto de los agentes inmersos en las relaciones laborales.

Luego, al centrarnos netamente en el campo que nos ocupa, podemos señalar la incidencia del consumo de drogas y alcohol es enorme, tanto desde el punto de vista humano, como desde el punto de vista productivo. Esta problemática, una vez identificada, se puede esquematizar en tres grandes variables:

- Perjuicio directo a las empresas (disminución de productividad y ausentismo);

- Perjuicio a la integridad y salud de los trabajadores (accidentes laborales y enfermedades);
- Mal ambiente laboral y potencial de conflictividad colectiva (malas relaciones, sanciones y despidos, perjuicios para los compañeros de trabajo y para la empresa).

Con todo, quedará esta situación manifestada y contextualizada de acuerdo a las cifras contenidas y analizadas en el segundo capítulo de esta memoria.

Para el empleador, por tanto, será un tema delicado de abordar. Primero que todo se pueden ver afectadas sus expectativas empresariales en tanto productividad y ganancias. Pero por otro lado, se encuentra reconocido que puede ser el mismo ambiente laboral el que incide directamente en el consumo de dichas sustancias. Bajo este paradigma, será esencial encontrar una solución razonable mediante la cual aquél pueda establecer medidas que protejan su actividad sin perjudicar a la población trabajadora a su cargo, todo esto conforme a la legislación vigente.

Luego, el núcleo central de nuestro trabajo, será, entonces, entender, por un lado, el proceder legítimo del empleador en tanto conjuga el ejercicio de sus prerrogativas –las que se encuentran reconocidos bajo la forma jurídica de la Potestad de Mando o Poder de Dirección-, definiendo las políticas económicas y administrativas que requerirá para el correcto desempeño de la labor productiva, y por otro, el ámbito de incidencia dentro de las relaciones de trabajo, y en específico, sobre los derechos y garantías de los trabajadores. Siguiendo este orden de ideas, el empleador podrá (y deberá, en su caso) regular normativamente las relaciones entre él y sus trabajadores mediante catálogos de derechos y obligaciones a los cuáles estarán sometidos, debiendo observar y conformar su comportamiento –en lo que dice relación con desempeño de sus funciones- ante dichas reglas internas. Sin embargo, el ejercicio legítimo al que hicimos referencia al iniciar este párrafo se sostendrá, a su vez, cuando tal normativa interna respete, a su vez, los derechos y garantías que provee el ordenamiento a todo trabajador. Será, entonces, esta *colisión de derechos* y la

propuesta de resolución de dicha pugna lo que nos convocará en este estudio. Establecer una labor hermenéutica, describiendo las situaciones en que cotidianamente se ven enfrentados dos estatutos tan disímiles, y a su vez, revisar las propuestas de solución dadas por el sistema jurídico chileno en este tema tan contingente como necesario de analizar.

Desde esta perspectiva, será un elemento vital revisar el tema sobre la procedencia y pertinencia de los exámenes corporales tendientes a la identificación del consumo de alcohol y drogas efectuados a trabajadores, que como método de control ha ido tomando una fuerza enorme dentro de las políticas de empleadores, y en particular en aquellos casos que las labores suponen un grado de riesgo mayores, involucrando no sólo eventuales consecuencias en el ámbito netamente productivo, sino que también en cuanto significa un peligro enorme para la salud e integridad de los trabajadores que comparten faenas. Sin embargo esta contingencia, la discusión sobre la existencia de estas medidas no ha sido un tema pacífico de abordar por el Derecho del Trabajo y las Instituciones que con él se vinculan. En efecto, el análisis jurídico sobre esta materia nos da cuenta de lo mencionado en el párrafo que antecede, toda vez que en este caso establecemos una superposición de derechos fundamentales que asisten y amparan a una y otra parte de la relación jurídica laboral. Por esta misma situación, y derivado de las delicadas consecuencias que pueden tener en un u otro estamento, es que creemos seriamente en la búsqueda de un criterio que satisfaga a ambas partes en pos de conseguir medios idóneos, respetuosos de las garantías, pero por sobre todo, que se generen como medidas atingentes y proporcionales a los fines buscados.

Ahora bien, cuando hablamos de aquella contraposición de derechos fundamentales –de una misma naturaleza- para un caso en específico, decimos que existen normas –constitucionales en este caso, como mencionamos- de contenidos diversos que pueden regir y tener eficacia dentro de una misma relación jurídica; lugar en que tales normas pueden ser aplicadas dependiendo del contexto en el cuál observemos la relación. Para el caso que nos convoca, derechos que asisten al

empleador para determinado caso pueden ser una restricción del ejercicio libre del derecho del trabajador, o viceversa.

Para efectos de la doctrina constitucionalista han existido variadas formas de resolver este tipo de conflictos. No obstante esto, en la actualidad el sistema de ponderación de derechos fundamentales ha sido la tónica imperante, aplicando un sentido de justicia para el caso concreto con especial atención a los fines buscados. Dicho sistema busca “pesar” el contenido de los derechos fundamentales y trasladarlos al caso específico en dónde se da el conflicto. Una vez situados en tal contexto, las limitaciones, sobre uno u otro derecho en pugna, deberán declararse bajo el mismo sistema de especificidad. Esa “medición” del derecho fundamental tendrá que responder a ciertos criterios de elección, los que bajo ningún respecto podrán – mediante la limitación- coartar el ejercicio de dicho derecho completamente, sino que solamente podrá limitar en parte sus efectos. En suma, será el método de la “ponderación” el que haga posible llegar a una solución justa para el caso en concreto, estableciendo un criterio que mantenga conforme los contenidos de los derechos fundamentales en pugna, y por lo mismo, evitando la supresión de uno respecto del otro.

Para el caso que nos ocupa, este criterio ha sido el que ha marcado a la jurisprudencia administrativa nacional, siendo entonces la Dirección del Trabajo que mediante sendas resoluciones ha fijado la forma de operar frente a estas eventuales pugnas de contenido de acuerdo a los derechos fundamentales que asistan ora al empleador, ora al trabajador dentro de las relaciones propias del trabajo.

Por tanto, nuestro estudio se centrará en cómo podemos fijar esa ponderación de derechos dentro de la relación laboral. Sin embargo este tema nuclear, este trabajo intentará en primer momento fijar el marco jurídico en el cuál situaremos ese estudio. Luego de eso, y habiendo estudiado las normas desde la perspectiva del Derecho Constitucional y su incidencia en el Derecho del Trabajo, estaremos en condiciones de verificar de qué forma y cuáles son los métodos posibles para que un empleador pueda tomar medidas –de control en este caso- y las instancias en las cuáles resultarán

precedentes. Así, discurriremos sobre lo que la doctrina nacional e internacional ha generado sobre el tema, llevándolo al plano de las repercusiones que estas posturas han suscitado sobre la doctrina nacional, y la jurisprudencia administrativa en su caso.

Establecido lo anterior, y para efectos de llevar al ámbito práctico –dotándolo de los matices críticos que deseamos para esta memoria- analizaremos la normativa interna de la empresa estatal más grande de este país, tanto por la exhaustiva regulación como por su gran intento de aunar sus intentos regulatorios con la normativa interna. Así, llevaremos a efecto un análisis pormenorizado de los Reglamentos Internos de CODELCO-CHILE, y analizaremos en profundidad la implicancia de su regulación de acuerdo al tema que nos convoca, dando luces sobre cómo se comporta y ha de comportarse una empresa, o en su caso, un empleador respecto de este sensible tema.

Finalmente nos ocuparemos, una vez delimitado el contexto y el contenido propicio para fijar la pertinencia de tales medidas, de estudiar las formas y medios de protección de los trabajadores en caso de vulneración arbitraria o discorde a los principios que informan nuestro Ordenamiento, viéndolo desde un contexto tanto histórico como actual de las formas de resguardo de todo derecho fundamental ligado a la figura del trabajador.

En suma, nuestro estudio intentará establecer la necesidad actual de estas medidas de control a la luz del análisis crítico de cada uno de los aspectos que inciden en esta problemática. Luego, mediante un depurado estudio de las doctrina y legislación aplicable en la materia, dar el contexto general y específico para salvaguardar los intereses de cada uno de las partes en conflicto, llevando a un análisis pormenorizado –y a modo de ejemplo- de esta regulación en caso de una gran empresa nacional. Con todo, dilucidar este tema y dar respuestas definitivas a este caso será nuestra ocupación principal y el claro objetivo de este trabajo.

CAPÍTULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES DENTRO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

1.1.- Derechos Fundamentales: Antecedentes generales

La idea de Derechos Fundamentales nace junto con el Estado moderno como una forma de regular y limitar el actuar de los sistemas políticos y los ordenamientos jurídicos imperantes buscando definir un actuar legitimado del Estado frente a todos los ciudadanos.

Cuando hablamos de derechos fundamentales hacemos alusión a un concepto que se ha ido moldeando con el correr de los años y del devenir social, en dónde se buscó etimológicamente un término que abarcara lo concerniente al reconocimiento de los Derechos Humanos y, a su vez, incluyera los contenidos de aquellos catálogos referentes a derechos económicos, sociales y culturales que fueron “apareciendo” como forma de amparar los diferentes ámbitos del quehacer de un individuo, y que por cierto, merecían el reconocimiento expreso del Poder Estatal. En este sentido, el autor español Gregorio PECES-BARBA intenta una sagaz definición al señalar que “los derechos fundamentales pueden comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto **una moralidad básica como una juridicidad básica**”¹.

¹ PECES-BARBA, Gregorio y otros. *Curso de Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999. Pp. 37. [El destacado es nuestro]

Bajo tal premisa, podemos concluir, que los derechos fundamentales aparecen como un sistema de valores inmanentes a todos ordenamiento jurídico, dotando a la normativa presente en cada Estado de un contenido moral básico, un contenido axiológico mínimo que establece un piso y configura límites para el actuar de los individuos y organismos desenvueltos en el devenir social.

Este contenido axiológico, como mencionamos, permea a todo el sistema jurídico, y en nuestro caso particular, al ordenamiento jurídico laboral. Se agregan a las diferentes ramas del Derecho influencias provenientes desde los denominados “derechos sociales” y que irrumpieron durante el siglo pasado de manera avasalladora, situación a la que no queda ajena el Derecho del Trabajo, que dicho sea de paso, comienza su “*constitucionalización*”²

Luego de este marco específico, existen derechos constitucionalmente amparados que protegen y definen los márgenes de acción tanto del empleador y del trabajador, como se ha mencionado en el acápite anterior. En este sentido, si diferenciamos las actividades y características tanto de empleadores como de trabajadores, daremos cuenta de la existencia de derechos fundamentales de diferente naturaleza que abogan por la actividad realizada por unos o por otros.

Al referirnos al empleador, existen dos derechos fundamentales que asisten su actividad. Por un lado lo dispuesto en el artículo 19° N° 21 en cuanto la libertad para ejercer cualquier actividad económica; y por otro, lo dispuesto en el artículo 19° N° 24, en tanto el Texto Constitucional protege y ampara el Derecho de Propiedad –sin distinguir sobre bienes corporales o incorporales-, y que dice relación directa sobre el uso, goce y disposición de lo atingente los medios productivos de los que se vale para el desarrollo de su actividad.

² LANATA F., Gabriela. *Contrato Individual de Trabajo*. Editorial LexisNexis, 1era. Edición, 2006, Santiago, pp. 28.

Estos, en definitiva, enmarcarán las facultades de orden y dirección del empleador, o en términos más específicos, la **Potestad de mando** de éste frente a sus trabajadores. Se le brinda así el marco normativo propicio para decidir, implementar y sostener políticas de administración para el correcto desarrollo de la actividad propuesta por empleador de acuerdo a los fines que mediante dicha actividad busca en tanto el devenir empresarial.

Por su parte, al definir –dentro de esta relación laboral- los derechos que amparan al trabajador, debemos hacer una nueva distinción de acuerdo a las tendencias doctrinarias que se han impuesto en el último tiempo, separando por un lado los derechos fundamentales propios a toda relación de trabajo, de aquéllos que representan los **derechos fundamentales inespecíficos**³ o también denominados **derechos ciudadanos dentro de la relación laboral**, los que pasaremos a revisar a continuación:

1.2.- Derechos Fundamentales Laborales

Por antonomasia, los derechos que asisten a todo trabajador están contenidos en el artículo 19° N° 16 de la CPR. Este numeral asiste a los trabajadores en dos temas fundamentales, a saber: la libertad de optar por cualquier tipo de trabajo y el derecho a no ser discriminado de los mismos sino por las *aptitudes* propias del trabajo ofrecido⁴; y por otra parte, amparando el derecho de sindicación y la libertad asociativa en el marco de la relación laboral.

³ MELIS VALENCIA, Christian. *Derecho de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica*, recurso electrónico en http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf, pp. 2.

⁴ Señala el artículo “capacidad o idoneidad personal”, salvando el requisito de nacionalidad para cuando corresponda.

De acuerdo a lo anterior, el numeral citado va en directa regulación de materias acotadas dentro de la relación laboral, asegurando el uso y goce de ciertas libertades asociadas a la etapa previa al trabajo y la consecución de actividades gremiales posibles dentro de la actividad sindical.

1.2.1.- Derechos Fundamentales Inespecíficos.

En este caso, el marco de protección al trabajador se amplía considerablemente como efecto de establecer la preeminencia de los derechos fundamentales incluso dentro de las relaciones entre privados. Para el caso que nos convoca, este efecto se denomina, “Derechos ciudadanos dentro de la empresa” y dice relación con la figura de la **vinculación directa** o “**efecto horizontal**” de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral.⁵

Se les da el carácter de “inespecíficos” toda vez que atañen al trabajador no en relación a sus labores dentro de la relación de trabajo, sino en cuanto persona. Se traslada la protección, entonces, a todo ámbito incluyendo la esfera que nos convoca. Sergio GAMONAL señala a este respecto que “cuando nos referimos a la ciudadanía en la empresa no hablamos de estos derechos fundamentales laborales propiamente tales, sino de aquellos derechos que tiene el trabajador como ciudadano, derechos civiles y políticos que, en cierta forma, quedaban disminuidos en la relación de trabajo, ya sea por necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador (reconocida expresamente en la legislación por medio del binomio ‘poder de

⁵ LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José. *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998. pp.156.

dirección/subordinación')⁶. Dicho lo anterior, a modo ejemplar podemos citar el siguiente catálogo:

- a) Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (Artículo 19 N° 1);
- b) Derecho a ser tratado de manera igualitaria o prescripción de toda discriminación arbitraria; o Derecho a la Igualdad (Artículo 19 N° 2);
- c) Derecho a la Honra e Intimidad (Artículo 19 N° 4);
- d) Libertad de conciencia, culto o credo (Artículo 19 N° 6).

Con el fin de justificar la extensión de la protección jurídica en razón de estos derechos no *propriamente* laborales, es que debemos referirnos al necesario contexto en que se fue gestando la teoría antes enunciada, y que responde a la evolución de los grupos sociales frente a un sistema económico y político desarrollado desde la revolución industrial hasta nuestros días.

1.3.- Derechos fundamentales como garantías efectivas

1.3.1.- Contexto histórico.

Durante el siglo XIX se consolidó en materia constitucional la teoría acuñada por JELLINEK sobre la existencia de derechos públicos subjetivos, que a su vez se definían como “el haz de facultades [que poseen los privados] frente al Estado que

⁶ PLANET S., Lucía. *Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el mobbing en Chile*, en: Revista Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, N° 1, 2010, pp. 103.

constituyen sus derechos fundamentales, y que éste [el Estado] auto limita su poder en función de ellos. Así, tales derechos sólo pueden oponerse frente al Estado, que es por lógica, el único sujeto pasivo⁷.

Esta versión tradicional de concebir los derechos fundamentales sentó las bases de la comprensión moderna de la legitimidad del Estado. A saber, este sistema comprendía dos variables. Por un lado, y como mencionamos, establecer esa gama de derechos como derechos subjetivos cautelares del interés del sujeto legitimado, en este caso, el ciudadano, y cuyo destinatario era precisamente el Estado. Esta visión, materialmente representan los “límites a la intromisión estatal en la esfera de autonomía de los individuos, fundados en la dignidad inherente al ser humano y en la expectativa de éste de buscar su propia felicidad.”⁸

Bajo este prisma jurídico, que se impuso hasta mediados del siglo XX, los derechos fundamentales sólo podían ser entendidos como garantías de los ciudadanos frente al Estado. De esta forma, se cristaliza la eficacia de los mismos como una relación absolutamente **vertical**.

Por tanto, el único sujeto obligado a respetar las garantías constitucionales era el Estado, sus órganos y servicios en cuanto incidieran en la vida privada de los ciudadanos, resguardando a éstos del poder estatal.

Sin embargo, y como mencionamos, durante la última mitad del siglo pasado, esta teoría de los derechos públicos subjetivos fue dando paso a un sistema integral

⁷ GAZMURI, R. Consuelo. *Los derechos fundamentales en la empresa; algunas perspectivas de género*. 2004, pp. 18. Recurso electrónico disponible en: www.dt.gob.cl/1601/w3-article-71195.html

⁸ MARSHALL B., Pablo. *El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución*. En: *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2010, pp. 44. Recurso electrónico disponible en: http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_2.pdf

que incluía y protegía a toda persona incluso en las relaciones entre privados, dando un nuevo paradigma jurídico: la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

1.3.2.- Efecto Horizontal de los Derechos Fundamentales.

Habiendo contextualizado los lineamientos clásicos del derecho constitucional en materia de derechos fundamentales, resta hacer una referencia a la doctrina imperante desde mediados del siglo XX en adelante, y que como mencionamos al cerrar el acápite anterior, se denomina como *efecto horizontal* de los derechos fundamentales, definición lograda en contraposición a la doctrina antes imperante.

Cuando hablamos de la *horizontalidad* de tales derechos nos referimos a la objetivación de su contenido en cuanto no sólo importan un límite a la actividad estatal, sino que también operan [los derechos fundamentales] como “componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico”⁹. Esta dimensión objetiva se establece, entonces, como el reconocimiento de valores objetivos que se impone al Estado como mandatos de actuación y deberes de protección respecto a todos los destinatarios de la Constitución, ya sean públicos o privados¹⁰.

Luego, esta perspectiva incluye un efecto *expansivo* de los derechos fundamentales, adhiriendo a la idea de que éstos son valores societarios y por ende, concurren ante toda relación de individuos. Bien señalaba John Stuart MILL que “no se

⁹ ANZURES G., José. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 22, enero-junio de 2010, pp. 12. Recurso electrónico disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf>

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 13 en relación al silogismo propuesto por Robert ALEXY al referirse al contenido objetivo de los derechos fundamentales.

puede llamar libre a una sociedad, cualquiera que sea la forma de gobierno, si estas libertades [en nuestro caso, derechos fundamentales] no son respetadas en su totalidad; y ninguna será completamente libre, si en ella estas libertades no están absolutas y plenamente garantizadas”¹¹.

Como mencionamos previamente, esta conceptualización ha sido una construcción doctrinaria que se fue desarrollando desde mediados del siglo XX. Nacen estas ideas principalmente en la doctrina y jurisprudencia alemanas durante el segundo lustro de la década de los 50, acuñando a su respecto el término ***Drittwirkung der Grundrechte***, que no es sino el efecto de *Constitucionalizar* las relaciones de derecho privado, denotando que el catálogo de derechos fundamentales será siempre antecedente necesario ante cualquier ámbito en el que se desarrolle un ser humano, ya sea ante o frente la Administración Pública, sea dentro de las relaciones netamente privadas¹². En otras palabras: actuando de manera inmediata como derechos subjetivos incondicionales¹³. Claro es en este sentido Carlos PEÑA, quién al tratar sobre este concepto indica que este principio “*como la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de sus relaciones privadas los derechos subjetivos públicos [...]”¹⁴.*

La sujeción a los derechos constitucionalmente protegidos dentro de estas esferas –históricamente- privadas, nace, además, con la irrupción del *Estado Social de Derecho*¹⁵ en donde se pretende alinear los conceptos de libertad *jurídica* con el de

¹¹ MILL, John. *Ensayo sobre la Libertad*. Ediciones Mestas, Madrid, 2006. Pp. 28.

¹² Ob. Cit. MELIS, pp. 3. En el mismo sentido LIZAMA Y UGARTE Ob. Cit., pp. 157.

¹³ Ob. Cit. LIZAMA y UGARTE citando a Gloria Rojas, pp. 157.

¹⁴ *Ibíd.* [El destacado es nuestro]

¹⁵ Entendemos por Estado Social de Derecho aquel en el que valiéndose frecuentemente de técnicas provenientes del Estado de derecho, se promueve la consecución de una igualdad y libertades reales y efectivas para los individuos y los grupos que estos integran. Ob. Cit. ANZURES, pp. 10.

libertad real en pos de asegurar a todos los hombres un trato igualitario, debidamente protegido. En otras palabras, en donde el concepto de *igualdad* permee todo el sistema jurídico, dando un marco normativo uniforme, conforme a los derechos y obligaciones centrados en los Derechos Fundamentales que todo Estado Constitucional provee en sus respectivas Cartas¹⁶.

Luego, este ámbito de protección *extendido* no resulta baladí en un sistema Político y Económico que marca el devenir de la gran mayoría de las sociedades en el mundo, dada la existencia de núcleos o *centros* de poder conformados por privados y en los cuáles no existe intervención Estatal, pero que no obstante esto, y al relacionarse y vincularse directamente con las personas naturales pueden dar lugar a la limitación de ciertas garantías y libertades. Existe *a priori* dentro de dichas relaciones antecedentes de desigualdad en cuanto las condiciones con las que se presentan unos u otros al momento de enfrentarse y vincularse. Ante este tipo de situaciones –la actividad empresarial, por ejemplo-, nace la necesidad de resguardar derechos ciudadanos mínimos, ampliándose –como mencionábamos- los destinatarios pasivos de los límites impuestos por las Garantías Constitucionales enunciadas.

A grandes rasgos, ese ha sido el desarrollo doctrinario que ha brindado el contexto en el cual ha nacido y aplicado el efecto *horizontal* de los derechos y garantías constitucionalmente protegidos. Ahora, nos cabe dilucidar si nuestro ordenamiento jurídico ha hecho eco de esta situación, extendiendo el catálogo de derechos fundamentales y su ámbito de protección –como se ha indicado- a las relaciones entre privados, y en particular, de acuerdo al tema que nos convoca, dentro de la relación de trabajo.

¹⁶ Ob. Cit. MELIS citando a Juan María BILBAO U., pp. 4.

1.4.- Recepción normativa del efecto horizontal de los Derechos Fundamentales en Chile.

Nuestra propia doctrina no se ha mantenido ajena a esta discusión, toda vez que se indica la pertinencia y aplicación de este efecto *horizontal* de los derechos constitucionales en ámbitos que escapan de la esfera del Derecho Público. Así ha sido postulado por NOGUEIRA, PFEFFER Y VERDUGO, citado por LIZAMA Y UGARTE¹⁷, y recogido a lo largo de nuestra doctrina de acuerdo al análisis de dos normas constitucionales en particular.

Además de situar esta condición mínima y necesaria como efecto propio de la búsqueda de protección que establecen los Derechos Fundamentales, las razones esgrimidas no sólo se constatan como una fórmula de interpretación o aplicación doctrinaria, sino que se esgrime a este respecto los motivos de texto por el cual podemos y debemos entender la eficacia horizontal de dichas garantías.

A este respecto se señala, en primer término, lo dispuesto por el artículo 6° de la CPR el que establece: *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme ella, y garantizar el orden constitucional de la República”*, para señalar en el inciso segundo: *“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo”*¹⁸.

Sin entrar en análisis exhaustivos, bastará atenerse a lo literal del artículo citado estableciéndose la vinculación que hace la Constitución en tanto los mandatos contenidos en ella extensibles no sólo a los órganos del Estado y a sus funcionarios, sino que a *“toda persona, institución o grupo”*. Creemos, entonces, que del sólo tenor

¹⁷ Ob. Cit. LIZAMA Y UGARTE, pp. 158. En el mismo sentido MELIS, Ob.cit, pp. 6.

¹⁸ El destacado es nuestro.

literal del artículo en comento podemos vislumbrar –con meridiana claridad- el efecto expansivo del derecho constitucional hacia esferas que escapan a la mera Administración Pública, recogiendo expresamente la doctrina del *Drittwirkung der Grundrechte* en nuestra legislación.

Pero no es el único artículo que esboza los lineamientos en esta materia. Redunda en dicha conclusión lo dispuesto en el artículo 20, que indica los términos, oportunidad, legitimidad y causales previstas por el Constituyente para el ejercicio de la Acción Constitucional de Protección. De acuerdo a lo señalado por los profesores NOGUEIRA, PFEFFER Y VERGUDO¹⁹, de acuerdo al tenor del mismo articulado es posible advertir que las acciones u omisiones ilegales que le dan cuerpo a esta acción pueden provenir de entidades, órganos, autoridades o funcionarios públicos, como también de privados. Esta conclusión principia en que el texto del artículo no distingue el sujeto pasivo propio de esta acción. Luego, indagando en la historia de la norma, según se indica en la sesión 214 de la comisión de Estudio para la nueva Constitución, cristaliza estas conclusiones en los términos de los abogados Enrique EVANS y Enrique ORTÚZAR, señalando este último que: “*Si no se dice nada, se entiende que naturalmente puede tener [la acción de protección] lugar cualquiera que sea el origen de la perturbación o de la prohibición*”. Con esto se fija el sentido de la norma, refutándose –como señalamos- lo prescrito en el artículo 6° del mismo cuerpo normativo.

Bajo estas consideraciones de texto, sumados a la doctrina nacional imperante en la materia, debemos necesariamente concluir que los Derechos y Garantías establecidas en la Constitución Política de 1980 se extienden a ámbitos ajenos a las relaciones de Derecho Público, concatenándose una suerte de efecto horizontal que permea otras esferas jurídicas, como lo son las diferentes formas en que se regulan las relaciones entre privados.

¹⁹ Ob. Cit. MELIS, pp. 6

Luego, la aceptación de la teoría enunciada en estos párrafos, como actividad garantista busca en términos genéricos –tal como se comentó algunos párrafos atrás– dotar de un sentido igualitario a los diferentes actores sociales. Límites para unos y garantías para otros. Esa *Igualdad* debe mantenerse como un piso mínimo e irreductible. Entender cómo se propaga, extiende y, finalmente, protege esta igualdad será el tema que desarrollaremos a continuación.

1.5.- Cristalización del principio de igualdad y no discriminación

1.5.1.- Reflexiones sobre el Principio de *Igualdad*.

Acabamos de enunciar que el proceso de recepción de derechos constitucionales *inespecíficos* dentro de las relaciones de derecho privado hacía referencia al cambio de paradigma en torno a la forma de concebir el Estado, del rol del mismo y de cómo grupos históricamente regulados por dichas normas [derecho privado] iban dotándose a sí mismos de poder, que a su vez se reflejaba en la posibilidad de estas entidades “no públicas” pudieran coartar las diferentes libertades inherentes o reconocidas a toda persona natural, y lo que era aún peor: fuera de la protección y autolimitación propia de la Autoridad Pública.

Esa incidencia de lo privado y su poder en la esfera de protección del ser humano, motivó, entonces, a interpretar y aplicar las garantías constitucionales desde el ámbito del *derecho a la Igualdad*. Bajo este criterio tomar las libertades propiamente jurídicas y trasladarlos a la esfera del devenir social contingente, de hacerlas “reales” y con esto, de lograr una tutela jurídica efectiva de las garantías de toda persona. En términos de Gregorio PECES-BARBA “*En una primera aproximación podríamos decir que la igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y*

*en contribuir a la seguridad jurídica con la satisfacción de necesidades a quién no puede hacerlo por su propio esfuerzo*²⁰. Clarifica luego este primer esbozo el autor español, que será entonces su función el ser un principio de organización y fundamento de los derechos, dando a la libertad el valor esencial del mismo²¹. En definitiva, será la igualdad un principio rector de la conformación y organización de toda sociedad, y en este sentido, permeando a todas las instituciones jurídicas y propiciando la protección a *todo evento* de las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos.

No obstante este primer esfuerzo conceptual hay que señalar que en torno a la definición de este principio obra una multiplicidad de acepciones y está asociado a varios tipos de interpretaciones. A este respecto, señala Agustín SQUELLA que “*no hay un concepto de igualdad, sino varios, incluso cuando la palabra en cuestión es usada sólo por referencia a las personas y al derecho*”²². Entonces esta multiplicidad podrá verse como un primer obstáculo a la hora de entender y reflexionar sobre la igualdad en nuestros sistemas jurídicos. Ante esto, será una doble definición la que – ajustando y aunando esas múltiples voces- nos dará luces definitorias para el tema que nos convoca, y que han sido recogida y refrendada por la doctrina extranjera y nacional: (i) igualdad en la ley; e (ii) igualdad ante la ley, conceptos que pasamos a tratar someramente a continuación.

Respecto de la igualdad en la ley entenderemos el concepto más básico y primitivo del concepto de igualdad, asociado a las revoluciones políticas y jurídicas allegadas al proceso de la Ilustración y el nacimiento del Estado moderno. En tal sentido la *igualdad ante la ley* combinará dos elementos básicos que se entrelazan: la

²⁰ Ob. Cit PECES-BARBA, pp. 283.

²¹ *Ibíd.*

²² SQUELLA N., Agustín. *Conceptos de Igualdad*, en: Anuario de Filosofía Jurídica. Editorial Edeval, Valparaíso, 1993. Pp. 424.

capacidad de toda persona de poder ejercer sus derechos bajo el prisma de que la ley es general y aplicable a todos. Es evidente que se mira la formalidad antes que el contenido de este vital precepto.

En cambio, cuando nos referimos a la ***igualdad ante la ley*** –atingente al tema que nos convoca en este estudio- se adentra en las *entrañas* del contenido axiológico ligado al concepto de *Igualdad*. A su respecto podemos indicar que la construcción ideológica del mismo descansa en el significado de ésta; en tratar a todas las personas como iguales como imperativo de carácter ético. Prescribe, entonces, qué vamos a definir por igualdad y cómo vamos a aplicar este principio a todos sus destinatarios.

¿Qué importancia práctica puede tener definir el bien jurídico *Igualdad* para efectos del estudio que nos hemos propuesto desarrollar en estas líneas? La respuesta es sencilla: cuando planteamos la necesidad de determinar qué será un trato igualitario para todas (o la mayoría) de las personas, tendremos que situarnos en aquellas instancias en las cuáles habrá que justificar “desigualdades” en casos concretos. Hacernos cargos del contenido nos llevará a definir cuándo es posible y sustentable hacer distinciones entre personas o grupos específicos. En definitiva, saber cuándo, cómo y bajo qué argumentos se podrá dar un trato diferenciado sin dejar de observar las garantías que informan todo nuestro sistema jurídico; o en otras palabras: cuando podrá diferenciarse sin caer en discriminación arbitraria.

El sentido de *Igualdad* propuesto en el párrafo anterior incide en el concepto de *justicia material*²³, la que a su vez funda aquellos criterios que se han determinado como propicios para formular criterios de discriminación. Ante esto último, toda vez que existen instancias en las cuáles procedería discriminar basados en determinados y fundados criterios, básicamente bajo la máxima platónica de “*Hay que tratar igual a lo igual y desigual lo desigual*” que si bien tautológica dio las pautas para la concreción de

²³ Definida por oposición al concepto de *justicia formal*, y por ende, asociada al concepto de justicia aplicada al caso concreto.

principios discriminatorios generales que, mediando un desarrollo doctrinario, han permitido establecer diferencias justificadas entre personas o grupos de personas específicos. Es este intento por aplicarlo bajo la perspectiva constitucional actual lo que cambia el enfoque en el concepto de igualdad, y lo traslada a la óptica de que ese trato desigual debe ser fundado y alineado a fundamentos que sean tolerables por el sistema garantista. En otras palabras, “bajo el rótulo de principio de igualdad ante la ley se encuentra un precepto con un contenido prescriptivo múltiple: que ordena igualar, permite distinguir y prohíbe discriminar [arbitrariamente]”²⁴

1.5.2.- El Principio de *No Discriminación*.

La proscripción de la discriminación –entendido como diferenciaciones arbitrarias sin sustento- es una línea que se cruzó en todas las legislaciones sin punto de regreso. Así lo informan los sistemas jurídicos desde las Cartas Fundamentales hasta las legislaciones especiales, lo que no hace excepción a nuestro propio ordenamiento jurídico. En el mismo sentido sendos acuerdos y tratados internacionales, como lo son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en la materia que nos ocupa, el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (1958) que regula esta materia en específico. Ambos, dentro de otros catálogos internacionales han influido de manera directa o mediata la generación de normas antidiscriminatorias.

Respecto de este último instrumento internacional se define discriminación como “[A los efectos de este convenio], el término **discriminación** comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que **tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la**

²⁴ Ob. Cit. LIZAMA Y UGARTE, pp. 197.

ocupación²⁵. Será entonces elemento vital para considerar, en líneas posteriores la forma de justificar los criterios de discriminación, y en particular, como informa al Derecho Laboral en este mismo tópico.

No bien haber señalado lo anterior, resultará clave distinguir entonces qué conductas o actos *a priori* discriminatorios –a la luz de la Constitución y su sistema garantista, de los tratados y leyes específicos- podrían ser tolerables en un Estado de Derecho como el nuestro, en donde la eficacia de dichas normas son inmanentes a todo el ordenamiento. Por ende, los motivos que se tengan para entender lo desigual y el trato diferenciado que deberá darse procederá en la medida que tengamos los argumentos y razones (justificaciones) para que el sistema tolere –como fue indicado- dichas medidas. Cómo ponderar estas diferencias de trato, es lo que desarrollaremos de manera somera a continuación con el fin de no dilatar nuestra misión en este informe, con especial cuidado de acercarlo a la legislación nacional vigente desde el ámbito constitucional hasta la normativa especial que enmarca las relaciones laborales.

Así tenemos que el trato *desigual* importará una forma de discriminación. Sea esta tolerable o no por el sistema jurídico, significará a su vez, si el criterio para marcar dichas diferencias es conforme a ley o lisa y llanamente ilegal o arbitrario.

Ahora bien, la misión es descifrar cómo un sistema jurídico ampara estas distinciones. Cuáles son los criterios para hacerlo, y de esos criterios cuál es el que responde al ordenamiento jurídico nacional para entender así en qué momentos es posible coartar una libertad o constreñir un derecho sin tener consecuencias jurídicas que importen un reproche mediante los sistemas de protección vigentes, es nuestro fin determinar.

Siguiendo la doctrina moderna, ésta da dos formas –atendiendo a una generalidad de ordenamientos jurídicos- de entender los criterios de diferenciación: por

²⁵ Convenio N° 111 de la OIT, 1958. Artículo primero.

una parte un sistema de justificación basado en la *razonabilidad* de la diferenciación a practicar, impartiendo criterios objetivos y fundamentados para tales efectos; y por otra parte, y como sistema diverso de justificación, tenemos el de **clasificación sospechosa**²⁶, el que impone de manera expresa –a diferencia del primer sistema enunciado- en los diferentes textos legales, aquellos criterios que no son admisibles para generar diferenciación entre los destinatarios de tales normas. Así tenemos para este método, por antonomasia, que criterios como la etnia, sexo o religión no son a primera vista tolerables para aptos para generar un trato diferenciado. En suma, este criterio de clasificación sospechosa impone una ilicitud *a priori* ante los tratos desiguales sobre los temas que generan sus propios catálogos. Así, podríamos decir que existe una verdadera presunción de ilegalidad cuando, por los motivos que sean pertinentes, se actúa diferenciando de acuerdo a dichos tópicos.

Establecer la preeminencia de uno u otro sistema de distinción llevará, indefectiblemente, a trazar consecuencias jurídicas de naturaleza diversa. Si tenemos un sistema jurídico en el cual las distinciones o limitaciones a ciertas garantías se basan únicamente en aplicar criterios objetivos y razonables, la carga argumentativa será menor para aquél agente que pretenda establecer un trato desigual. Por el contrario, en el caso del segundo sistema enunciado, la posibilidad de constreñir ciertos derechos y garantías personales asociadas a los criterios que cada sistema enumere como sospechosos tendrá necesariamente que desarrollar una argumentación que supere y desvirtúe esa presunción de ilegalidad. En este sentido, podríamos señalar, que existe una desconfianza previa a toda actuación que importe distinciones en base a los criterios tomados en consideración por el Constituyente o el Legislador en su caso.

²⁶ Cabe señalar que respecto de este criterio, existe a su vez una subdivisión: un criterio de clasificación sospechosa “cerrado” o “puro” en dónde el catálogo de *prohibiciones* se determina con precisión en los textos legales respectivos (v. gr. Convenio N° 111 de la OIT), y un criterio de clasificación sospechosa “abierto”, y que a diferencia de la anterior, enuncia precisamente la conducta tolerable al momento de discriminar. En otras palabras, define *positivamente* qué puede ser admitido como diferenciación legítima (v. gr. Artículo 19 N° 16 Constitución Política de la República).

1.5.3.- Principio de No Discriminación en el Derecho del Trabajo

Dentro de las consideraciones que nos ocupan, y habiendo tratado a rasgos generales la forma de concebir el principio de igualdad y de no discriminación, debemos ir acotando nuestras reflexiones en torno al marco jurídico que nos compete, y que es precisamente el respeto por el principio referido dentro de las relaciones laborales. Desde el acceso al empleo, hasta la desvinculación de las partes pertenecientes a dichas relaciones.

Como señalamos al comienzo de esta investigación, la vinculación de las empresas o empleadores con los particulares reseñan desigualdades evidentes en tanto el poder de decisión e influencia que pueden tener los primeros sobre los últimos. Así, en el campo de toma de decisiones, podría el empleador (o futuro empleador) aplicando el poder (privado, si así pudiésemos llamarlo) implementar o sostener medidas –bajo su conveniencia y la de su actividad- que impliquen formas de discriminación.

Esta discriminación – a modo ejemplar- podría darse en las distintas etapas de la relación laboral. Así, impedir de una u otra manera el acceso libre al trabajo imponiendo medidas restrictivas a la contratación; o bien con ocasión del trabajo (una vez existente el vínculo jurídico entre estas partes) establecer normas y regulaciones que escapen a lo informado por el sistema jurídico; como también y en último punto, cómo puede darse luego de terminada la relación laboral configurarse acciones arbitrarias, como lo sería la vulneración de ciertas garantías al momento del despido. De este análisis nos ocuparemos a continuación ciñéndonos a la legislación nacional vigente en esta materia.

1.6.- Recepción del principio de igualdad y no discriminación en el derecho chileno.

Por cierto que el derecho nacional no ha estado ajeno a esta construcción, toda vez que como señalamos ha adoptado desde la Constitución de 1980 ciertas tendencias doctrinarias modernas, dentro de la que se adscribe precisamente al contenido axiológico del principio de igualdad, y por ende, la proscripción a discriminaciones de carácter arbitrarias o ilegales, en su caso.

A este respecto debemos señalar que las normas constitucionales –sin perjuicio de los tratados internacionales ratificados y vigentes en nuestro país- nos dan a entender dos perspectivas para la aplicación del principio de igualdad, y a su respecto, para establecer los criterios de *tolerabilidad* de la discriminación. Dando la regulación normativa en materia laboral un giro a la regla general- contenida en el artículo 19 N° 2 de la CPR-, debemos hacer mención, entonces, a cada una de estas situaciones, como sigue.

1.6.1.- Igualdad y criterio de justificación razonable: Regla general del ordenamiento jurídico nacional.

Como enunciamos, nuestro ordenamiento jurídico –salvo situación especialmente regulada- señala un sistema de diferenciación asociado a justificaciones objetivas y razonables.

Así se desprende del texto contenido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de 1980²⁷. La clave para determinar el criterio referido, está en el último inciso de la norma, al señalar que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”. Para José Luis CEA, esta prohibición final tiene dos consecuencias importantes: por una parte la Constitución Política de la República aplica el sentido axiológico de igualdad, adscribiendo al modelo de *igualdad ante la ley* (ya latamente referido); y por otra parte, se deriva de la misma (prohibición) que el criterio diferenciador impuesto por esta norma admitirá la aplicación de distinciones toda vez que ellas no importen arbitrariedades. Ante esto, señala textual que la Constitución “admite diferencias, pero sólo cuando se hallan fundadas en consideraciones razonables, plausibles, juicios, sensatas u otras ideas sustentadas en valores análogos”²⁸.

1.6.2.- Criterios de clasificación sospechosa. Regla del Derecho Laboral Chileno. Una innovación doctrinaria.

El sistema referido en este subtítulo genera una innovación dentro de la doctrina internacional en la materia. Las fuentes de este sistema de diferenciación los tenemos en la Constitución Política de la República (artículo 19 N° 16), en el Convenio N° 111 de la OIT, y en el artículo 2° del Código del Trabajo.

Las normas señaladas, pese a su naturaleza jurídica diversa, propenden al mismo fin: señalar qué criterios son considerados intolerables al momento de distinguir.

²⁷ Artículo 19 N° 2. *La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

²⁸ Ob. Cit. LIZAMA Y UGARTE, pp. 227.

Ahora bien, la innovación doctrinaria antes referida radica en la existencia de un criterio de clasificación sospechosa diferente, señalado por LIZAMA Y UGARTE²⁹, denominado “abierto”.

La conclusión arribada en el párrafo anterior no es baladí. Por un lado la normativa constitucional impone un sistema “abierto” de clasificación, toda vez que señala una definición *positiva* de lo que será considerado discriminación: sólo podrá discriminar [a un trabajador] basado en su capacidad o idoneidad personal para la labor solicitada. En cambio, las dos normas restantes prescriben un sistema de clasificación sospechoso cerrado, catálogo negativo de prohibiciones por las cuáles no podrá discriminarse dentro de las relaciones laborales. La eventual disyuntiva de cual norma aplicar se decidirá por un criterio netamente jerárquico. Siendo todas las normas de carácter específico, atendemos a la conclusión arribada por ambos autores, y por lo mismo, dando la preeminencia a la norma Constitucional como forma de permear todo el sistema jurídico, imponiendo su criterio.

Ante esto, sostenemos que la base normativa nacional, entonces, establece un criterio de clasificación sospechoso **abierto**. La consecuencia de esto tiene directa relación con el tema propuesto en este estudio, y que dice relación que sólo podrá discriminarse a un trabajador siempre que sus características personales y/o idoneidad no sean compatibles para el cargo en cuestión.

Ergo, en un primer momento, el consumo de alcohol y drogas no tendría valor para diferenciar el trato entre los trabajadores en cualquiera de las etapas de la relación jurídica laboral. Es por este motivo que razones ligadas a exámenes físicos para la obtención de muestras positivas de consumo de alcohol o drogas no serán efectivas como criterios discriminatorios en el caso que escapen a determinar –para casos específicos de acuerdo a la labor desempeñada- idoneidad o capacidad personal del trabajador.

²⁹ Ob. Cit. LIZAMA Y UGARTE, pp. 237

1.7.- Corolario: Derechos fundamentales y su incidencia en el derecho laboral chileno

Habiendo definido la incidencia de los Derechos Fundamentales y su vinculación directa a todo el sistema jurídico, queda concluir en este acápite lo referido a su incidencia en las relaciones laborales chilenas, a modo de conclusión simple de lo que hemos tratado en este primer capítulo.

Dejamos constancia de que dicha vinculación o **efecto horizontal** es una regla superior e inmanente a toda legislación positiva nacional basada en los preceptos contenidos en el principio de Igualdad. De esta igualdad, nace la necesidad de dotar a personas naturales de modos efectivos de protección frente al *Poder*, concepto que como vimos, no se representa únicamente en la Autoridad Administrativa y Política de este país, sino que con el devenir de un sistema capitalista, se ha instalado en esferas privadas que también pueden, eventualmente, limitar las libertades, derechos y garantías asociadas a todos los hombres y mujeres.

Dicho principio de Igualdad, como indicamos, redundando explícitamente en el requerimiento legal de no discriminación arbitraria. Habiendo entonces explicado en qué consistía este comportamiento y cómo se debe aplicar en nuestra legislación, no resta más que concluir que la efectividad de los derechos fundamentales asociados al trabajador son una garantía que debe respetarse bajo la generalidad de los ámbitos, y dónde las relaciones propias del derecho laboral no son excepción.

Luego, esto no debe entender como un desmedro absoluto a aquellas garantías que explícitamente se le conceden al empleador. No es consecuencia ni lógica ni necesaria. Con todo, será una suerte de *frenos y contrapesos* los que tomarán partido en esta relación, mediando comportamientos apegados a la normativa. Así, el **Poder de Dirección** o **Potestad de Mando** inherentes al empleador se verán limitados, pero

no abolidos por estas consideraciones³⁰, ya que de otra forma sería anular garantías y derechos constitucionalmente reconocidos a favor de éste, estableciendo una preeminencia absoluta y arbitraria de las libertades propuestas para el trabajador en desmedro del empleador.

Será, entonces, la labor interpretativa de la Dirección del Trabajo, la que mediando sendos Dictámenes ha señalado la manera en que conviven ambos estatutos jurídicos, aceptando dicha vinculación directa de los derechos fundamentales ligados al trabajador, sin dejar de lado la posibilidad del empleador de limitarlos en pos de la actividad propia de éste, de sus intereses y fines.

1.7.1.- La Dirección del Trabajo y jurisprudencia administrativa: Interpretación, aplicación y límites de los Derechos Fundamentales en la relación del trabajo. Reconocimiento del efecto *horizontal* de las Garantías Constitucionales.

Ha sido sin lugar a dudas la labor de la Dirección del Trabajo en su función interpretativa de las normas laborales la que nos ha permitido recabar la mayor cantidad de conclusiones afines al tema que nos ocupa.

En tal sentido, la autoridad administrativa ha dictado sendos dictámenes³¹ en orden a establecer el sentido, aplicación y límites de los Derechos Fundamentales:

³⁰ Así lo señala de manera perentoria el artículo 5° del Código del Trabajo al señalar que “El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores [...]”

³¹ Así tenemos: ORD. N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002; ORD. N° 2852/0158 de la misma fecha; ORD. N° 3704/134, de 11 de agosto de 2004; ORD. N° 3416/029, de 28 de agosto de 2009; ORD. N° 2697/041, de 7 de Julio de 2009; y ORD. N° 2210/035, de 5 de junio de 2009.

aplicación y límites –como señalábamos- desde la óptica del trabajador, como también desde la actividad del empleador.

Considerando que la línea jurisprudencial de la Dirección del Trabajo se ha mantenido uniforme, baste con hacer referencia a las ORD. N° 2210/035, de 5 de junio de 2009 y ORD. N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002, que fijan los criterios a considerar por parte de la Autoridad –vinculante a toda la esfera laboral- en la materia de Derechos Fundamentales y su incidencia dentro de esta actividad.

Señala el primero de los dictámenes antes referidos que será misión del mismo revisar “[...] *el concepto de derechos fundamentales, así como la forma en que éstos penetran al contrato de trabajo, limitando bajo ciertas condiciones las facultades del empleador, para, luego, revisar aquellos derechos fundamentales que parecen, por la experiencia y su propia naturaleza, más sensibles a su lesión en el desarrollo de la relación laboral [...]*”³². Luego, y mientras discurre en una definición para los mismos indica una situación vital para efectos de nuestro estudio, citando esta vez, al dictamen N° 2856/162 ya referido, señalando que “[los derechos fundamentales] *se constituyen así en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero ‘status jurídico’ para los mismos, **irrenunciable e irreductible**. De esta forma [...] han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, **no sólo a los poderes público sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluri direccional***”³³

Así las cosas, podemos concluir que al fijar el contenido y extensión de los derechos fundamentales dentro de la relación de trabajo, la jurisprudencia administrativa ha sido clara, refutando lo que hemos señalado hasta ahora: eficacia de

³² ORD. N° 2210/035, 05.06.2009, pp. 2. Recurso electrónico disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96717.html>.

³³ *Ibíd.* [Los destacados son nuestros]

las garantías constitucionales hacia todo el espectro jurídico, y por tanto, vinculantes para todos y cada uno de los estamentos que ejercen algún tipo de poder dentro de las relaciones sociales. De hecho, este dictamen –que no es sino corolario de la enorme jurisprudencia administrativa citada- enfoca la relación de trabajo y el estatus jurídico del trabajador dentro de la tendencia moderna de “*Ciudadanía en la empresa*” en tanto la aplicación de los Derechos Fundamentales *inespecíficos* dentro de las relaciones laborales. Así redunda en las consideraciones preliminares el dictamen en análisis.

En suma, fija en primer término la aplicación de ciertas garantías constitucionales generales dentro de la relación de trabajo, reafirmando la aplicación *horizontal* de las mismas contextualizando un primer límite a la actividad del empleador: sujetarse al respeto por estos derechos irreductibles.

En el apartado III del dictamen que analizamos, se da el catálogo de aquellos derechos fundamentales inespecíficos más sensibles a lesionar por parte de la actividad del empleador, los que pasamos a enunciar de manera general. Así tenemos el siguiente catálogo:

- a) **Derecho a la dignidad humana:** será obligación del empleador respetar este derecho, en particular dando un trato digno al trabajador por parte de sus superiores. En términos de legislación laboral, se centra este respeto irrestricto a la dignidad del trabajador lo prescrito en los artículos 2° inciso 2° y 154 inciso final del Código del Trabajo. Es este derecho una de las variables insoslayables a la hora de fijar formas o mecanismos de control a la población trabajadora dentro de la empresa, y en lo específico, exámenes y pesquisas sobre los trabajadores, en particular respecto de los exámenes que en este informe nos ocupan.

Este derecho hace directa relación con la protección constitucional a bienes jurídicos como la honra e intimidad de toda persona, y en el caso concreto, al trabajador dentro de la relación laboral;

- b) **Derecho a la intimidad (vida privada) del trabajador:** a este respecto cabe consignar que además del mandato constitucional y las normas generales que fundan esta garantía, existe ley especial dictada al respecto sobre tratamiento de datos personales (Ley N° 19.628).

Este derecho debe –igualmente- ser respetado por el empleador dentro de la relación laboral, proscribiéndose cualquier tipo de injerencia de éste dentro de la esfera privada del trabajador. Así lo indica, además, los artículos 5° inciso 1° y 154 bis del Código del Trabajo;

- c) **Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada:** que en la actualidad dice relación especialmente con la existencia de diversos medios tecnológicos para la comunicación, en particular sobre el uso de correos electrónicos, quedando únicamente a disposición del empleador lo que tiene que ver con la forma en que se dará ese uso, sin poder limitar, supervisar o tener algún tipo de intervención en los contenidos vertidos en ellos, ya que eso podría vulnerar de manera dramática la garantía observada por el Constituyente.
- d) **Derecho a no ser discriminado arbitrariamente:** situación que tiene que ver directamente con nuestro estudio.

Para la Autoridad Administrativa, el concepto de discriminación tiene una vinculación insoslayable con el principio de *Igualdad*, tal como lo hemos expuesto a lo largo de este informe, haciendo suyo el análisis ya visto sobre el concepto de igualdad (*en la ley o ante la ley*) y su incidencia dentro del ordenamiento jurídico. Citando en su texto a un dictamen de la misma entidad fiscalizadora, señala que ha sido con ocasión de la relación laboral en donde la noción y concepto de discriminación ha notado un mayor desarrollo³⁴.

³⁴ *Ibid.*, pp. 12, en alusión a la ORD. N° 3704/134, de 11 de agosto de 2004.

No siendo necesario explicar el proceso intelectual que el dictamen en análisis hace respecto del principio de no discriminación, toda vez que reproduce lo que hemos ido señalando a lo largo de esta investigación, cabe citar con especial énfasis lo siguiente en relación al criterio de clasificación utilizado por nuestra legislación –a propósito de la regla contenida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución- : “*Asimismo, esta formulación abierta y ligada a la capacidad o idoneidad personal del trabajador permite encuadrar cierto tipo de conductas de control empresarial de común ocurrencia, tales como los test de drogas o alcohol, como discriminatorias en tanto no se basen estrictamente en dichos elementos -capacidad e idoneidad personal- como condicionantes determinantes, esenciales y directas de control*”³⁵.

Luego de dar este catálogo de derechos que –a la luz del análisis de este dictamen- se ven como más factibles de ser lesionados, la Dirección del Trabajo da las pautas para poder resolver los conflictos de normas o *colisión de derechos* que pudieren existir en tanto la labor del empleador frente a los derechos del trabajador. En este sentido fija el *procedimiento* que deben observar los detentadores del poder de dirección en el trabajo como forma de limitar –legítimamente- algunos derechos fundamentales del trabajador. Así, poder dirimir conforme a derecho conflictos entre normas sin lesionar el contenido de los derechos fundamentales que asisten a tales relaciones jurídicas.

1.7.2.- Principio de *Proporcionalidad*: criterio único para limitar el alcance de una garantía constitucional.

Como mencionamos al comienzo de este informe, el problema que condiciona las diferentes actuaciones del empleador –una de ellas, el establecimiento de

³⁵ *Ibíd.*, pp. 15. [Todos los destacados son nuestros]

exámenes de consumo de alcohol y drogas como medidas de control- reconoce límites en los derechos del trabajador, formándose un conflicto de normas jurídicas o *colisión de derechos* entre las libertades inherentes a la labor del empleador y las garantías propias de aquéllos.

En síntesis, las acciones que emanan del poder de dirección del empleador – constitucionalmente amparados- pueden contravenir normas fundamentales que protegen al trabajador. Uno y otros creerán estar usando legítimamente su derecho –el primero al ejercerlo; el segundo al exigir el respeto de sus garantías-, generándose esa contradicción (o antinomia). Cómo salvar esta situación, buscando resguardar intereses de ambos, y por sobre todo, manteniendo los contenidos mínimos de cada una de las normas en pugna es tratado por variada jurisprudencia administrativa, siendo el dictamen que estamos citando, un ejemplo en el cual confluye el criterio uniforme de la Entidad Administrativa.

El poder dirección o potestad de mando del empleador se identifica con aquéllas facultades de organización –administrativas y económicas- que nacen de la naturaleza de su labor, la que se ampara en la libertad de empresa y derecho de propiedad –constitucionalmente protegidos, como ya hemos señalado latamente-. Dentro de las políticas que busque éste para optimizar recursos y lograr los fines que se ha propuesto.

Pues bien, cuando los contenidos de dichos preceptos chocan sin tener la posibilidad de compatibilizarlos, estamos en presencia de una colisión de derechos, como lo mencionamos en la introducción de este informe. Ante esto, surge la necesidad de armonizar una solución conforme a una interpretación sistémica del catálogo de derechos fundamentales –y más aún- del sistema de derecho impregnado por estas formas. Ciertos bienes jurídicos deberán respetarse en este proceso, y la constricción de dicho derechos ser limitado y justificado a la luz del ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia administrativa –como señalamos pocas líneas antes- se hace cargo de esta colisión de derechos fundamentales que amparan a cada una de las partes en la relación laboral, armonizándola a su vez con las necesidades propias de todo empleador al querer delimitar los fines y alcanzar las metas productivas propuestas por él al implementar su empresa o faena, sin perder de vista que dicha interpretación debe ser lo más restrictiva posible atendiendo a la aplicación extensiva de los derechos fundamentales.

Esa limitación restrictiva, en pos de compatibilizar la constricción de un derecho fundamental del trabajador, debe atenerse a lo que la Dirección del Trabajo ha consagrado como “***principio de la proporcionalidad***”, en numerosos dictámenes.

Este principio de proporcionalidad es en otras palabras un examen de admisibilidad que recae cuando pretendemos la constricción del derecho fundamental frente al ejercicio de otro, mediante un análisis que considera el medio empleado de acuerdo al fin deseado.

Tal examen deberá ser realizado toda vez que el legislador no tiene una fórmula a priori de solución de conflictos.

Dicho examen de admisibilidad responde, a su vez, a tres sub-principios que le brindan el contenido. Estos se definen de la siguiente manera:

- a) Principio de la adecuación: la medida debe ser idónea para conseguir el fin propuesto. En otras palabras, constreñir un derecho fundamental si eso no lleva aparejado proteger la otra garantía en concurso.
- b) Principio de necesidad: este sub-principio prescribe que la restricción al derecho fundamental debe ser la única forma para alcanzar el fin propuesto, no existiendo –por tanto- otra forma de obtener el mismo resultado.

- c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto: éste a su vez deberá determinar si la restricción al derecho fundamental resulta razonable en relación con la protección del derecho fundamental que se busca asegurar.

Con todo, será admisible, entonces, la constrictión a que hacíamos alusión toda vez que el análisis de la misma supere los estándares asociados a estos tres sub-principios, debiendo en todo caso, siempre realizarse en concreto de acuerdo al conflicto planteado.

Por lo mismo, cualquier medida restrictiva impuesta por el empleador sobre derechos y garantías constitucionales que amparen al trabajador –como se da en el caso de fijar exámenes corporales para la pesquisa de consumo de alcohol y drogas– estará debidamente justificada cuando satisfaga los criterios propuestos anteriormente. No obstante lo anterior, cabe señalar que cualquier limitación por muy justificada que esté, no puede vulnerar el contenido mínimo de todo derecho sometido a limitación; en este caso, se entiende por contenido mínimo el relativo a su esencia, a lo consustancial del mismo, y que de ser vulnerado, “éste deja de ser reconocible como tal y se le impide su libre ejercicio”. Así ha resuelto el Tribunal Constitucional³⁶.

Será, entonces, bajo estas consideraciones jurídicas que tendremos que ceñir las políticas administrativas de todo empleador en el caso de justificar las medidas de control que vulneren, en principio, derechos fundamentales de los trabajadores en cada faena, cuando así se requiera.

³⁶ Sentencia Rol N° 43, de 24 de febrero de 1987.

CAPÍTULO II. ALCOHOL Y DROGAS DENTRO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO. ANÁLISIS DE SUS CONSECUENCIAS.

El tema que nos ocupa en este informe tiene una trascendencia social enorme. El devenir social dentro de sus múltiples aristas ha generado situaciones en las cuales mantener una calidad de vida saludable se hace más y más difícil. Dentro estas incidencias se encuentran en un apartado importantísimo el consumo de alcohol, drogas y tabaco. Esto último, en el caso de la aparición cada vez más común de consumidores habituales de dichas sustancias y, dicho sea de paso, causando múltiples consecuencias, entendiéndose desde un tiempo a esta parte como enfermedades extendidas a nivel global.

El consumo habitual de dichas sustancias es, entonces, un problema social que se compone de múltiples variables. Es por ello que la incidencia del ámbito laboral no escapa a las consideraciones cuando nos proponemos estudiar las razones y consecuencias de la ingesta de alcohol y el consumo de drogas en la sociedad.

La incidencia en el ámbito laboral –que mencionamos- hace alusión a una moneda de dos caras. Por un parte, la influencia que puede conllevar la ingesta de alcohol y/o drogas en las labores de cada trabajador y su relación directa con variables propias del ámbito productivo, y por otra –no menos importante- la influencia evidente de que el medio laboral y sus condiciones pueden generar como antecedentes gatillantes de consumo en cada uno de los trabajador. A raíz de lo anterior, establecemos un doble ámbito de responsabilidad, tanto del trabajador como consumidor, cuanto del empleador de acuerdo a las políticas administrativas, económicas y “humana” que puede generar dentro de la faena. Entendiendo esta corresponsabilidad de los agentes laborales a la hora de definir qué políticas se deben implementar para un control adecuado de esta anómala situación, será para nosotros pertinente –de acuerdo al estudio propuesto- plantearlo desde la óptica de los empleadores.

En el sentido anterior, el protocolo de Recomendaciones sobre el Tratamiento de Cuestiones Relacionadas con el Alcohol y las Drogas en el Lugar de Trabajo generado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece la pertinencia de ciertas prácticas que marca la pauta para el accionar de los empleadores para este tipo de casos, siempre que se observen en su planteamiento diversas medidas que garanticen el respeto por los trabajadores, su intervención en el proceso decisorio de tales medidas, y finalmente, que la regulación propuesta por el empleador busque por sobre toda consideración estimular la prevención, educación y rehabilitación en vez de las sanciones eventuales que casos de consumo de alcohol y/o drogas se presenten dentro de la relación de trabajo³⁷.

Se estima que dentro de los factores de riesgo laborales más comunes³⁸, y que inciden en la ingesta de las sustancias tratadas, está asociados a:

- a) Trabajos intensivos y alto rendimiento.
- b) Tareas rutinarias y monótonas.
- c) Insatisfacción en el trabajo.
- d) Jornadas de trabajo prolongadas.
- e) Turnos cambiantes.
- f) Largas ausencias de casa.
- g) Cansancio intenso en el trabajo.
- h) Compañeros consumidores.
- i) Trabajados dependientes de la relación social.

³⁷ Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. *Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1996.

³⁸ MANGADO OCHOA, Enriqueta y MADOR GÚRPIDE, Agustín. *Consumo de alcohol y otras drogas en el medio laboral*, en: *Medicina y Seguridad del Trabajo*, Vol. 54, Número 213, Madrid, 2008, pp. 28. Recurso electrónico disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2008000400003&lng=es&nrm=iso&tlng=es

j) Disponibilidad en el medio laboral.

No obstante lo anterior, y ante los riesgos correlativos que puede generar el consumo de alcohol y drogas, y en particular cuando existe dependencia, es también rol esencial de cualquier empleador tomar las medidas y resguardos necesarios para proteger su actividad y quiénes en ella laboran, teniendo siempre en consideración los límites normativos que se han esgrimido a lo largo de esta investigación, asunto que será tratado en profundidad posteriormente³⁹.

En suma, la necesidad de establecer métodos de supervisión, análisis y soluciones competirá a los empleadores tanto por su incidencia en el desarrollo complejo de todo ser humano, como también desde la perspectiva de implementar labores seguras y ajustadas a los fines perseguidos por aquéllos, en un proceso de toma de decisiones que pueda albergar los intereses empresariales y las garantías reconocidos a cada individuo.

Es bajo este prisma el que pasaremos a estructurar nuestro análisis, con fin de dar luces sobre la forma de llevar a cabo las medidas de control propuestas para este delicado tema, no sin antes establecer un marco general de este tipo de problemática – el consumo de alcohol y drogas en el trabajo- y la incidencia en las relaciones laborales, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito doméstico.

2.1.- El consumo de drogas y/o alcohol y su incidencia en el trabajo. Antecedentes generales.

Como mencionamos en la introducción de este trabajo, la incidencia del consumo de drogas y/o alcohol en el trabajador y como esto redunda en la faena o

³⁹ Vid. Infra Capítulo III, pp. 51 a 78.

labor productiva es significativa, y cuanto más si es que dicho consumo se presenta como abusivo o problemático.

Si consideramos que para el año 2005, 200 millones de personas en edad de trabajar de 15 a 64 años, consumió drogas ilícitas al menos una vez durante ese mismo año⁴⁰, significa que el problema es de orden mundial y no un evento casual o aislado. Así, el consumo de estas sustancias implica una realidad insoslayable en el ámbito que nos hemos propuesto estudiar.

La preeminencia del consumo de alcohol y drogas en los trabajadores, es entonces, un problema mundial. Según cifras, se establecen elevadas cifras de consumo tanto en los Estados Unidos como en gran parte de Europa. En este último caso, queremos ilustrar estudios realizados en España, que nos muestran la gran incidencia de estas sustancias dentro de la población laboralmente activa. Por ejemplo, para el año 2001 el 83,5% de los trabajadores empleados había consumido alcohol durante el último mes, y el 51,2% de los encuestados señalaron haber consumido dicha sustancia el día anterior a la jornada de trabajo⁴¹. Estos datos son un claro ejemplo de la realidad instalada en nuestras sociedades. Así lo refrendan los datos obtenidos desde otros estudios hispanos, que señalan que dentro del universo de los trabajadores sondeados en la última Encuesta Domiciliaria (realizada entre 1995 y 2005), un 95% ha consumido alguna vez alcohol y que de ellos un 90% lo ha consumido durante los últimos doce meses. Luego, un estudio realizado en la Comunidad de Madrid durante 2006 indicó que al menos el 65% de los trabajadores encuestados había consumido alcohol durante la última semana⁴².

⁴⁰ Según estadísticas entregadas por la Oficina contra la Drogas y el Delito de la Organización de Naciones Unidas, año 2005.

⁴¹ GÓMEZ, M. et al. *Alcohol y accidentes laborales en España: revisión bibliográfica 1995-2001*. Documento electrónico disponible en: <http://www.lawebdearva.org/descargas/articulos/tematicos/alcoholAccidentesLaboralesSpain.pdf>

⁴² Ob. Cit. MANGADO y MADDOZ, pp.26.

Pero los datos obtenidos no arrojan sólo cifras sobre el consumo de alcohol en los trabajadores, sino que también nos dan referencias sobre el consumo de drogas – por regla general ilícitas- por parte de este mismo grupo de personas. Así, de la muestra citada por MANGADO y MADDOZ, se indica que el consumo de marihuana (sustancia psicoactiva ilegal más consumida) es también un referente de esta muestra. Se indica que el 54% de la población activa consumió alguna vez esta droga, mientras que el 34% lo ha hecho alguna vez durante los últimos doce meses y un 27% en los últimos treinta días. Luego, el 10% de los encuestados señaló ser consumidor habitual de esta sustancia. El consumo de otro tipo de drogas es porcentualmente menor, pero existe.

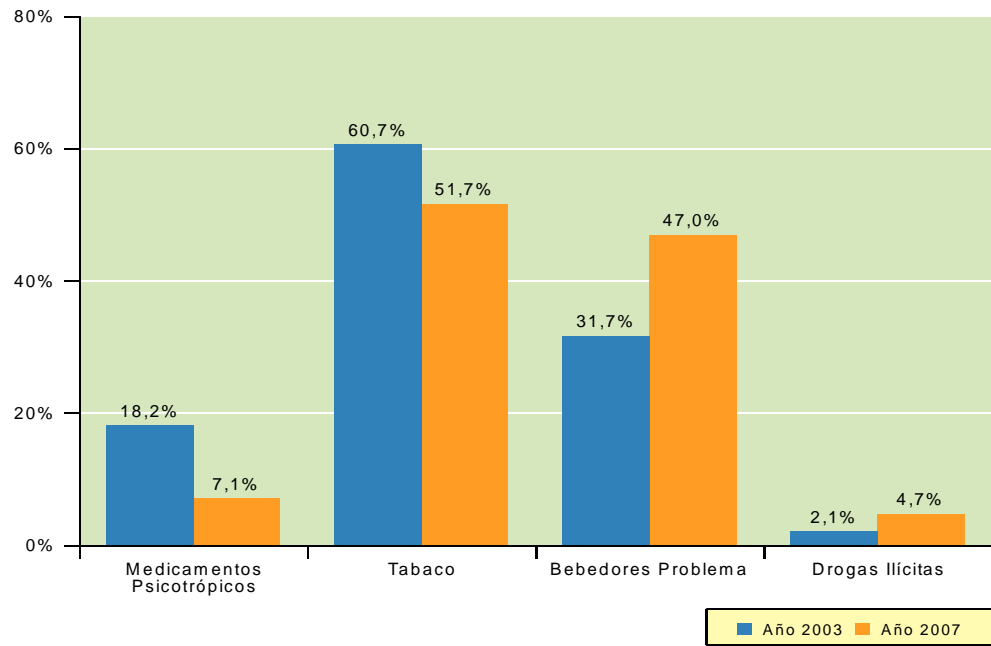
No bien haber señalado lo anterior y haber ilustrado el consumo de este tipo de sustancias, creemos pertinente revisar de manera específica cifras y estadísticas generadas en Chile sobre el consumo de estas sustancias, con el fin de allegar el estudio que nos proponemos realizar ante la realidad nacional.

2.2.- Estadísticas del consumo de alcohol y drogas en los trabajadores chilenos.

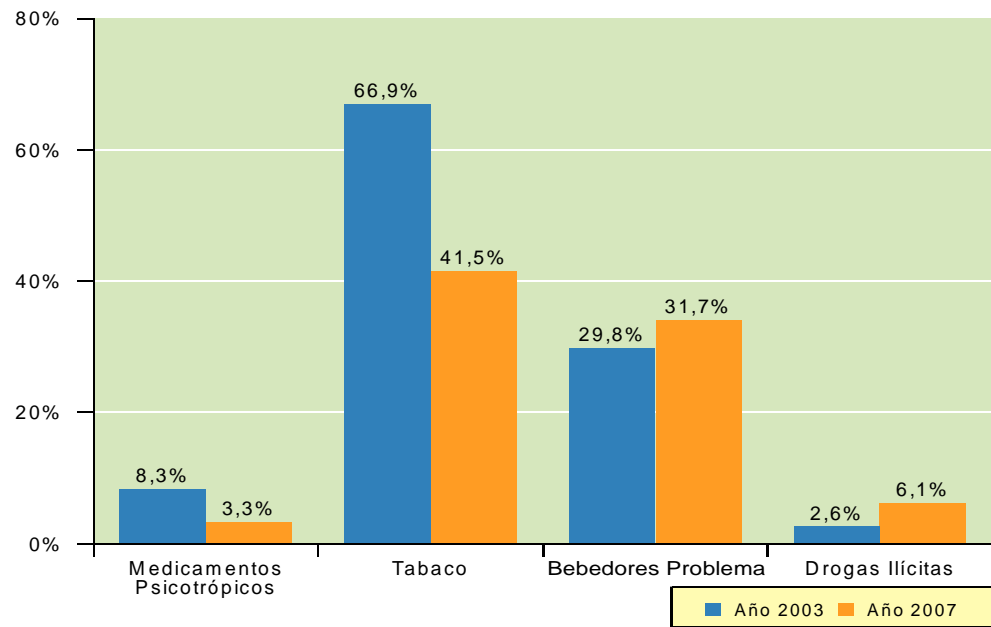
Situados en Chile, la Asociación Chilena de Seguridad durante el año 2007 entregó cifras sobre el consumo de alcohol, drogas y fármacos sin prescripción, generando las siguientes estadísticas por sectores productivos sobre la base de población principalmente masculina⁴³:

⁴³ Recurso electrónico disponible en http://ww3.achs.cl/ws/wps/portal/achs/home?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/ACHS++Internet/achs/Biblioteca/Publicaciones+ACHS/Multimedia/ACHS/.

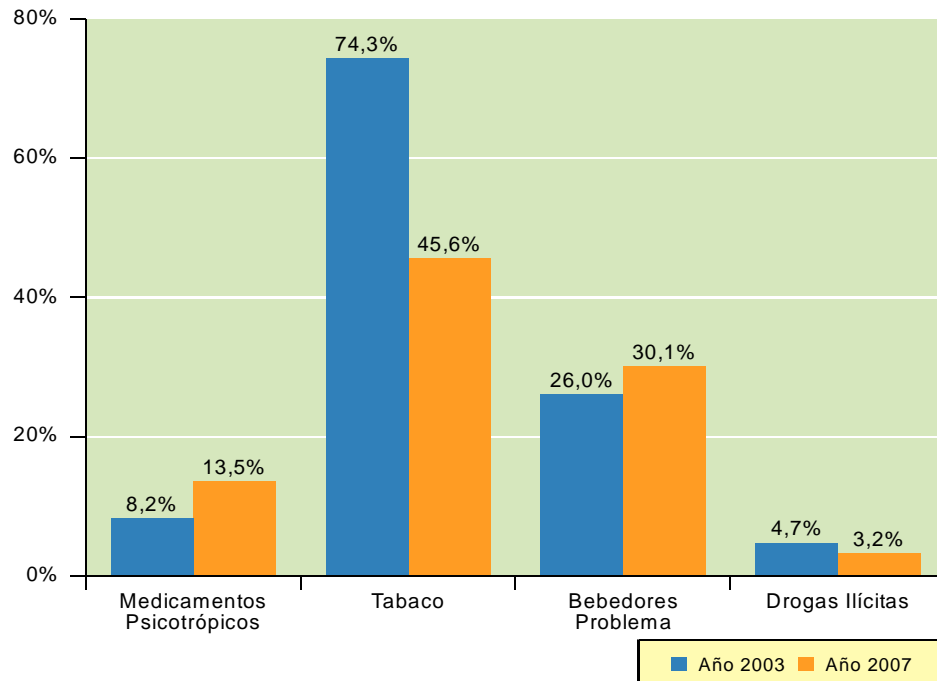
A) Sector Minería:



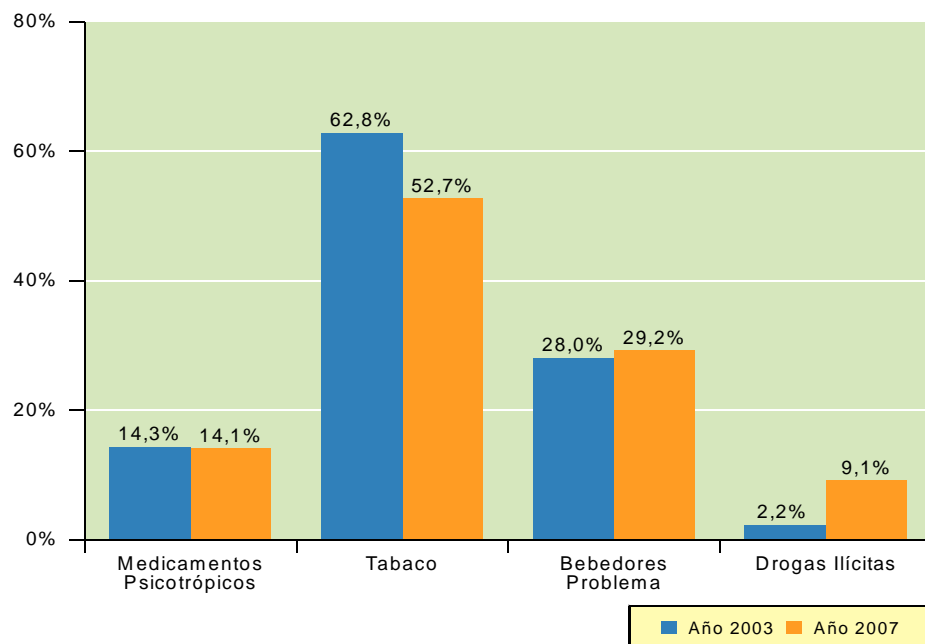
B) Sector Agrícola-Forestal.



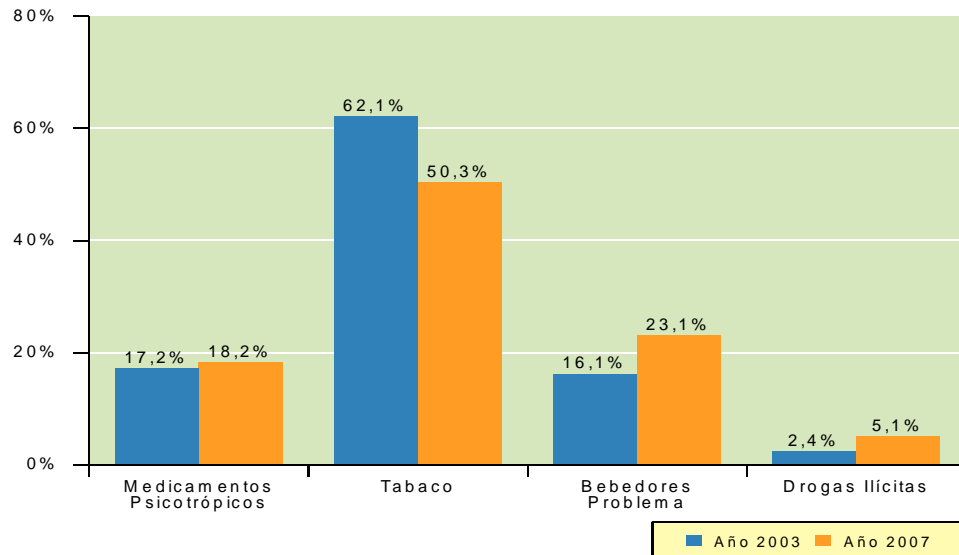
C) Sector Comercio-Transporte



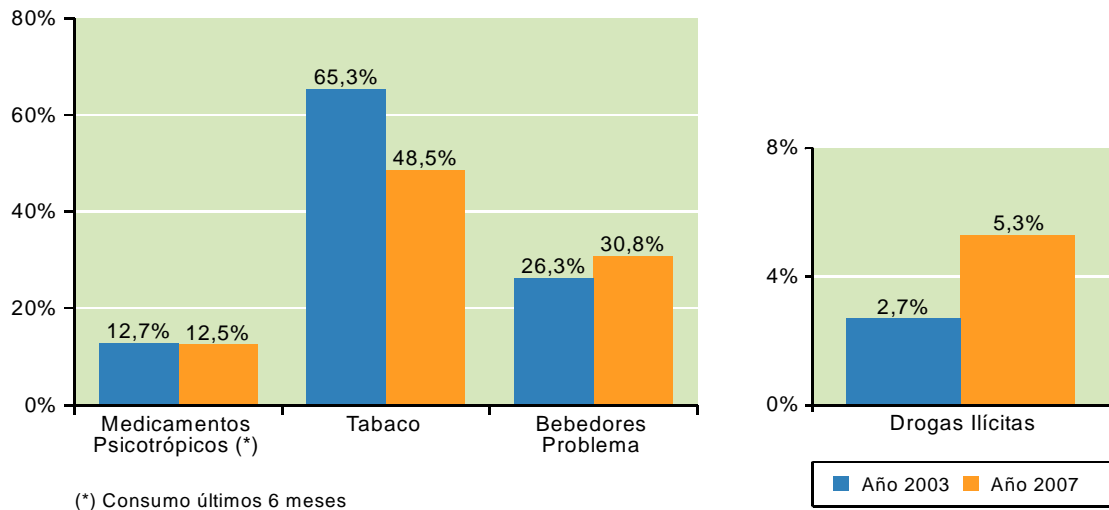
D) Sector Industria



E) Sector Servicios



Estos cuadros nos permiten situar la real magnitud del problema asociado al consumo de estas sustancias, y en particular en cuanto la gran incidencia del tabaquismo y de aquellos consumidores abusivos de alcohol. Para efectos sintéticos, la misma Asociación nos muestra un cuadro estadístico de carácter general, de acuerdo a lo que sigue⁴⁴:



⁴⁴ Ibid.

Los datos estadísticos antes referidos hacen relación con que, en promedio, casi un tercio de la población trabajadora masculina ingiere alcohol en exceso o presenta problemas con la bebida, y por su parte, más del 5% de la muestra realizada consume o consumió drogas ilícitas en el año de la referencia de nuestro estudio. En este sentido, se cumple con el marco sugerido de establecer parámetros objetivos que sustenten la misión de todo empleador en la búsqueda de tipificar y exigir cierto tipo de medidas de control, y en particular ante los cuadros anteriormente vistos, que nos dan luces de la hegemonía en el consumo de estas sustancias en todo tipo de labores productivas.

Las medidas de control relativas a este tipo de consumos, como hemos visto a lo largo de esta investigación tendrán, entonces, el fin de prevenir las consecuencias que se derivan de estas conductas, los que atañen tanto al trabajador en sí como a los niveles de producción de toda faena, como enunciaremos a continuación.

2.3.- Consecuencias del consumo de alcohol y drogas en el trabajo.

Las consecuencias derivadas del consumo de alcohol y/o drogas en los trabajadores dan cuenta de múltiples consecuencias, tanto del orden de la salud de los mismos trabajadores, en el ambiente laboral y relaciones internas, y todo esto, redundando de una u otra manera en aspectos económicos que repercuten en la actividad productiva desarrollada.

Fuera del ámbito propiamente laboral, y como forma de contextualizar este problema en términos generales, se estimó que para el año 1985, en Estados Unidos el costo derivado a raíz de los tratamientos médicos y psicológicos para los pacientes

alcohólicos ascendieron a los 114 mil millones de dólares⁴⁵. En el caso nacional, según estadísticas publicadas el año 1992, que los costos anuales derivados del abuso y dependencia del alcohol alcanzó una cifra cercana a los 2 mil millones de la divisa norteamericana⁴⁶.

Si bien las cifras entregadas en el párrafo anterior no dicen relación directa con la población laboralmente activa, sí nos cuenta de un serio problema social imperante, marcando un contexto general para la materia que nos ocupa en esta investigación. Por lo mismo, los datos generados son en extremo útiles para relacionarlo al devenir de nuestra sociedad actual.

Ahora bien, y dentro del ámbito que nos compete, de la documentación existente a este respecto se puede establecer que no es sólo el abuso de alcohol y drogas presente en los trabajadores el que produce los mayores problemas, sino en aquellos que presentan un consumo moderado, y que no tienen, a simple vista, una adicción patente. Así, según la OIT, entre el 70 y el 80 por ciento de los incidentes relacionados con el alcohol (accidentes, riñas, ausentismo y delitos) son ocasionados por bebedores moderadas o personas que consumen escasamente dichas sustancias, esto es por la alta población laboral que cabe dentro de este grupo de consumidores⁴⁷.

Luego, la repercusión que el consumo de alcohol y/u otras drogas produce en el medio laboral es muy importante. Según estudios de la misma OIT, los trabajadores

⁴⁵ Hernández G., Guillermo et al. *Prevalencia de trastornos psiquiátricos por uso de alcohol y otras sustancias en hombres y mujeres hospitalizados en medicina interna de un hospital de Santiago de Chile*, en: Revista Médica de Chile, v. 130, N° 6, Santiago, junio 2002, pp. 2.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Organización Internacional del Trabajo. *Progresos en la lucha contra drogas y alcohol en el trabajo*, en: Revista Internacional del Trabajo, N° 23, 1998, Ginebra, pp. 15.

que consumen alcohol y otras drogas presentan un ausentismo laboral de 2 a 3 veces mayor que el resto de los trabajadores⁴⁸.

La bajas por enfermedad de estos trabajadores dependientes del alcohol u otras drogas tiene un costo 3 veces mayor a las del resto de los empleados, a la vez que esas mismas personas perciben también indemnizaciones por un importe 5 veces mayor que el resto de sus compañeros. En el mismo orden de ideas, según la misma referencia bibliográfica, se estima que entre el 20 y 25 por ciento de los accidentes laborales ocurren en trabajadores que se encuentran bajo los efectos del alcohol u otras drogas, y causan lesiones a ellos mismos u a otros⁴⁹, lo que deja en claro los riesgos profesionales que este tipo de consumos refleja en las condiciones de trabajo.

Además, según referencias entregadas por el Departamento del Trabajo del gobierno de Estados Unidos, las prestaciones sanitarias que solicitan aquellos trabajadores consumidores de alcohol y drogas son hasta el 300% mayores en comparación a las solicitadas por los trabajadores que no presentan consumo de estas sustancias⁵⁰, lo que deviene en costos médicos y clínicos que debe soportar tanto la empresa como el sistema de salud que trata este tipo de enfermedades.

Asimismo, y dentro de lo que es netamente el daño económico al que se exponen las empresas, se indica que el consumo de alcohol y otras drogas afecta negativamente a la productividad, ocasionando importantes perjuicios a empresarios y trabajadores por ausentismo, desajustes laborales, incapacidades laborales, rotación del personal, reducción del rendimiento laboral y mala calidad del trabajo.

⁴⁸ Ob. Cit. MENGADO Y MADDOZ, pp. 27.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Organización Internacional del Trabajo. *Estar limpio: controles de consumo de alcohol y drogas en el lugar de trabajo*, en: Revista Internacional del Trabajo, N° 57, septiembre 2006, pp. 34.

El uso de cannabis afecta negativamente a la capacidad de realizar tareas que requieren atención y concentración, aumentando el riesgo de accidentes laborales. Muchos consumidores de cocaína pueden tener problemas, tanto en tareas que requieran atención y concentración como por absentismo laboral y otras consecuencias. El uso de estimulantes incrementa el riesgo de padecer accidentes de trabajo o de tráfico. Estudios nacionales en población laboral mostraron que el 23-31% de los trabajadores consumidores de drogas han tenido alguna consecuencia negativa derivada de sus consumos, y el 13-15% fueron de carácter laboral (bajas laborales, absentismo, accidentes laborales, tensiones laborales, bajo rendimiento laboral⁵¹).

Estableciendo como un hecho de grave notoriedad tanto en Chile, como en el resto del mundo, se establece el problema de la preeminencia del consumo de alcohol por parte de los trabajadores como un eje de acción de todo empleador, no sólo porque redunde en la actividad propiamente tal, sino porque conlleva daños para el país y la sociedad en su conjunto.

2.4.- Establecimiento de medidas de control atingentes.

Queda de manifiesto que el consumo de estas sustancias tiene importantes implicancias dentro de las relaciones de trabajo, tanto en las medidas que pueden significar problemas internos en las relaciones de trabajo entre compañeros de labores, con las autoridades, amplificar los riesgos en el trabajo, etc.; problemas que a su vez también son apreciables desde una óptica exógena, como puede ser la pérdida de productividad y consigo, las consecuencias económicas relativas a una empresa, faena o servicio.

⁵¹ Ob. Cit. MANGADO Y MADDOZ., pp. 28.

Luego, y como fue mencionado, este problema no es aislado. Es una realidad imperante en la gran mayoría de los países, incluyendo al nuestro. En este sentido es que se ha hecho cada vez más común tratar de regular esta situación por parte de los empleadores, quienes han ido dotando de numerosos métodos de control con el fin de erradicar y combatir este tipo de situaciones anómalas dentro de la relación de trabajo.

No obstante esta necesidad de control puede –en una gran mayoría de casos- sobrepasar los límites tolerables por los diferentes sistemas jurídicos. En ese sentido, queda de manifiesto ante la hipertrofiada comprensión del derecho de propiedad que asiste a todo empresario como dueño de su faena y en tanto sus aspiraciones comerciales, la posibilidad de establecer sistemas de control que vulneren derechos constitucionales de los trabajadores dependientes resulta ser un factor común, llegando incluso a regulaciones abusivas, persecutorias y coercitivas que distan mucho de los márgenes que cualquier ordenamiento jurídico pudiere tolerar.

Con todo, han sido las pesquisas clínicas sobre determinación de consumo de alcohol y drogas las más comunes en los diferentes países que se han ido implementando. En términos estadísticos, y según ha reseñado la Organización Internacional del Trabajo⁵², por ejemplo en Nueva Zelanda, para el año 2006 se esperaba que los controles sobre consumo de alcohol y/o drogas alcanzaran a un número cercano a los 28.000 trabajadores, sin perjuicio que en las áreas asociadas a la agricultura, ganadería o transporte, este tipo de controles alcanzara a toda la masa de empleados correspondientes a esa actividad. En ese mismo sentido, señala el artículo, que en los Estados Unidos entre 1987 –fecha en la cual se promulgó la Ley Federal para un lugar de trabajo libre de drogas- y 2005, los exámenes de este tipo aumentaron en más de un 1.200%.

Bajo estas premisas queda en claro que el tema ha suscitado un explosivo crecimiento en los diferentes países que han hecho eco de la existencia del consumo

⁵² Ob. Cit. Organización Internacional del Trabajo. Revista Internacional del Trabajo, N° 57, 2006, pp. 34.

de alcohol y/o drogas en el lugar de trabajo. En este orden de ideas, la misma OIT, además de establecer un protocolo de recomendaciones –al cual nos hemos referido en esta presentación- presenta un cuadro de buenas prácticas⁵³, que en definitiva intentan dotar a este tipo de conductas por parte de los empleadores, de normas mínimas para, además de lograr la eficacia de las muestras solicitadas, éstas digan relación con el respeto hacia la población de trabajadores. Ese cuadro, indicado en el mismo artículo recién citado indica:

- Existencia de una Política de Control: deberá existir por escrito un documento sobre tal política, cuyo contenido sea conocido por todos los interesados. En la política de control deberán abordarse las cuestiones de prevención, identificación, asesoramiento, tratamiento y rehabilitación, y deberá detallarse en qué momento se emprenderán acciones disciplinarias.
- Confidencialidad: deberá observarse estrictamente.
- Calidad: los métodos de investigación y confirmación deberán basarse en principios de química analítica diferentes, o en separaciones cromáticas distintas (primera prueba de inmunoanálisis, cromatografía de gas confirmador). Las pruebas serán efectuadas por un laboratorio acreditado que utilice directrices de procedimiento aceptadas.
- Consulta: la política de control deberá formularse en consulta con los trabajadores y sus representantes.
- Revisión: los procedimientos deberán someterse a revisiones periódicas con el fin de procurar su constante mejora.

⁵³ *Ibíd.* pp. 36.

¿Qué deberá hacer un empresario en vez de aplicar las pruebas, o al aplicarlas?

- Disponer de políticas y programas de prevención que sean conformes con el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT de 1996.

Son estas las “Buenas Prácticas en el CDLT (Control de Drogas en el Lugar de Trabajo) que recomienda la OIT. Estas serán, por ende, el medio para establecer medidas de control atinentes a toda empresa que pretenda instaurar este tipo de pesquisas, asegurando a todo evento resguardar sus intereses observando la legislación básica referida al estatuto de protección que sigue a todo trabajador.

Luego, basados en los términos analizados a lo largo de esta investigación, estamos en condiciones de analizar de manera detallada lo que dice relación al establecimiento de medidas de control mediante exámenes toxicológicos, tema que emprenderemos en el capítulo que continúa.

CAPITULO III. EXÁMENES TOXICOLÓGICOS COMO MEDIDAS DE CONTROL

3.1.- Medidas de control por parte del empleador: el uso de exámenes físicos para detectar consumo de alcohol y drogas en el trabajo. Contexto general.

Se han presentado variados fundamentos para establecer la pertinencia de este tipo de medidas dentro del ámbito laboral. Dentro de éstas, son cuatro las razones a las que se adscribe mayoritariamente⁵⁴.

La primera razón radica en la creencia de que éstos fomentaría la seguridad en el lugar de trabajo, disminuyendo el riesgo de eventuales accidentes. Así, los programas de detección de consumo de alcohol y/o drogas garantizarían la seguridad de los compañeros de trabajo, usuarios y público en general.

El segundo argumento dice relación con que este tipo de exámenes permitirá a las empresas identificar a aquellos trabajadores que pudieren tener problemas relacionados con el alcohol, o que estuvieren susceptibles a adquirir este tipo de problemas, impulsándolos a buscar ayuda profesional al respecto. Arguyen, además, que es posible establecer la estabilidad laboral y la mantención del trabajo en virtud de instarlos a buscar dicha ayuda, lo que en sí significaría una amenaza a *contrario sensu*, ya que de continuar con el consumo problemático, perderían su fuente de trabajo.

Como una tercera razón se explica que la detección precoz de consumo de alcohol y drogas permitirá aumentar la productividad de la organización y reducir los gastos del lugar de trabajo, en tanto se disminuyan las consecuencias inherentes a

⁵⁴ ESPINOZA PONCE, Natalia. *Exámenes preocupacionales y ocupacionales para detectar drogas y alcohol a los trabajadores y la posible situación de discriminación*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2005, pp. 48

aquellos trabajadores asociados al consumo problemático, como vimos. Se aumentaría, por ende, la tasa de asistencia laboral, aumentando los índices de producción.

Finalmente, y como cuarto motivo para establecer este tipo de exámenes, se indica que introducir estas políticas de control redundarían en una mejora en las condiciones y calidad de vida en el trabajo. Al fomentar valores y normas que desalienten el consumo de drogas, “los programas de detección ayudarán a mejorar la moral de los trabajadores”⁵⁵. Logrado lo anterior, sostienen, que se mejora la imagen de la empresa y su relación con el mercado.

Este último y cuarto razonamiento, si lo enfocáremos desde el punto de vista de la prevención e instrucción, tendría como sustento el adoptar las medidas que la Organización Internacional del Trabajo ha establecido como protocolos de acción ante la problemática del consumo de alcohol y drogas en el trabajo. Atendiendo a la corresponsabilidad de los empleadores en este problema global, lo más adecuado es prevenir, controlar y rehabilitar, antes que aplicar medidas sancionatorias, las que de existir deberían ceñirse a una estricta proporcionalidad.

3.2.- Consumo de drogas y/o alcohol y riesgos laborales.

Si bien el tema fue tratado de manera específica en el Capítulo II de este trabajo, en este apartado haremos alusión a los riesgos asociados a la empresa y su fundamentación dentro de las medidas de control posibles por parte del empleador.

⁵⁵ *Ibíd.* pp., 55.

En el marco de las definiciones científicas, la Organización Mundial de la Salud ha definido el concepto “droga” como “*cualquier sustancia natural o sintética capaz de alterar la actividad síquica del individuo que la consume*”⁵⁶.

Ante esta consideración notamos el efecto general del uso de drogas en el comportamiento humano, la que variará de dimensión en tanto se trate de los diferentes tipos de drogas médicamente definidas. Ahora bien, la situación que reviste total importancia está en cómo estas conductas inciden o afectan las labores encomendadas al trabajador, y posteriormente, cómo pueden incidir –de acuerdo a qué sustancia se consume y de qué manera se consume- en el resto del circuito productivo, incluyendo los factores de seguridad al interior de toda obra o faena.

Esa incidencia, en definitiva, se traduce en la existencia de **riesgos** para las labores productivas. Ahora bien, respecto de los riesgos asociados a la actividad laboral, se consideran por antonomasia factores evidentes, como lo son los derivados de la manipulación de sustancias tóxicas (riesgos químicos o de radiación), riesgos físicos o riesgos por agentes biológicos, entre otros, que pueden redundar en las políticas y medidas de control fijadas por el empleador, y que busca, mediante el establecimiento de ellas, limitar sus efectos. No obstante lo anterior, se ha ido desarrollando dentro del ámbito de la psicología laboral otros tipos de riesgos ligados al trabajo, como lo son los **factores psicosociales en el trabajo**⁵⁷, que de manera menos patente pueden tener consecuencias lesivas dentro de las faenas o actividades productivas.

Se han definido tales factores como “aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con la

⁵⁶ Ob. Cit. LIZAMA Y UGARTE, pp. 246

⁵⁷ Tema abordado por la Fundación Científica y Tecnológica de la Asociación Chilena de Seguridad. Recurso electrónico disponible en http://www.fucyt.cl/noticias/articulos/los-riesgos-psicosociales-en-el-trabajo-desde-una-perspectiva-organizacional_30.html

organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que se presentan con capacidad para afectar tanto al desarrollo del trabajo como a la salud (física y psíquica) del trabajador”⁵⁸. Así, redundarán en el desarrollo de estos factores de riesgo, dentro de otros, aspectos ligados al puesto y del entorno del mismo, el diseño y contenido de las tareas, el medio existente fuera de la organización, y aspectos del individuo. Bajo esta premisa, los riesgos laborales importarán entonces no sólo el desarrollo de una labor más o menos riesgosa de acuerdo a la actividad en sí misma, sino que también importará en la medida que las condiciones organizacionales propuestas puedan permitir un ambiente que no genere estrés e insatisfacción laborales, siendo un elemento a considerar la incidencia en el ámbito de la toma de decisiones de cualquier empresa, o lo que podríamos definir como “**riesgo decisional**”, inherente a los que ocupan puestos o cargos que, mediando su trascendencia respecto de los trabajadores, puedan considerarse como “**críticos**” en relación con la toma de decisiones.

En suma las medidas de control tiene como fin el resguardar la productividad y seguridad en las faenas mediante políticas que tiendan a evitar los riesgos inherentes a todo trabajo. Esto, considerando el problema de los riesgos laborales como un todo, en donde quepa la supervisión desde el proceso de toma de decisiones hasta la ejecución de una actividad que puede, por su naturaleza, considerarse peligrosa, implementando las medidas de control que se estimen pertinentes para resguardar tales fines.

Así resulta inapelable la misión del empleador de pesquisar el consumo de drogas por parte de sus trabajadores en las diferentes etapas o ámbitos de producción, pero siempre observando límites conforme a señalado latamente a lo largo de este informe. De todas maneras, y a modo de enunciación hay ciertos aspectos que no se pueden dejar de considerar:

⁵⁸ *Ibíd.*

Los exámenes más comunes –muestras de metabolitos en el organismo, obtenidos vía orina o extracción de sangre- muestran la existencia de consumo, pero es un método absolutamente ineficaz para fijar grados de consumo más nocivos, como sería el consumo habitual, abusivo, o en su caso, una drogodependencia o adicción.

Esa deficiencia es algo insoslayable al momento de practicar los exámenes sobre los trabajadores, por lo que la muestra referencial no debería establecer resultados conclusivos sobre la aptitud laboral del trabajador. Así se ha señalado enfáticamente por la Asociación Chilena de Seguridad al tratar este tema⁵⁹.

Consideración en torno a la labor del trabajador y al área donde desempeña su trabajo. Esto en relación directa con la aptitud o idoneidad del mismo para la labor encomendada.

Deben circunscribirse al ámbito propio de la relación de trabajo. Esta situación de acuerdo a que este tipo de medidas pueden contemplarse únicamente dentro del marco normativo impuesto por los Reglamentos Internos de Orden, Higiene y Seguridad. Así expresamente lo dispone el artículo 154 del Código del Trabajo.

Tratar de ampliar el ámbito de injerencia del empleador sobre ámbitos no ligados con el trabajo y la *permanencia* y *vida* dentro del mismo, sería absolutamente vulneratorio a nuestro ordenamiento jurídico⁶⁰.

⁵⁹ Ob. Cit. LIZAMA Y UGARTE, pp. 248.

⁶⁰ Esta referencia, además, contextualizada a la posibilidad de rehabilitación. Obligación u opción, tema que será tratado en un apartado siguiente.

3.3.- Adecuación de toda medida de control al principio de No Discriminación.

Como materia que informa a todo el sistema jurídico, y en lo particular, como principio que marca una impronta en la materia que nos dedicamos en este estudio, la fijación de pesquisas –y en específico la realización de exámenes corporales para la detección de consumo de drogas y/o alcohol- sobre los trabajadores debe dar un respeto irrestricto al principio de no discriminación laboral.

Toda pesquisa deberá tener como características la *impersonalidad* y *generalidad* y su búsqueda principal será atender a la **idoneidad personal o capacidad** del trabajador para la labor encomendada, de acuerdo lo prescribe la norma impuesta en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política⁶¹. En el mismo sentido recomienda la Organización Internacional Del Trabajo que toda medida de control se ciña a un procedimiento que no tienda a la discriminación de los trabajadores, apegándose sus fines a la legislación vigente de cada Estado.

Basar la necesidad de las medidas de control –e insistimos, en particular sobre la determinación del consumo (o no) de las sustancias en análisis- para fijar otros criterios de diferenciación, se apartaría del mandato constitucional contenida en la norma, y así, vulnerando garantías mínimas establecidas para todo trabajador.

En suma, la realización de los exámenes físicos tendientes a pesquisar el consumo de alcohol y drogas deben tener como fin único –y último- el establecer la aptitud del trabajador para el cargo que ocupa.

⁶¹ A este respecto: Dirección del Trabajo, dictamen ORD. N° 3704/134 de 11 de agosto de 2004, pp. 6.

3.4.- Condición sine qua non de toda medida de control: contenerse dentro de un Reglamento Interno. Estipulaciones mínimas

3.4.1.- Sobre el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad

No bien establecer la pertinencia de estos exámenes, la forma en que estos deben llevarse a cabo y cuáles son los fundamentos en los que se pueden desarrollar, será necesario atender a la efectividad y vinculación que éstos puedan tener para la población laboral de determinada empresa o empleador.

Siendo atributo privativo para el empleador tomar las providencias idóneas para una administración eficiente de su establecimiento, esto en consideración a sus facultades emanadas desde su poder de dirección, podrá éste fijar la práctica de medidas de control **obligatorias** para resguardar tales fines. Obviamente –y como se ha mencionado- dentro de dichas prescripciones vinculantes, la existencia de exámenes físicos para la detección de consumo de alcohol y drogas.

En tal sentido, el instrumento idóneo para establecer el catálogo de derechos, obligaciones y prohibiciones dentro de toda faena productiva, será, entonces, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, considerando en especial que la normativa que dispone el Código del Trabajo no puede (ni debe) contener especificaciones que podamos constatar para cada rubro y faena, porque además de ser normativa y ley de carácter general, no podrá tampoco contener catálogo de regulaciones de ese tipo por encontrarse fuera de las posibilidades del legislador laboral.

Por tanto, en función de esa imposibilidad nace la regulación sobre este tipo de instrumentos dentro de la relación de trabajo propuesta entre empleador y trabajador con el fin de dar cabida a los antecedentes internos y *domésticos* que cabe regular

dentro de toda empresa o faena productiva. Este sería el antecedente normativo de la creación de estos instrumentos regulatorios.

Teniendo esto en consideración el legislador mediante sucesivas normativas ha ido implementando y regulando la existencia de los mismos. Finalmente, mediante la dictación de la ley N° 19.759 que fijo el texto del Código del Trabajo que actualmente conocemos reguló esta materia, estableciendo la obligatoriedad de esta medidas para todas aquellas empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente 10 o más trabajadores permanentes, independiente si ellos estuvieren repartidos en diferentes locales o establecimientos en que la empresa preste sus servicios, teniendo como fin primordial el de establecer una normativa mínima para asegurar “un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”, tal como lo dispone la Ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, respecto de las modificaciones al reglamento interno que fija en su artículo primero.

Positivamente, la normativa sobre reglamentos internos de orden, higiene y seguridad se encuentra contenida en el Título III del Libro Primero del Código del Trabajo, específicamente en los artículos 153 y siguientes, dotando de la normativa tipo para la confección, establecimiento y vinculación jurídica de este tipo de regulación privada.

Como antes indicamos, este instrumento es el idóneo para fijar catálogos mínimos de obligaciones y prohibiciones a los cuales debe someterse todo trabajador dependiente, pero únicamente a lo que respecta con sus labores y su vida y permanencia en las dependencias de trabajo⁶².

⁶² En este sentido, entre otros, los dictámenes de la Dirección del Trabajo ORD. N° 3032-047 y 3031-046, ambos de 12 de julio de 2010.

Será, entonces, de cargo del empleador confeccionar este Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, el que deberá poner a disposición de sus trabajadores con al menos 30 días de anticipación de su entrada en vigencia, al igual que toda modificación que se plantee por este al referido texto normativo.

Asimismo, dentro de las formalidades habilitantes para este tipo de regulación, el empleador deberá remitir copia de los mismos tanto al Ministerio de Salud y a la Dirección del Trabajo dentro del los cinco días siguientes a la entrada en vigencia de este instrumento. Así dispone perentoriamente el inciso tercero del artículo 153.

Ahora bien, como fue señalado, el empleador debe establecer mediante este reglamento interno un catálogo mínimo de derechos, prohibiciones y obligaciones para todos sus trabajadores. En este sentido, y de acuerdo a lo que pretendemos desarrollar en este informe y que desarrollaremos a continuación, el contenido mínimo que deberán observar este tipo de instrumentos se establece en el artículo 154, que a la sazón indica:

***Art. 154.** El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:*

[...]

5.- las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores;

[...]

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;

[...]

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.⁶³

Ese último inciso viene a formar una especie de norma de clausura del sistema de regulaciones dentro de las relaciones laborales, indicando expresamente que este tipo de medidas deberá observar la obligación sempiterna de respetar los derechos y garantías constitucionales dispuestas para la protección del trabajador (en consonancia con lo dispuesto en el artículo 5° del mismo Código del Trabajo). Así ha sido refrendado por la Dirección del Trabajo mediante sendos dictámenes⁶⁴, ya citados anteriormente.

Con todo, será parte de este reglamento –como venimos señalando latamente– el catálogo de obligaciones y prohibiciones que tengan lugar, a juicio del empleador, para fijar procedimientos mínimos de conducta que permitan la existencia de un lugar apto y digno para todos los trabajadores, y asimismo, las medidas de control tendientes a regular el cumplimiento de las mismas. Pero es claro que este no será el único sentido previsto para este tipo de regulaciones. También estará el interés del empleador de generar instancias aptas para lograr una productividad óptima de la faena o unidad productiva, alcanzando las metas del orden económico y administrativo propuesto por éste. Y es, entonces, en este sentido donde se puedan dar los mayores conflictos de derechos entre los que ostenta el empleador –como Poder de Dirección- y

⁶³ Todos los destacados son nuestros.

⁶⁴ Vid. Infra nota 37.

aquellos que asisten a los trabajadores dentro de la relación de trabajo, según el marco jurídico garantista que estudiamos en el primer capítulo de este trabajo.

De esta forma se configura la necesidad de este tipo de instrumentos y repasamos la regulación básica que brinda el Código del Trabajo para tales efectos. Sin perjuicio de lo anterior, el tratamiento de las medidas de control que tratamos en este trabajo debe ser analizado por separado, fijándose para estos efectos requisitos que la jurisprudencia administrativa a la luz de los derechos fundamentales en juego fija como pertinente para aquéllas, aumentando el estándar exigido para la norma en comento.

3.4.2.- Estipulaciones mínimas de todo Reglamento Interno para la aplicación de medidas de control y en particular para fijar exámenes de detección de consumo de alcohol y drogas.

Como señalamos en el apartado anterior, el catálogo de disposiciones que debe presentar todo reglamento interno, genera la obligación para el empleador de regular – al menos- todos los puntos indicados en el artículo 154 mencionado. En particular, la necesidad de escriturar todas las obligaciones y prohibiciones dispuestas por aquél con respecto a sus trabajadores. Hasta acá, ninguna novedad.

Posteriormente, y en el inciso final de dicho artículo se indica de manera taxativa que toda obligación impuesta o medida de control dispuesta por el empleador en este tipo de instrumentos se hará de modo que respete, sin miramientos discriminatorios, los derechos garantizados a los trabajadores. Según el texto en análisis tales disposiciones y medidas: *“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 la norma citada resaltan dos requisitos fundamentales para toda medida de control: que ésta sea general en cuanto su aplicación e impersonal en tanto determinación de quien o quienes resulten afectados a dicha medida.

El fin propuesto por la norma con los requisitos antedichos dice expresa relación con el respeto por la dignidad de todo trabajador. En tal sentido, y asociándolo a lo revisado en el primer acápite de este trabajo, debemos necesariamente concluir que el respeto a la dignidad propuesto por el legislador, abarca entonces principios propios del derecho a la igualdad entre todo trabajador y la proscripción de toda forma arbitraria de discriminación dentro de la faena en la que se desempeña. Garantizar esto será, entonces, condición mínima y necesaria para todo empleador que pretenda dotar de estas medidas en relación al cumplimiento de obligaciones y prohibiciones que establezca dentro de los reglamentos internos que pretenda fijar.

Sin embargo lo anterior, existirán de acuerdo al tipo de medida de control a implementar –y que será, como veremos, lo que sucede para efectos de las medidas que nos proponemos estudiar- requisitos específicos, desarrollados a la luz de principios generales de nuestro ordenamiento jurídico lo que ha sido recogido e implementado por nuestra jurisprudencia administrativa marcando criterios estrictos para este tipo de temas.

En este orden de ideas el piso que establece dicha normativa tendrá especial atención a la forma en que aquellas pesquisas se llevarán a cabo, los lugares adecuados para tales efectos, y determinar con precisión los resultados que se buscan obtener (índices cuantitativos específicos) de acuerdo a una lista definida de sustancias a pesquisar, y cuáles serán las muestras (fluidos corporales por regla general) y la concentración de las mismas para asegurar un estudio fidedigno en relación a los fines buscados. Así se ha dispuesto de manera estricta por parte de sendas resoluciones y dictámenes emanados desde la Dirección del Trabajo.

Luego, el reglamento interno deberá establecer antes que todo un catálogo con la nomenclatura mínima que permita la debida información para todos los trabajadores afectos a esta medida. En este sentido, ampliar el espectro de definiciones presentes en todo reglamento de higiene y seguridad, el que deberá definir, al menos, los siguientes términos:

- Concepto de drogas ilícitas y alcohol
- Tipos de drogas a pesquisar
- Conceptos “bajo la influencia del alcohol y droga”, “estado de ebriedad”:
- Definiciones clínicas (Muestra/Contra-muestra. Tipos de fluidos a extraer y concentraciones. Cadenas de custodia. Formas de realizar el examen y métodos de obtención de resultados, etc.).
- Autoridades y/o organismos internos que tengan directa relación con el proceso de realización de exámenes.

Posteriormente, será condición mínima de todo reglamento interno que trate este tipo de medidas, una regulación acabada del proceso de obtención de resultados, debidamente regulados. Así, tanto desde el punto de vista de la proscripción del consumo de alcohol y/o drogas dentro del ámbito laboral, tal y como lo vimos en el acápite anterior, reglando de manera expresa este tipo de medidas de control. De esta manera el proceso de pesquisas relativas al consumo de estas sustancias se establecerá como una conducta vinculante para todo trabajador, teniendo las consecuencias jurídicas que el empleador busque conforme a Derecho y legislación laboral vigente.

3.5.- Sobre los exámenes de detección de alcohol y drogas en particular

En este acápite nos propondremos revisar la pertinencia y regulación de los exámenes por consumo de alcohol y drogas en las diferentes etapas de la relación laboral, o en su caso, de aquélla que esté por nacer.

La diferenciación será vital, ya que cada una de estas etapas tendrá un contenido normativo diferente, y por lo mismo, el estándar normativo y los criterios jurisprudenciales serán totalmente diferentes.

Bien sabemos que el establecimiento de este tipo de medidas puede acarrear problemas éticos, morales y también jurídicos. Por lo mismo se recomienda que no exista sesgo al momento de realizarlos, y que se observen –insistimos en esto- todas las limitaciones y prevenciones que la Constitución y las leyes prescriben en esta materia. Pero también entendemos que es vital para tomar resguardos a la hora de concebir el desarrollo de las labores conforme a los fines establecidos por cada empleador y para evitar situaciones que pongan en riesgo a los trabajadores; pero asimismo podría constituirse como una arma ilegítima de discriminación.

Ante esto, y como hemos expuesto a lo largo de esta presentación, el empleador deberá apegar su actuar a la normativa vigente, la que variará de acuerdo al momento en que estas medidas se efectúan y bajo qué condiciones se enmarcarán cada una de ellas.

3.5.1.- Exámenes Pre-Ocupacionales

Cuando hablamos de test pre-ocupacionales hacemos alusión necesariamente a la existencia de pesquisas para determinar la viabilidad de la contratación de un

determinado sujeto para una labor determinada. Este tipo de pesquisas son ampliamente ejecutadas por los empleadores desde bastante tiempo y a todos los niveles productivos. Según estimaciones estadísticas estadounidenses, en dicho país un 80% de las 500 empresas más grandes realiza exámenes toxicológicos como forma de establecer criterios de elección de sus trabajadores⁶⁵.

Consecuencia inmediata de lo anterior es que deja en evidencia la inexistencia de relación laboral propiamente tal, ya que no existe vínculo jurídico que una a ambas partes, por lo que la legislación laboral aplicable a propósito del trabajo se hace totalmente ineficaz. No obstante esto último, los principios normativos consagrados en la Constitución Política de la República dan el marco jurídico estándar para el establecimiento de este tipo de exámenes. Por un lado –y pese a la inexistencia de una *potestad de mando* propiamente tal ya que no existe vínculo jurídico- la facultad del eventual empleador de solicitar estas medidas a partir del contenido propio a la libertad de desarrollar cualquier actividad económica y de la protección al derecho de propiedad, fijándolos como obligatorios para los postulantes. En este contexto, la realización de los exámenes tendrá como fin resguardar los intereses y fines impuestos por el empleador para la consecución de su empresa.

Señalado lo anterior cabe indicar que sin perjuicio de esta facultad privativa del eventual empleador en el ejercicio de sus derechos y libertades, la misma no podrá erigirse de manera arbitraria o antojadiza. Independiente del contenido de dichas normas, las prerrogativas del empresario deberán siempre observar los principios ligados al concepto de igualdad y no discriminación. Éste último será, entonces, el límite impuesto por el Estado –y dirigido a todos los ciudadanos, como efecto horizontal de las garantías constitucionales- ante la determinación de este tipo de exámenes, y que nos lleva a concluir necesariamente que serán estos exámenes legítimos cuando

⁶⁵ Ob. Cit. ESPINOSA, pp. 48.

busquen establecer la aptitud laboral para el trabajo al que se postula. En otras palabras, no poder limitar el acceso al trabajo basado en consideraciones arbitrarias⁶⁶.

En doctrina se hace eco de este requisito fundamental, señalando otros que debieran tenerse en consideración para efectos de la realización de los mismos. En palabras de los profesores Luis LIZAMA y José Luis UGARTE, éstos serían⁶⁷:

- a) Obtener el consentimiento del examinado para la realización del examen;
- b) Respetar la vida privada e intimidad del examinado estableciendo la total confidencialidad de los resultados obtenidos por el muestreo;
- c) Y, finalmente, el respeto absoluto al principio de no discriminación. Como ha sido referido antes, que determinar la situación de consumidor de drogas tenga únicamente relación con la función a ejercer y las actividades a desarrollar, y la

⁶⁶ Sin perjuicio de lo señalado, cabe tener presente la enumeración que hace la Asociación Chilena de Seguridad a propósito de actividades en donde el consumo de drogas y/o alcohol puede generar, eventualmente, falta de aptitud o idoneidad para el cargo a ejecutar. Así se indica por parte de esta entidad, documento citado por LIZAMA Y UGARTE, pp. 262, los trabajos susceptibles esta consideración, se agruparían en tres categorías, a saber:

- *Puestos de trabajo que constituyen un riesgo para el trabajador que consume drogas. Ejemplos: trabajos en altura desnivel, trabajos en torres de alta tensión, trabajos que implican el porte de armas.*
- *Puestos de trabajo en que el trabajador que consume drogas constituye un riesgo para terceros. Ejemplos: trabajos de pilotaje de aviones, conducción de maquinaria pesada o locomoción colectiva (trenes, buses) y puestos de seguridad en centrales nucleares, trabajos que implican portar armas, trabajos que exigen movimientos finos y precisos: cirujanos.*
- *Puestos de trabajo con solicitud horaria flexible. Ejemplo: médicos obstetras."*

⁶⁷ Ob. Cit. LIZAMA Y UGARTE, pp. 257.

incompatibilidad del consumo con el trabajo ofrecido en miras a determinar las características o idoneidad personal para el cargo.

3.5.2.- Exámenes Ocupacionales.

Respecto de este apartado es que se genera mayor desarrollo doctrinario y, por cierto, un abanico normativo –desde los mandatos constitucionales hasta normas específicas del Código del Trabajo- que regula, a grandes rasgos, la existencia de éstos como manifestación de las potestades y facultades administrativas de todo empleador. Abundante jurisprudencia administrativa ha marcado la pertinencia de algunos de éstos, la forma de realizarlos y cómo compatibilizarlos con los derechos y garantías constitucionales que pueden verse envueltos.

Para un debido tratamiento de este tema hemos decidido abarcarlo desde los distintos *momentos* en que éstos pueden y deben ser efectuados, ya que de cada uno de estos puede significar un tratamiento jurídico diverso, mirado desde la implementación de los exámenes respectivos, hasta el marco sancionatorio aplicable. Asimismo, esto nos permitirá luego dedicarnos al tratamiento específico y sistemático de los exámenes de control preventivo, tema fundamental del informe en desarrollo.

3.5.2.1. Exámenes establecidos para transferencias de trabajadores o postulación por concursos internos.

Respecto de este tema el desarrollo doctrinario y jurisprudencial no da luces específicas para su tratamiento. No obstante esta dificultad inicial, analizarlo desde el punto de vista de las reglas generales y de las necesidades propias de la Empresa que los aplica podrán darnos los lineamientos mínimos para su establecimiento.

Habiendo señalado lo anterior, cabrá determinar los casos específicos para el establecimiento de este tipo de pesquisas, que como fue mencionado dentro del marco general de este capítulo, deberá suscribirse a la incidencia que pueda tener un eventual consumo de alcohol y/o drogas en el desarrollo de la faena productiva.

Ante esto, surge la necesaria conclusión que dichas labores contienen riesgos inherentes o propios a la labor realizada. Por ende, entenderemos que serán pertinentes toda vez que estemos en presencia de actividades que, sea por el esfuerzo físico y mental a realizar por el trabajador, sea por el riesgo que pueda presentar a la labor productiva y al resto de los trabajadores, o bien por la incidencia del rol ejercido, hagan necesario este tipo de pesquisas.

La distinción no es baladí. Se intentará por medio de esta medida de control establecer la idoneidad o capacidad personales del trabajador para la labor encomendada. Por ende, sobrepasar el tenue límite que puede haber entre este tipo de exámenes y la eventual discriminación en torno al acceso a determinado trabajo se ve como consecuencia latente.

Lo que subyace, entonces, a este tipo de medidas será principalmente fijar las aptitudes laborales del trabajador-postulante en mérito a circunstancias o situaciones que revistan algún tipo de riesgo o determinen, eventualmente, peligros para la actividad productiva. Entendemos que este será un criterio apto para establecer estas medidas, toda vez que se condice con la normativa laboral vigente, dando un contexto en el cual la exigencia para determinar tales características se apegarían a los criterios definidos para limitar ciertos derechos y garantías que amparan al trabajador, y en esencial, que puede restringirse de manera lícita la libertad a acceder a determinado trabajo.

Luego, dentro de esas actividades potencialmente riesgosas podrían comprenderse no sólo aquellas ligadas a la operación, maniobra y manipulación de

elementos, maquinarias o sustancias peligrosas per sé, sino que también –y como fue mencionado previamente⁶⁸- a aquellas referidas a puestos que, en virtud de la toma de decisiones, pueden generar condiciones psicolaborales que tiendan a la creación de riesgos evitables dentro de la actividad productiva. En otras palabras, aplicar estas medidas sobre la **transferencia de cargos críticos**, sería absolutamente viable como política y medidas de control respecto de los exámenes propuestos.

No obstante lo anterior, cabe reconocer que existe un tema de vital importancia al momento de regular este tipo de exámenes, y que tiene que ver con la confidencialidad de los datos y resultados obtenidos para el cargo que se solicita transferencia o promoción interna. Siendo el mismo empleador, los datos vertidos para efectos del cambio de faena, departamento o unidad productiva podrían redundar no sólo en el rechazo de la solicitud de traslado, sino que la aplicación de medidas por parte de la unidad a la que primitivamente perteneciere dicho trabajador. De esta forma, podría haber una incidencia mayor a lo permitido dentro de la esfera íntima y privada del trabajador, evitando sesgos ligados al conocimiento del consumo de estas sustancias.

Para salvar este eventual inconveniente, y fijar un procedimiento objetivo –sin represalias discriminatorias- podría fijarse para estos casos sistemas externos para la realización de pesquisas médicas, y en particular las desarrolladas por las empresas Mutuales, que manejando confidencialmente la información pesquisada, emiten veredicto de las condiciones físicas, mentales y psicológicas de cada trabajador, informando al empleador únicamente si éste tiene o no condiciones médicas compatibles con el cargo, sin indagar cuál o cuáles fueron los criterios que marcaron dicha decisión. De esta manera, conformando el procedimiento de postulación y eventual traslado a derecho.

⁶⁸ Vid. Supra, pp. 19.

3.5.2.2.- Exámenes en caso de incidentes o accidentes del trabajo.

Para efectos de este apartado debemos atenernos a la misma prevención hecha para el caso precedente, debiendo enmarcar nuestro análisis en consideraciones generales del derecho vigente, armonizando las medidas tendientes a implementar estos procedimientos conforme a los parámetros fijados por la ley laboral y la jurisprudencia administrativa.

Según el Instituto Nacional sobre Abuso de Drogas de los Estados Unidos (bajo utilización de la sigla “NIDA” en inglés), se ha indicado que *“el propósito de un programa de detección de drogas para casos de accidentes o prácticas peligrosas es crear un entorno laboral seguro, ofreciendo la posibilidad de realizar análisis a todo empleado implicado en un accidente laboral o que en el desempeño de sus funciones tenga que realizar actividades peligrosas”*⁶⁹.

Respecto de esto último, entonces, resalta como inherente a la actividad del empleador la necesidad de investigar aquellos sucesos que tengan resultados lesivos sobre uno o más trabajadores, o aquellos no teniendo este resultado -no verificados por una cuestión de causalidad-, pudieron potencialmente poner en peligro a uno o más trabajadores (incidentes laborales); con el fin de evitar hacia el futuro la existencia de los mismos, salvando tanto la seguridad del recinto como la labor productiva que puede verse afectada ante tales eventos, como indicamos.

Dentro de las medidas de control que podrá tomar el empleador, entonces, será pertinente establecer los exámenes toxicológicos como forma de descubrir los antecedentes que rodearon los eventos dañosos (o potencialmente dañosos), pero con los límites antes referidos. Por lo mismo, las consideraciones de éstos deberán centrarse en detectar causales a nivel genérico, proscribiéndose el uso de estos para

⁶⁹ Ob. Cit. ESPINOSA, pp. 49.

someter a escrutinio a uno o más trabajadores en particular, siendo denegada toda actitud “pre-policial” que pudiere contener la o las medidas de control efectuadas.

3.5.2.3.- Exámenes por “conductas sospechosas” o sintomatológicas.

Las conductas “sospechosas” de consumo de alcohol y drogas son, en efecto, una de las consideraciones que genera mayores aprehensiones en el ámbito de los exámenes ocupacionales, y en particular sobre la pertinencia de establecer exámenes toxicológicos de detección del alcohol y drogas.

Como señalamos para el caso de accidentes o incidentes del trabajo, la normativa en este caso también dirá razón a la normativa genérica para el caso, y por lo mismo, esta medida deberá responder a los criterios propios de toda pesquisa que pudiere vulnerar derechos fundamentales.

Es entendible que un trabajador que realice funciones bajo la influencia de alcohol y/o drogas podría generar severos peligros a la faena, y en particular si esta labor es de aquellas consideradas riesgosas.

Para el caso que nos ocupa, no existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna regla o directriz que trate sobre este tema, por lo que deberá subsumirse dentro de otras hipótesis que la regulen o que determine algún tipo de sanción aplicable. Sin embargo, dentro de la regulación de ciertas labores que conllevan inmanente peligro – como es el caso de la actividad minera- existe normativa específica, la que establece la estricta prohibición para todos los trabajadores de presentarse a sus respectivas jornadas de trabajo bajo síntomas o evidencias de encontrarse bajo la influencia de tales sustancias, o bien, que muestren sintomatología específica mientras realizan sus labores diarias. Respecto a esto, el artículo 40 del Decreto sobre Seguridad Minera señala específicamente que: *“Está estrictamente prohibido presentarse en los recintos*

de una faena minera, bajo la influencia de alcohol o de drogas. Esto será pesquisado por personal competente, mediante un examen obligatorio que se realizará a petición del Supervisor responsable". Luego, el inciso siguiente dispone "La negativa del afectado al cumplimiento de esta disposición dará motivo a su expulsión inmediata del recinto de trabajo, pudiendo requerirse, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza pública para hacerla cumplir, en conformidad con los procedimientos previstos en la legislación vigente".

Siendo esta normativa específica un caso aislado de regulación general, su contenido y aplicación deberá armonizarse respecto de lo revisado latamente en esta investigación. Así, debemos plantearnos la forma en que debe ser llevada a cabo esta medida, como realizar estos exámenes y las consecuencias jurídicas que puede llegar a tener.

Respecto de la forma en que debe realizarse ese examen –el punto más conflictivo, a nuestro juicio- debe establecerse que procederá de acuerdo a pautas objetivas de control. Por regla general, será el supervisor directo de cada trabajador el que detecte este tipo de conductas en el trabajador. Esta situación puede significar la posibilidad latente de que bajo dicho personalismo puedan suscitarse arbitrariedades o conductas de persecución sobre determinado trabajador, lo que implicaría una vulneración de principios jurídicos básicos asentados por nuestra jurisprudencia, en cuanto toda actividad pre-policia o de hostigamiento deben estar proscritas dentro de las relaciones de trabajo. Ante esta eventual situación, entendemos, se requeriría que dicho supervisor tenga nociones precisas para establecer con exactitud la existencia de sintomatología por consumo de alcohol y/o drogas. Es sabido que algunos de los rasgos son apreciables a la sola actividad de nuestros sentidos, pero no ocurre así con todos.

Entonces, al analizar de manera sistematizada la normativa existente, interpretando de manera general los conceptos que regulan la realización de estas pesquisas, debemos necesariamente concluir que dicho procedimiento debe ser

particularmente objetivo. En este sentido, la pertinencia de una evaluación médica previa a la realización de los exámenes toxicológicos dejaría de lado las eventuales contradicciones con el sistema garantista que ampara al trabajador. Existiendo condiciones basales que permitan resguardar dichos preceptos, la obligatoriedad del examen no debería tener, asumimos, consecuencia alguna desde el punto de vista de la adecuación a nuestro sistema jurídico.

Luego, la controversia podría suscitarse en torno a la consecuencia jurídica de establecerse la concurrencia a las labores bajo los efectos del alcohol o drogas. A este respecto cabe indicar que lo más adecuado sería ceñirse a lo dispuesto en las bases normativas de los reglamentos internos, habiéndose regulado expresamente en ellos las obligaciones y prohibiciones atinentes a este tipo de conductas. Creemos, así, que extender esta figura a una posibilidad de despido no tendría relación con alguna causal de exoneración en contra del trabajador, a menos que en el evento de encontrarse bajo influencia de estas sustancias, se configuren otros hechos que, globalmente, establezcan la pertinencia de encausar las medidas disciplinarias a tomar como causal de despido.

3.5.2.4.- Exámenes preventivos para determinar el consumo de alcohol y drogas.

Habiéndose establecido la incidencia del consumo de alcohol y drogas como un fenómeno social arraigado en cada una de las aristas en los que se desenvuelve el ser humano, y en específico, siendo el ámbito laboral una de las actividades en donde esta anómala situación toma lugar y genera consecuencias potencialmente lesivas, se ha generado a nivel global por parte de los empleadores políticas y conductas tendientes a mitigar, y eventualmente, erradicar este tipo de situaciones dentro del devenir empresarial.

Resta indagar sobre la regulación dada para este tipo de medidas de control, las que revisten un importancia mayor dentro de la investigación llevada a cabo en estas líneas.

El establecimiento de exámenes toxicológicos aleatorios para determinar el consumo de alcohol y/o drogas por parte de los trabajadores resulta un campo fértil para determinar la legitimidad de la medida, toda vez que con ésta se busca por parte del empleador prevenir situaciones que revistan –de una u otra manera- eventuales condiciones dañosas para la actividad realizada –atacando la productividad-, o bien, que redunden en condiciones inseguras para la generalidad de los trabajadores.

Y si bien, al igual que las pesquisas tratadas en los dos apartados anteriores, no existe una regulación normativa expresa que pueda situarnos en la pertinencia de estas medidas, sí responderá a la regulación global de nuestro sistema jurídico bajo el deber de resguardar –como toda medida de control- las garantías y derechos mínimos reconocidos constitucionalmente y reflejados en las diversas normativas, ora de texto constitucional, ora de leyes propiamente laborales. Ahora bien, la novedad en este caso es que la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha regulado el proceder de estos sistemas de control, resguardando las condiciones previamente referidas.

En efecto, esta medida de control no se diferencia de las anteriores en cuanto su funcionalidad, mas sí en cuanto el fundamento de la misma. Para los dos casos anteriores –de exámenes toxicológicos ocupacionales- se está en presencia de hechos o sucesos que avalan, bajo las restricciones sabidas, la pertinencia de los mismos. En cambio, para el caso que nos ocupa, la determinación de éstos surge por una necesidad general, abstracta, de control.

Ante esta diferenciación, las observaciones que pudieren surgir desde la defensa de bienes jurídicos individuales –incluyendo, obviamente a todo trabajador- podrían hacer mella a la posibilidad de obtener con éxito la implementación de estos

exámenes. Sin embargo esto, cumpliéndose con el marco jurídico dispuesto para tales eventos, no habría incompatibilidad alguna con el respeto a dichas garantías.

Dicho marco jurídico –basado en las prescripciones de la Dirección del Trabajo⁷⁰- presupone ciertas condiciones mínimas para el establecimiento de estos procedimientos, a saber:

1. Contenerse expresamente dentro del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad;
2. Responder al **principio de proporcionalidad** mediando los tres sub-principios analizados en el capítulo anterior, fijando así medios idóneos para la realización de los mismos con respeto a los derechos y garantías de los trabajadores;
3. Establecer un sistema de designación de trabajadores que garantice la impersonalidad y la generalidad de esta medida, precaviendo idealmente que no haya distinción de roles. En otras palabras, garantizar la aleatoriedad en la designación;
4. Asegurar la confidencialidad en el manejo de los datos personales;
5. Fijar el tipo de exámenes y qué sustancias son las que se medirán con las pesquisas⁷¹; y
6. Establecer medidas disciplinarias –en el caso que las haya- conforme al Código del Trabajo, esto es sobre vulneración de obligaciones y prohibiciones al Reglamento Interno.

⁷⁰ Vid. Supra. Nota 23.

⁷¹ Para complementar información *vid. infra.* nota 43.

Estas son las consideraciones básicas que toda regulación empresarial, a través de sus reglamentos internos, debiera respetar para establecer, conforme a derecho, este tipo de medidas.

De no conformarse con estos principios básicos, la pertinencia de estos exámenes podría redundar en prácticas vulneratorias de derechos fundamentales, y por lo mismo, estar consecuentemente expuesto a sanciones administrativas y/o judiciales.

3.6.- Medidas de control en tanto obligaciones de higiene y seguridad en el marco de la tercerización del trabajo. Forma de establecer exámenes pre-ocupacionales y ocupacionales para trabajadores subcontratados.

Finalmente es del caso que analicemos la forma en que el empleador pueda trasladar la obligatoriedad de las medidas de control a implementar –y en este caso la procedencia de exámenes para detección de alcohol y drogas- ante los trabajadores que no mantienen vínculo laboral con aquél, sino con un tercero: la empresa contratista o subcontratista.

Cuando hablamos de subcontratación hacemos alusión a un fenómeno de larga data en el derecho laboral y dice relación con el marco de tercerización de las relaciones laborales. En este caso, cuando un empleador o empresa (empresa principal o mandante) solicita a otra (empresa contratista) la prestación de un determinado servicio, provisto por trabajadores vinculados contractualmente sólo con esta última. Esto último implica una enorme dificultad en el caso que nos ocupa: se diluye la Potestad de Mando radicada en la empresa principal (y su empleador), toda vez que no existe vínculo de subordinación y dependencia de ésta sobre los trabajadores provistos por dichas empresas.

No obstante lo señalado anteriormente, por mandato de la ley, la empresa mandante tiene una obligación directa en materia de higiene y seguridad, así reza de manera certera el artículo 183-E del Código del Trabajo, luego de la entrada en vigencia de la ley N° 20.123 durante el año 2006. Ahora bien, ¿cómo debemos entender este mandato expreso? Que todo trabajador tiene el derecho de exigir tanto a su empleador (empresa contratista o subcontratista en su caso) como a la empresa principal, que adopten todas las medidas necesarias para proteger eficazmente su vida y salud en el lugar de trabajo. Bajo esta premisa, entonces, entendemos que será obligación del empleador directo de tales trabajadores, como de la empresa principal mantener condiciones seguras de trabajo. Así, y dentro de estas medidas, las tendientes a determinar la existencia de riesgos ligados al consumo de drogas y alcohol dentro de las faenas productivas como forma de resguardar la vida y seguridad de todos los trabajadores, que es el tema que nos ocupa para efectos de este informe, como es sabido.

Luego, y habiendo señalado que ante la falta de vinculación jurídica entre trabajadores subcontratados y empresa principal obstaría que dentro de las políticas y medidas de control instruidas por ésta pudieran obligarse directamente a dichos trabajadores a practicarse este tipo de pesquisas médicas, la forma para el establecimiento de éstas se establecerá dentro de las relaciones jurídicas que nacen de los términos contractuales fijados entre mandante y empresa contratista. Es decir, será parte de los contratos civiles o comerciales que medien entre dichas empresas las que deberán establecer las medidas tendientes a establecer las medidas de prevención correspondientes.

Las modificaciones establecidas por la ley N° 20.123 redundan en este ámbito. Así, dentro de las modificaciones prescritas sobre el tema que nos convoca, encontramos las establecidas respecto de la ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades, en específico en el artículo 66 bis. La norma ahí contenida impone a la empresa principal velar por las condiciones de seguridad mínimas para todo tipo de trabajador –sin importar su dependencia- y vigilar por el cumplimiento de la

normativa respecto a higiene y seguridad dentro del trabajo, toda vez que en la faena se desempeñen más de 50 trabajadores.

Asimismo, para la implementación de las medidas de control, deberá la empresa mandante confeccionar un reglamento especial para contratistas y subcontratistas, estableciendo la forma de coordinar medidas preventivas para el aseguramiento de dichas condiciones de seguridad, uniformando así los requerimientos de la empresa principal sobre higiene y seguridad. En suma, deberá replicarse un Reglamento Interno en lo que respecta a Higiene y Seguridad para las empresas contratistas y/o subcontratistas en su caso, disponiendo para ellas las mismas medidas que para los trabajadores dependientes de la Mandante (dentro de las que deberán incluirse, por ejemplo, las medidas de control para la detección de alcohol y drogas respetando los requisitos para este tipo de medidas), teniendo así resultados análogos a los propuestos para todos los trabajadores dependientes de la empresa principal.

En consecuencia, será dentro de las relaciones establecidas entre empresa mandante y empresa contratista en donde radicará el establecimiento, pertinencia y forma de realización de los exámenes médicos que hemos estudiando, de acuerdo a la redacción de un reglamento específico para las mismas, que contengan el catálogo de obligaciones, prohibiciones y medidas de control atinentes para la establecer las condiciones mínimas de seguridad en el trabajo.

CAPITULO IV. POLÍTICAS DE CONTROL DE ALCOHOL Y DROGAS EN CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA INTERNA DE CODELCO-CHILE

4.1.- Antecedentes generales.

Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, la contundencia de los documentos analizados y la aplicación de normas y principios estudiados, debe tener una manera de expresarse en lo práctico.

Con tal objetivo fueron analizadas la diversa documentación tenida a la vista para efectos de conformarla con el contenido de este trabajo, y en tal sentido, se hizo pertinente llevarlo a cabo respecto de la normativa interna de una de las empresas nacionales más grandes del país, y en definitiva, uno de los mayores productores de cobre del mundo: CODELCO-Chile.

Dicha elección no fue baladí. Además de lo mencionado en el párrafo anterior, ha sido CODELCO-Chile una de las pocas empresas estatales en mostrar una real preocupación por el tema de las adicciones y el consumo de alcohol y drogas en el ámbito de las relaciones laborales. En este marco se desarrolló durante el año 2003 un proyecto que citó tanto a directivos de esa Corporación como a representantes del ámbito laboral, precisamente dirigentes sindicales de los trabajadores y supervisores, para que en conjunto pudieran encontrar una forma de enfrentar esta problemática, tal cual lo recomienda la Organización Internacional del Trabajo en su protocolo de recomendaciones ya antes citado en este trabajo.

Dicha mesa de trabajo elaboró, dentro del marco de la Política Corporativa de Empresa (PCE) una política específica sobre consumo de Alcohol, Drogas y Tabaco (PADT), situación que comenzó a implementarse a partir del año 2005 en las diferentes divisiones de dicha empresa.

De las conclusiones emanadas de esta PADT resulta interesante establecer el cambio de perspectiva en cuanto el tratamiento de los problemas derivados del consumo de dichas sustancias. En este orden de ideas, se lo tomó como un problema de salud tal y como es la tendencia actual en esta materia, alejando las ideas represivas al respecto, e intentando dar soluciones que miran más a la prevención e instrucción que a la sanción y persecución de aquellos trabajadores inmersos en dicho problema adictivo.

De esta forma se dio lugar a la implementación de políticas acorde con lo recomendado por la OIT en este marco, dando un paso importantísimo –en lo que a empresas del sector público se refiere- conformando sus lineamientos tanto al Derecho y doctrina actuales en esta materia.

No obstante lo anterior y existiendo esa política, las buenas intenciones en ella enmarcadas no tuvieron el tratamiento debido en los reglamentos internos de cada una de las divisiones. Bajo esta premisa, si bien la preocupación de la Empresa en cuestión tendía a una proyección correcta sobre el tratamiento del tema, en concreto la normativa interna divisional no tomó los requisitos necesarios para que dichos fines tuvieran, finalmente, resultados y consecuencias jurídicas adecuadas, siendo aún deficitarios dichos instrumentos en cuanto la necesidad de adecuarse al ordenamiento jurídico nacional y a los mandatos emanados desde la Dirección del Trabajo en esta línea. En esta observación, por tanto, haremos eco de las deficiencias anotadas y luego daremos un pronóstico general, a fin de generar una visión concreta –nacida al alero de esta gran empresa- de este tipo de regulaciones en nuestro país.

4.2.- Marco jurídico laboral aplicable a los trabajadores de Codelco-Chile.

CODELCO Chile nace del proceso de nacionalización del cobre gestado desde el gobierno de don Pedro Aguirre Cerda y culminado durante el Gobierno de Salvador Allende en 1971 en el llamado proceso de “nacionalización del Cobre”. Sin embargo

esto, no será sino hasta 5 años después que se dará nacimiento a la Corporación Nacional del Cobre al refundir las 5 empresas que comprendían la denominada “Gran Minería del Cobre Chileno”.

Así, esta institución se yergue como empresa de propiedad del Estado de Chile, con el fin de explotar la actividad minera, industrial y comercial. Se le dota, asimismo, de personalidad jurídica y patrimonio propios. Este proceso final de constitución emana del Decreto Ley N° 1.350 de 28 de febrero de 1976, regulando su orgánica y funcionamiento.

Ahora bien, y no obstante ser CODELCO Chile empresa estatal, su regulación se diferencia de toda empresa o servicio público. Así dispone expresamente el título V del mentado Decreto Ley. Dentro de este título se regula, además, el marco jurídico establecido entre esta Empresa y sus trabajadores, disponiendo de manera expresa el inciso segundo del artículo 25 del texto referido que: “Los trabajadores de la Empresa estarán sometidos a las disposiciones del Código del Trabajo y leyes complementarias, así como también a las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que rijan para las empresas del sector privado”.

Con esto clarificamos cualquier duda que pudiese surgir al analizar la pertinencia de aplicar las normas propias del derecho laboral a las relaciones jurídicas existentes entre CODELCO Chile y sus trabajadores, conforme al análisis propuesto en este informe.

4.3.- Análisis normativo la Política Corporativa de Alcohol y Drogas de Codelco y de los reglamentos internos de sus divisiones productivas.

4.3.1.- Política Corporativa de Alcohol y Drogas.

Como fue señalado, durante el año 2003 se propició una mesa de diálogo entre diferentes estamentos de la Empresa con el fin de tratar de manera sistemática el problema del consumo de alcohol, drogas y tabaco al interior de CODELCO.

Los fines de esta política alcanzaban a diferentes ámbitos de acción, con especial énfasis en la prevención e instrucción y en el tratamiento y rehabilitación, dejando de lado –en tanto tema principal, como mencionamos- métodos de represión contra los trabajadores consumidores de dichas sustancias.

De esta manera se elaboró una propuesta que contó con el acuerdo de los trabajadores, en tanto esta preocupación significaba dotar a la Empresa de lugares de trabajo que propendieran a la seguridad y a mejores ambientes laborales. Así quedó plasmado en el documento que sintetizó las conclusiones y los ámbitos de aplicación de esta Política. De este documento podemos extraer sus principales objetivos⁷²:

- Objetivo general: Lograr que la comunidad laboral y sus familias estén sustantivamente menos expuestas a los riesgos y consecuencias de la adicción y consumo de sustancias dañinas para su salud.

- Objetivos específicos:

- Educar, informar y sensibilizar sobre el consumo de estas sustancias y sus consecuencias en la salud, la familia y la sociedad;
- Facilitar y crear condiciones para el diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y rehabilitación del trabajador y su familia; y
- Enfrentar y evitar el abuso de alcohol, drogas y tabaco en nuestra comunidad y anticiparse a la aparición de los daños.

⁷² Recurso electrónico disponible en: http://www.ftc.cl/p_c_e_archivos/politica_alc_drogas.htm

Esto redundó en diferentes ámbitos de acción por parte de la empresa con el fin de resguardar los fines de esta Política. Así se definió una estrategia que abarcaba cuatro puntos específicos, a saber:

1. Promoción y prevención;
2. Diagnóstico precoz;
3. Tratamiento y rehabilitación; y
4. Seguimiento y evaluación.

De esta forma se generó un documento que marcó una clara intención de controlar este problema, pero centrados en el tratamiento óptimo para esta materia, abarcando diferentes espacios del ser humano en los que puede afectarse el consumo de alcohol y/o drogas.

Este documento vendría, luego, a querer aunar criterios en toda la normativa interna de CODELCO-Chile, lo que si bien se ha ido logrando instaurar en cada una de las divisiones de esta empresa minera, no ha logrado cumplir con los requisitos mínimos para que surta esa Política reales efectos jurídicos. Este tema analizaremos a continuación.

4.3.2.- Reglamentación interna de CODELCO-Chile. Observaciones a los Reglamentos Internos de sus diferentes Divisiones productivas.

Dentro de la organización productiva de CODELCO-Chile encontramos independencia regulatoria en cada una de sus divisiones productivas, a saber: Norte, El Salvador, Andina, Casa Matriz, El Teniente y Ventanas.

Si bien esta empresa estatal mantiene su unidad en cuanto funcionamiento global, tributando bajo un mismo RUT y manteniendo esa unificación para efectos de tratos civiles y comerciales, se independiza en cuanto la regulación laboral interna

presente en cada una de sus divisiones productivas. La razón de esta cuestión radica en que cada una de estas Divisiones ha desarrollado un sistema de administración delegada del seguro por accidentes y enfermedades laborales, tal y como dispone el título VIII de la Ley N° 16.744, artículo 72 y siguientes.

En atención a lo anterior, cada División tiene un sistema de salud específico, administrado por aquélla, brindando los servicios de salud para sus trabajadores y afiliados. De esta manera, ha resultado legítima la diferenciación por área productiva de cada uno de los reglamentos internos tenidos a la vista para este estudio, por lo que genera cierta independencia divisional respecto de la regulación que observaremos a continuación.

Antes de proseguir con este trabajo, cabe señalar que para el caso de la actividad minera, que nos convoca en este capítulo, existe normativa específica, contenida en el Reglamento N° 132 sobre Seguridad Minera, el que refunde el Decreto N° 75 de 1985, dictado por el Ministerio de Minería, que en su artículo 40 dispone expresamente:

“Está estrictamente prohibido presentarse en los recintos de una faena minera, bajo la influencia de alcohol o de drogas. Esto será pesquisado por personal competente, mediante un examen obligatorio que se realizará a petición del Supervisor responsable.

La negativa del afectado al cumplimiento de esta disposición dará motivo a su expulsión inmediata del recinto de trabajo, pudiendo requerirse, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza pública para hacerla cumplir, en conformidad con los procedimientos previstos en la legislación vigente.

Prohíbese la introducción, distribución y consumo de bebidas alcohólicas y/o drogas en los recintos industriales de las empresas mineras y todo juego de azar con apuestas de dinero o bienes de cualquier especie.”

Bajo esta premisa inicial, toda reglamentación deberá establecer una normativa acorde a los derechos y garantías básicas como normas fundantes de esta regulación, y a su vez, con estricta observancia de la normativa particular que regula esta materia, como el articulado recién citado.

No obstante tener Codelco-Chile, como fue mencionado, regulaciones sobre la materia que nos ocupa en este informe consagradas de manera independiente en cada División, será nuestro análisis centrado en sólo dos de dichas unidades productivas, a saber, Codelco Norte y Codelco Casa Matriz. Se decide acotar este análisis en virtud de no extender de manera innecesaria esta memoria de prueba, toda vez que dichas Divisiones contienen la mayor regulación en cuanto la práctica de exámenes por consumo de alcohol, drogas y tabaco. En este orden de ideas, contemplando los dos cuerpos normativos internos como los más completos en términos relativos a dicha Institución, podremos obtener igualmente un eficiente diagnóstico sobre las virtudes y defectos reglamentarios que aquella posee en la materia, y de esta forma, ser capaces de aunar criterios respecto del tratamiento de este sensible tema.

4.3.2.1.- Análisis de la normativa y Reglamento Interno División Codelco Norte.

i) Reglamento Interno de Orden:

El Artículo 4° del texto mencionado prescribe someramente, que sin perjuicio de los requisitos establecidos en el artículo 3° del mismo texto legal, de acuerdo a los requisitos del cargo al cual se postula, el interesado deberá cumplir con requisitos específicos –dentro de otros nombrados- de salud que exija esta División, normativa que pasamos a citar:

“Artículo 4°: Sin perjuicio de lo señalado en el Artículo anterior, y según la naturaleza del cargo al que se postula, el interesado deberá cumplir, además, con los requisitos de educación, especialización, destreza y salud que exija la división.

Los requisitos de destreza y salud serán comprobados mediante la realización de los exámenes que la División estime pertinentes” (El destacado es nuestro)

Sin duda esa última aseveración limita con una adecuada normativa en tanto información debida y requerida para efectos de quiénes desean laborar en cualquier institución, abriendo de soslayo inquietudes en cuanto eventuales discriminaciones por pesquisas no informadas, y por tanto, por criterios no tenidos a la vista para el caso de postulantes a ciertos cargos, sea por concurso interno, sea por concurso externo.

Siguiendo con el estudio de la normativa interna de Codelco Norte, y dentro del mismo apartado, trata posteriormente sobre las “Obligaciones de Orden para el Trabajador”, y si bien sólo hay disposiciones vagas y generales, interesante es lo señalado en el artículo 39 N° 8, que señala:

PROHIBICIONES DE ORDEN PARA EL TRABAJADOR

Artículo 39°: Para preservar el orden y la disciplina en las áreas de trabajo, quedan estrictamente prohibidos los actos u omisiones que se indican a continuación:

(...)

8° Introducir, llevar o aceptar en el lugar de trabajo a personas ajenas a las labores, cualesquiera sea su edad o sexo, y que no cuenten con la debida autorización; introducir

o permitir el ingreso a las áreas de trabajo de licores, armas,
(...).

De esta manera, se estipula una normativa genérica pero pobre en cuanto contenido, prescribiendo únicamente la prohibición de ingreso de bebidas alcohólicas, lo que resulta obvio dentro de toda faena productiva o lugar de trabajo.

Luego y siguiendo con esta descripción sobre normas generales contenidas en el Reglamento Interno de esta División, en el Título XV se regulan los “*Compromisos de la División*”, Codelco da una pauta de buenas intenciones de parte de ellos hacia sus trabajadores. Señala, así en el N° 2 del artículo 65 que adoptará las medidas necesarias para la protección de la vida y salud del trabajador [...]. Luego, en su N° 5, señala que es compromiso de la División en cuestión “*Cumplir las normas contractuales y laborales, respetando a los trabajadores tanto en persona como dignidad*”, lo que en teoría busca establecer la conducta del empleador de acuerdo a las garantías y marco jurídico de protección que pesa sobre la labor empresaria el general.

Bajo lo reseñado, que ha tratado de ser más bien breve, podemos señalar que existe una suerte de reglamentación pobre al respecto, fundamentalmente por la falta de norma expresa que tome en consideración, en particular, la problemática del consumo de las sustancias que nos ocupan en este estudio, situación que analizaremos en las líneas que seguirán.

ii) Reglamento Interno de Higiene y Seguridad:

Este apartado comienza con una serie de definiciones (artículo 66) –a la usanza de los diversos reglamentos internos de variadas empresas y rubros-. No obstante lo

anterior –y en atención a las recomendaciones hechas durante este estudio-, se extraña la existencia de una nomenclatura básica en torno a la regulación sobre control de drogas y alcohol en las dependencias de Codelco Norte. En tal sentido, se vulnera la normativa elemental generada desde la autoridad administrativa, dando cuenta de la primera falencia específica en la normativa que nos hemos propuesto analizar en este sub-capítulo.

Luego, y dentro de las regulaciones establecidas en el artículo 67 de este Reglamento, en tanto prescribe que los trabajadores deberán someterse –sin perjuicio de lo establecido en el apartado anteriormente tratado- a una serie de pesquisas médicas para establecer la idoneidad de los postulantes y/o trabajadores ya contratados para ciertos puestos dentro de la Empresa. Sin detallar la especie, naturaleza o forma de llevar a cabo estos exámenes, se prescriben como obligatorios. Con todo, cabe indicar que no precisa la existencia o búsqueda de consumo de alcohol y/o drogas en dichos trabajadores o postulantes, no obstante ser éste un criterio de discriminación por parte del empleador en cuestión.

No veremos, entonces, disposiciones precisas para esta unidad productiva sino hasta entrar en el ámbito de las “Prohibiciones de Higiene”, definidas en el artículo 98 del texto en análisis, y en particular, según dispone su numeral séptimo. Como veremos.

Artículo 98°: Quedan estrictamente prohibidos a todos los trabajadores los actos señalados a continuación:

(...)

7. Introducir bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes a los recintos de trabajo de la División Codelco Norte.

7.1. Con el propósito de evitar la dependencia de alcohol, drogas ilegales, fármacos sin indicación médica y tabaco influyan negativamente en la seguridad laboral y en las instalaciones de la empresa, quedan estrictamente

prohibidos a todos los trabajadores de la División los actos señalados a continuación:

7.1.1. La producción, posesión, distribución, transferencia, venta o consumo de alcohol, drogas y fármacos sin prescripción médica en el lugar de trabajo.

7.1.2. El consumo de fármacos psicotrópicos sin prescripción médica en los lugares de trabajo.

7.1.3. El inducir, promover o facilitar drogas en los lugares de trabajo.

7.1.4. El ingreso al trabajo y/o desarrollo de actividades labores, bajo la influencia de alcohol, drogas y fármacos sin prescripción.

7.1.5. Concurrir a las faenas y permanecer en los recintos de trabajo en estado de embriaguez o bajo los efectos de alcohol o drogas.

7.1.6. Conducir u operar equipos o maquinaria bajo la influencia de drogas o en estado de intemperancia alcohólica.

7.1.7. Consumir, introducir, vender, traficar o estar en posesión de drogas o estupefacientes ilegales en los recintos de Codelco Norte o en cualquier otro lugar en que desempeñen sus funciones. Asimismo les está estrictamente prohibido manejar vehículos o maquinarias de cualquier tipo bajo la influencia de alcohol o drogas.

7.1.8. En caso de que un trabajador se presente a trabajar en evidente estado de intemperancia alcohólicas o

con demostraciones de estar bajo la influencia de alcohol o drogas o manifestare los mismos síntomas cuando se encontrare trabajando, el supervisor que lo tenga a su cargo tendrá la obligación de comunicarse con el Asesor de Gestión de Riesgos del área y con el personal de Relaciones Laborales para que aplique el procedimiento establecido para este efecto.

7.1.9. Una vez finalizado el examen de detección de alcohol o drogas correspondientes, se levantará un acta en la que se explique las razones por qué se practicó, los resultados obtenidos y otras observaciones. El acta deberá ser firmada por los participantes enumerados anteriormente y se enviará al departamento de Relaciones Laborales.

Si producto de la situación antes señalada, el resultado del examen de detección fuere positivo o el trabajador se negare a someterse a él, éste abandonará de inmediato las faenas y será transportado en la forma que señala el procedimiento respectivo.

Se tendrá especial consideración en la aplicación del presente Procedimiento, lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento de Seguridad Minera (D.S.: N° 72 del Ministerio de Minería de 1985 que fuera modificado por el D.S.: N° 140) (...)

En ese momento la normativa se refiere expresamente al procedimiento contenido en esta norma, la que ya fue tratada anteriormente, replicando un sistema de prevención y coacción inmediata con fines de asegurar un ambiente laboral seguro dentro de toda faena minera. De todos modos, no existe una mención a un procedimiento que tenga en miras el respeto por garantías constitucionales, debiendo

ajustarse a un modelo de acción objetivo y adecuado a derecho. Deberá, entonces, morigerarse el procedimiento señalado a lo antes referido.

A renglón seguido, específicamente en el punto 7.2 del mismo artículo analizado, se hace expresa mención a la posibilidad de rehabilitación y tratamiento para aquellos trabajadores que, atendido a la existencia de un problema de adicción o consumo problemático, lo soliciten a su empleador.

Respecto de la detección precoz de dichas sustancias, el punto N° 7.3 hace alusión específica a que dichas pesquisas se realizarán de acuerdo a exámenes de carácter aleatorio y general, situación que se conforma con la normativa vigentes. No obstante, no existe en dicha disposición la descripción (o referencia a otro acápite del texto analizado) de la que podamos obtener el procedimiento por el cual se obtendría un sorteo con dichas características. Como ha sido mencionado, la impersonalidad y generalidad resultan esenciales a la hora de generar este tipo de políticas. Si no existe un sistema adecuado para la obtención de pesquisados, se cae en la eterna disyuntiva y problemática de estar infringiendo normativa que, a su vez, vulneren los preceptos antidiscriminatorios que hemos ido revisando a lo largo de este estudio.

No será sino hasta la revisión de los anexos que contiene dicho Reglamento Interno, cuando podamos estar en presencia de normas algo más específicas, pero que no lograrán dar con el estándar exigido por nuestras autoridades –doctrina y jurisprudencia administrativas-, como veremos a continuación.

- En primer lugar será el “Código de Conducta” el que trate este tema. Esta normativa intentar dar un resguardo ético a la labor de los trabajadores de Codelco-Chile, División Codelco-Norte, estableciendo un contenido axiológico común para sus dependientes. En este texto indica en su apartado “Protección de la vida e integridad física de los trabajadores” en sus puntos N° 6 y 7:

“6.- No ingresarán a los centros de trabajo de la Corporación personas que se encuentren bajo la influencia del alcohol o drogas, con sus facultades perceptivas y/o sensoriales alteradas;

7.- Los trabajadores no deben consumir, introducir, vender, traficar o estar en posesión de drogas o estupefacientes ilegales en los recintos de la Corporación o en cualquier otro lugar donde desempeñen sus funciones. Asimismo, les está estrictamente prohibido manejar vehículos o maquinarias de cualquier tipo bajo la influencia del alcohol o drogas.”

Luego, y siguiendo con el análisis de dicho reglamento interno, cabe hacer mención al anexo que trata en extenso la materia que nos convoca, de acuerdo a los diferentes apartados que enuncia. Así indica la regulación sobre los “principios y marco normativo” aplicables, de los “criterios y procedimientos” para el caso de la práctica de exámenes preventivos y aleatorios, la “frecuencia y tamaño de la muestra”, de la “selección y definición de la muestra”, siguiendo con la regulación de la “toma de exámenes”, para finalizar con el apartado de “entrega de resultados”.

Del texto en cuestión –contenido en el último anexo del reglamento- se colige la preocupación normativa que asume Codelco-Chile, en esta división, sobre el control de este tipo de conductas –consumo de drogas y alcohol-, ajustándolo a los criterios propuestos y recomendados por la Organización Internacional del Trabajo. De esta manera, se intenta por parte de esta regulación dotar de un sistema que intente garantizar la objetividad de los procedimientos y el resguardo de la privacidad de sus trabajadores en todo ese proceso.

A mayor abundamiento, Codelco-Norte asume el consumo de dichas sustancias como una enfermedad, por lo que regula como necesaria la prevención, la detección temprana y la rehabilitación como medidas básicas de todo procedimiento de control de alcohol y drogas. Bajo este respecto, cita de manera expresa lo dictaminado en la Política Corporativa sobre consumo de Alcohol, Drogas y Tabaco (PADT) generada por dicha institución y los representantes de los trabajadores –ya enunciada anteriormente-, instando por un proceder acorde a la normativa nacional y a los lineamientos generados en los diversos instrumentos internacionales, los que sin necesariamente ser vinculantes en el ordenamiento jurídico nacional, sí proceden

como un manual de buenas prácticas a la hora de instaurar este tipo de acciones y de medidas de control por parte de los empleadores.

Destacan, de esta manera, la forma en la cual el empleador dispone de toda la población laboral, sin distinción alguna para efectos de las tomas de muestras aleatorias, indicando la necesidad de un sistema de sorteo por Tómbola Computacional –el que de ser acreditado por los órganos fiscalizadoras podría generar certezas en el proceso de selección-, el que da luces de evitar cualquier tipo de práctica pre-policial, que como vimos en los capítulos anteriores, tiene serias probabilidades de transformarse en un sistema arbitrario, y por ende, ilegal. En este mismo orden de ideas, el requerimiento de un sistema de información personalizada y confidencial sigue la misma línea de los protocolos recomendados, marcando un índice importante en cuanto resguardar el honor y honra del trabajador, importando a su vez un resguardo en el trato igualitario de la población laboral por parte de los representantes de dicha empresa minera.

Además, en términos de los protocolos y procedimientos señalados por esta empresa, creemos importante el hincapié que se hace en cuanto el tratamiento de los datos al momento de la entrega de resultados, sean estos positivos o negativos. En el primero de los casos, también es destacable la existencia de un procedimiento objetivo de contra-muestra y resultados confirmatorios, intentando dejar de lado la peligrosidad que reviste la existencia de falsos positivos.

Sin embargo lo anterior, queda al descubierto algunas imprecisiones por parte de la regulación dada, siendo imperioso ajustar la dicha regulación a lo indicado por tales procedimientos recomendados y por lo señalado latamente por la doctrina administrativas de este país. En tal sentido, huelga agregar a dichos textos normativos un catálogo de definiciones –sobre las sustancias a pesquisar en este tipo de pesquisas, tipo de muestras a obtener (fluidos, pelo, etc.), la cantidad de muestra a obtener de cada trabajador, concentración de sustancias sobre las que se entenderá la existencia ilegal de drogas o alcohol, definiciones sobre lo que se debe entender en caso de “estado de ebriedad” o bajo la influencia de”, identificar los entes encargados

de la muestra, entre otra nomenclatura ad-hoc para este tipo de procedimientos-. Asimismo, se requerirá normativizar el procedimiento de selección aleatoria con mayor nitidez, dando paso a un procedimiento por todos conocidos, y no obstante agregarse en documentos separados, éstos deberán pertenecer al cuerpo de la regulación contenida en el reglamento interno respectivo, recomendando a su vez incluirlo en su cuerpo principal y no mediante anexos, situación dada en la práctica. Recomendable sería, a su vez, establecer un sistema sancionatorio específico, que no indique referencias a organismos internos que determinarán “las medidas disciplinarias en cada caso”, ya que –como indicamos-, este tipo de conductas deberán sancionarse mediante lo presupuestado para la vulneración a normas de reglamentos internos contenida en el Código del Trabajo, siendo impropio –a menos de configurarse un hecho que satisfaga causales de caducidad del contrato de trabajo- imponer sanciones más graves que las ahí referidas.

Complementa, como fue señalado, la normativa de esta División documentos independientes que norman con precisión diversos elementos omitidos del reglamento interno. Así cuenta dicha repartición minera con:

- Un “Manual de Usuario” para efectos del manejo y configuración del sistema computacional de selección de personal. Documento que detalla de manera completa los protocolos computacionales para efectos de lograr un adecuado sorteo (aleatorio, general e impersonal) de trabajadores para efectos de las muestras requeridas;
- Un “Procedimiento Control de Alcohol y Drogas”, que a su vez detalla en extenso la forma de realización de las pesquisas médicas a realizar, las sustancias a controlar, concentraciones de las muestras y protocolos clínicos aplicables, lo que resulta ser óptimo como forma de entendimiento del procedimiento de exámenes sobre consumo de alcohol y drogas, pero que por no contenerse en el apartado respectivo del reglamento interno no logra vinculación alguna, y deja –por otra parte- falente la regulación principal a la que debería optar todo empleador.

- Un “Procedimiento de Testeos Aleatorios”, el que entrega información en general sobre el proceso de exámenes preventivos de dichos controles, indicando el proceso desde la selección hasta la entrega de resultados, todo esto de una manera mucho más general que el documento anteriormente referido.
- Y finalmente, dicha División regula el “Procedimiento de Reinserción Laboral” como política definida para el caso de aquellos trabajadores que, habiéndoseles determinado por medio de los controles referidos la existencia de sustancias prohibidas, deseen ingresar a tratamiento de rehabilitación, como asimismo, bajo la firma de una Carta de Compromiso, que dicho sea de paso, sólo importará una declaración de principios en cuanto el empleador se compromete a financiar su tratamiento mirando, a su vez, la renuncia del trabajador al consumo (o consumo problemático – adicción) a dichas sustancias.

En suma, podemos concluir que para efectos de la regulación sobre la materia que nos ocupa en el caso de la División Codelco-Norte, la regulación resulta ser apropiada, sin embargo aún deficitaria en términos más claros y precisos.

Entonces, y como fue mencionado, bajo los antecedentes estudiados anteriormente hemos revisado aquella normativa interna perteneciente a la referida división productiva de Codelco-Chile que contiene la mayor cantidad de normas y amplitud regulatoria sobre el tema que nos ocupa. Sin embargo, y como fue indicado durante las líneas que precedieron, el análisis arroja ciertas falencias, en particular en cuanto al detalle contenido en el reglamento interno estudiado. Así, se requerirá un esfuerzo reglamentario mayor, incluyendo lo detallado en los documentos independientes, ya que dicho detalle corresponde –como salta a la luz de las disposiciones de nuestra Dirección del Trabajo- a las referencias que debe tener todo reglamento interno que pretenda controlar este tipo de conductas.

A continuación repasaremos la normativa correspondiente a la División Casa Matriz, que como mencionamos, corresponde a la segunda mayor regulación al respecto, siendo junto a Codelco-Norte aquellas divisiones que nos ayudarán de mejor manera para diagnosticar el tratamiento de las medidas de control referidas al control del consumo de alcohol y/o drogas y su incidencia en el trabajo. Una vez analizadas dicha normativa, podremos concluir cómo es tratado este tema, repasaremos las diferencias y dejaremos paso a las observaciones respectivas, todo esto con directa relación al Dictamen ORD. N° 5239 de 2010, que impone a Codelco-Norte ajustar su reglamento interno a la normativa vigente.

4.3.2.2.- Análisis de la normativa y Reglamento Interno División Codelco Casa Matriz.

Como fue señalado anteriormente, este apartado viene a complementar el análisis hecho para el caso de la División Codelco-Norte, toda vez que siendo –como mencionamos- aquellas normas reglamentarias que más cobertura tienen sobre el tema que nos ocupa, dan un contexto suficiente para diagnosticar las fortalezas y debilidades de esta normativa interna.

En tal sentido resulta prioritario, para efectos de esta investigación, acotar el repaso respecto de los reglamentos de esta unidad productiva, toda vez que de hacerlo en extenso estaríamos repitiendo la estructura ya vista en el acápite anterior.

Hecha esta salvedad, procederemos a revisar los documentos tenidos a la vista y que regulan las conductas ligadas al consumo de drogas, alcohol y tabaco por parte de los trabajadores de esta repartición, pasando a ver primeramente lo referido al reglamento de Orden, Higiene y Seguridad en sus respectivos capítulos.

i) Reglamento de Orden.

Este apartado inicia su catálogo de normas en el artículo 1° letra k) que dispone de la realización de exámenes para los postulantes a cargos en dicha división, para los cuáles deberá –por medio de ciertas pesquisas- determinar la compatibilidad de salud con el cargo en cuestión, siendo a su vez profundizado por el artículo 2° de este texto, señalando a su vez:

Artículo 2°: Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior y según la naturaleza del cargo al que se postula, el interesado deberá cumplir, además, con los requisitos de educación, especialización, destreza y salud que exija la Casa Matriz. Los requisitos de destreza y salud serán comprobados mediante la realización de los exámenes que la Casa Matriz estime pertinentes.

La Casa Matriz, cuando lo estime conveniente en razón del cargo a que se postula, podrá someter al postulante, mediando previa autorización por escrito, a tests de alcohol y drogas con la exclusiva finalidad de comprobar la calificación exigida para el empleo.

De la misma manera, en caso de transferencia desde Casa Matriz a otra División o viceversa, en razón del cargo a que se transfiere, podrá someterse al postulante, mediando previa autorización por escrito, a tests de alcohol y drogas con la exclusiva finalidad de comprobar la calificación exigida para el empleo al que será transferido.⁷³

⁷³ Los destacados son nuestros.

El artículo transcrito indica la preocupación inmediata que tiene esta empresa para el caso de la presencia de consumo de alcohol y/o drogas en el trabajo, e incluso antes, previo a la existencia de vínculo contractual (inciso segundo). Sin embargo, esta norma resulta insuficiente para el caso de los exámenes pre-ocupacionales –que si bien tener una mayor laxitud en su regulación- sí predispone a la idea de actuación arbitraria por parte del eventual empleador bajo frase “estime conveniente”. En ese caso, sería dable compatibilizarlo con lo que hemos estudiado en esta investigación, y que dice relación con ciertos requisitos primordiales, a saber:

- a) Obtener el consentimiento del examinado para la realización del examen;
- b) Respetar la vida privada e intimidad del examinado estableciendo la total confidencialidad de los resultados obtenidos por el muestreo;
- c) Y, finalmente, el respeto absoluto al principio de no discriminación, teniendo relación la pesquisa con establecer la aptitud o calificación para el puesto en cuestión.⁷⁴

En ese sentido más acorde la normativa, evitando en la práctica actitudes lesivas de derechos fundamentales y sus consecuencias posteriores.

Además, debemos poner atención a lo referido en el inciso tercero de la norma recién citada, ya que asimila a las disposiciones sobre concursos internos a las postulaciones de trabajadores no vinculados con Codelco (concurso externo). Como vimos, esta posibilidad no puede ni debe verificarse en ningún reglamento interno que regule este tipo de conductas, toda vez que dichos trabajadores mantienen un vínculo con la empresa referida, y por tanto, este tipo de exámenes se encuentran dentro del

⁷⁴ Vid. Supra. pp. 66.

ámbito de las pesquisas médicas ocupacionales⁷⁵, tema ya tratado en esta memoria, al cual nos remitimos expresamente.

Posteriormente, el mismo reglamento hace mención expresa a este tema al tratar sobre “Las Obligaciones y Prohibiciones” de los trabajadores, en particular en lo referido en el artículo 51, literales i) y l), que indican:

Artículo 51: Es obligación de los trabajadores de Casa Matriz cumplir con las obligaciones (...). Especialmente, estarán obligados a:

(...)

- i) Cumplir con las citaciones a exámenes médicos que se les haga, para la comprobación de su estado de salud y aptitud orgánica de acuerdo a la ocupación que desempeñan;*

(...)

- l) Someterse a los exámenes que la Empresa determine, destinado a verificar la salud compatible con el cargo, función y lugar de desempeño y aquellos exámenes insertos dentro de las políticas preventivas de consumo de alcohol y drogas que se implementen. Estos exámenes siempre deberán asegurar la reserva de información y la dignidad del trabajador. Los métodos de examen deberán ser siempre idóneos (destacado mío) a su objeto; generales e impersonales. Dentro de los métodos para detectar el consumo de alcohol o drogas no se considerará el polígrafo. De este modo, la Empresa podrá disponer que se efectúen exámenes aleatorios destinados a detectar el consumo de alcohol o drogas no prescritas médicamente, con el propósito de resguardar la seguridad y prevenir*

⁷⁵ Vid. Supra. pp. 67 y siguientes.

accidentes laborales que involucren tanto al trabajador como al resto del personal.

Luego el artículo 53 viene en complemento de la misma normativa anterior, generando las prohibiciones específicas respecto de todo trabajador, indicando precisamente en sus literales d) y e) lo siguientes:

ARTÍCULO 53º: Está prohibido a los trabajadores:

(...)

d) Presentarse al trabajo bajo efectos del alcohol, de drogas o estupefacientes.

(...)

e) Introducir, consumir, inducir al consumo, vender, traficar o estar en posesión de bebidas alcohólicas drogas o estupefacientes en los recintos de la Empresa

Finalmente esta parte del reglamento determina las responsabilidades a las que estarán sometidos los trabajadores en caso de contravención de las normas antes indicadas (Obligaciones y Prohibiciones), estableciendo consecuencias jurídicas de dicho incumplimiento, que oscilan entre una rigurosidad exagerada e ilegal de acuerdo a los preceptos contenidos en el Código del Trabajo, y la aplicación de sanciones adecuadas para el campo de estudio que nos ocupa. Así, por ejemplo, el artículo 56 inciso segundo prescribe: *“La infracción a los artículos 51º, 53º, 54º y 55º -normas que hemos revisado la parte atinente a este estudio- podrá constituir infracción a las obligaciones del contrato de trabajo.”*. Por su parte, lo dispuesto en el artículo 63 nos indica una morigeración de dichos preceptos, adecuando el reglamento a la normativa vigente en el Código, señalando que *“Cualquier falta o infracción a las disposiciones de este Reglamento y que no sea causal de terminación de sus contratos de trabajo,*

será sancionada con las siguientes medidas, según la naturaleza e importancia [...]”, indicando a su vez las sanciones contempladas en el artículo 154 N° 10 del Código del ramo, concluyendo al siguiente inciso “Estas sanciones de ningún modo impedirán a la Empresa ejercer su derecho de poner término a la relación laboral cuando la infracción (...) constituya, también, una causal de terminación del contrato de trabajo”, lo que resulta conforme a los términos que acá hemos expresado.

ii) Reglamento de Higiene y Seguridad.

En este apartado, este reglamento comienza estableciendo una nomenclatura básica para contextualizar este documento, padeciendo de las mismas falencias referidas para el caso del reglamento de la división Coldelco-Norte, y que se extiende a toda la regulación de esta empresa. Asume, esta vez, una definición formal de droga, pero con todo, igualmente insuficiente para efectos de regular esta materia, quedando pendiente la inclusión de otros ítems que hemos visto en el tercer capítulo de esta memoria.

Posteriormente, el artículo 90° de este texto indica Prohibiciones en el mismo sentido que lo escriturado en el apartado anterior, indicando además la prohibición expresa de vender o traficar dichas sustancias, situación que es de perogrullo, ya que esa hipótesis se encuentra reglada y sancionada por la ley N° 20.000, su reglamento, y en definitiva, por las normas del Código Penal.

No será sino hasta los artículos 92° y siguientes cuando veamos el tema que nos convoca en toda su magnitud, norma que encabeza el título V de este apartado, el que se intitula “Del Control y la Protección de la Salud”.

En este mismo artículo se regulan los exámenes pre-ocupacionales y ocupacionales. Se señala que será obligación (bajo el vocablo “deberá someterse”) del

trabajador realizarse los exámenes médicos correspondientes a determinar la debida calificación “*física y psico-laboral*” ora de los postulantes, ora de los trabajadores contratados, para así determinar si son aptos para la labor a la que postulan o en la que se desempeñan. Agrega expresamente los exámenes para detección de consumo de alcohol y drogas.

Extiende la obligación de estos exámenes a los trabajadores que soliciten cambios de faenas donde, además de su propia seguridad, se comprometa la de otros; aquéllos serán sometidos a exámenes médicos *especiales*, los que incluirán igualmente el control sobre consumo de drogas y alcohol, situación ya tratada en este estudio, al cual nos remitimos.

El inciso 3° del artículo 92° indica, a su vez, que se harán periódicamente exámenes para comprobar que se mantienen los requisitos de salud y aptitud exigidos para el desempeño de sus labores.

Es a continuación, dentro de lo normado por los artículos 93° y 94° del Reglamento Interno, donde este instrumento entra de lleno en la regulación de los exámenes aleatorios de detección del alcohol y drogas, y aquellos dispuestos para eventos determinados, como accidentes o incidentes del trabajo. A continuación citaremos ambas normas para posteriormente hacer el análisis respectivo, observaciones y conclusiones para tales disposiciones.

Artículo 93° - Detección Precoz de Alcohol y Drogas

Considerando el estado de alteración síquica que el alcohol y las drogas producen y que comprometen la aptitud y las conductas de los trabajadores, creando condiciones inseguras de trabajo, la empresa realizará a su personal exámenes preventivos para la detección de uso, consumo y/o influencia de estas sustancias, a objeto de evitar la ocurrencia de accidentes.

El examen, de carácter puramente preventivo y por tanto desprovisto de sanción, se aplicará a través de un procedimiento de selección universal, aleatorio, despersonalizado y sin ningún tipo de exclusión de personas, mediante un sorteo informático que determinará al o a los trabajadores que serán examinados por el laboratorio externo, efectuándose el examen en los recintos de la empresa a los trabajadores que se encuentren laborando y/o en los recintos del laboratorio externo cuando proceda.

Los métodos de selección de las personas a las cuales se les aplicará el examen son los siguientes:

- a) Todos los trabajadores pertenecientes a un área organizacional de la empresa, que un día determinado se encuentren desempeñando las labores de una determinada ocupación.*

- b) Los trabajadores cuyos números de rol resulten elegidos por un sistema estadístico-informático de selección de muestras al azar (muestra aleatoria) y que, perteneciendo a un área organizacional de la empresa, un día determinado se encuentren laborando en una sección o unidad, la que a su vez será seleccionada por simple sorteo.*

El examen se llevará a cabo al menos dos veces al año, previo aviso de 12 horas de antelación a los trabajadores seleccionados, a fin de que estén informados del tipo de examen que se realizará y de cómo se llevó a cabo la selección de la muestra aleatoria.

El examen es de carácter voluntario. Sin perjuicio de lo anterior, los trabajadores seleccionados que no deseen participar de este procedimiento deberán manifestar su voluntad por escrito, para lo cual deberán presentarse en el lugar establecido para el examen para

firmar el formulario correspondiente. La no presentación al examen, será registrada en la Hoja de Vida del trabajador.

El trabajador seleccionado será sometido, por el Laboratorio respectivo, a examen de muestra de orina, sangre, pelo y aire exhalado, según corresponda, para determinar los niveles de drogas y alcohol presentes en el organismo.

Los resultados de estos exámenes son de carácter confidencial y en todos los casos serán informados a los trabajadores, dentro de los quince primeros días hábiles de haberlos recibido. Los casos que resulten positivos, previa confirmación por contra muestra, serán derivados, en forma confidencial, a una evaluación y calificación médica especializada, con el objeto de orientar su tratamiento y rehabilitación, si así se estima necesario.

Para el caso del artículo recién citado, considerándolo más ajustado que el caso anterior tratado sobre el Reglamento Interno de Codelco-Norte –al estar contenidos dentro de la normativa general y no en anexo respectivo- engloba las necesidades generales para este tipo de pesquisas de acuerdo a las consideraciones administrativas dotadas por la Dirección del Trabajo. Sin embargo esta primera apreciación, que es bastante positiva, debemos necesariamente generar ciertas observaciones para efectos de adecuarla a la normativa vigente, toda vez que resulta insuficiente las enunciaciones hechas en los siguientes apartados:

- a. Falta de descripción del sistema de sorteo aleatorio, que como veremos, se deja entregado a documento aparte que no integra las disposiciones del reglamento citado;
- b. En cuanto la metodología de selección, es altamente recomendable optar por la segunda variable regulada, intentando abarcar el universo más amplio en términos de masa de trabajadores. En tal sentido, sería óptimo generar un sorteo respecto de toda la población trabajadora de la División de Codelco, sin importar unidad productiva o área organizacional. Sin perjuicio de esta observación, de igual modo

recalcar en la objetividad del sistema proporcionando altos índices de generalidad e impersonalidad de la misma son situaciones que deben destacarse a la hora de implementar este tipo de pesquisas;

- c. Debe generarse un sistema de notificación adecuado, para cumplir con los plazos ahí establecidos, siempre manteniendo resguardo a la privacidad de cada trabajador;
- d. El carácter voluntario del examen no dice relación con las políticas a implementar por esta empresa, toda vez que es recomendable siempre generarla como obligatorio (el examen preventivo), cumpliendo con las recomendaciones hechas a lo largo del capítulo III de esta memoria;
- e. Necesidad de nomenclatura y claridad en los encargados de los exámenes, desde el encargado administrativo hasta el laboratorio que realizará la muestra. Indicar, a su vez, qué será medida y en qué cantidad, disponiendo de un catálogo a ese respecto, como ha sido señalado de manera perentoria.

Luego, y entrando en un tema más delicado, como tiene que ver la realización de exámenes determinados por instancias especiales, como el caso de accidentes o incidentes o de existir evidencias de estar bajo la influencia de sustancias tóxicas en el cuerpo, Codelco-Casa Matriz señala la siguiente disposición:

Artículo 94º - Sospecha fundada consumo alcohol y/o drogas

La Empresa no admitirá en los recintos de trabajo y se reserva el derecho a separarlos, transitoriamente, de su puesto de trabajo a trabajadores o cualquier persona que se encuentre bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas o con sus facultades perceptivas y/o sensoriales visible o evidentemente alteradas.

La sospecha de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas posibilitará la realización de un examen de detección de alcohol y/o drogas de carácter obligatorio a petición del Jefe del

trabajador afectado, para lo cual se utilizarán los medios técnicos y métodos de examen idóneos para dicho objeto.

En el caso que mediante la aplicación del procedimiento señalado en el párrafo anterior, se pesquise que el trabajador se encuentra bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas o con sus facultades perceptivas y/o sensoriales visible o evidentemente alteradas, corresponderá aplicar una sanción, la cual deberá ser proporcional al tipo de riesgo que involucra, tanto para el trabajador examinado como para el resto del personal y público o clientes de la Empresa, y que podrá ir desde una amonestación escrita hasta la aplicación de una multa en virtud de lo establecido y señalado en el Título XII del Reglamento de Orden, referido a las Sanciones y Multas.

Para este caso, Codelco busca aunar su normativa interna con lo dispuesto en el Reglamento de Seguridad Minera, en cuanto este último prescribe la prohibición a todo trabajador perteneciente a faenas mineras de presentarse bajo estado de influencia de alcohol y/o drogas. En este caso, la normativa pretende resguardar dichas actividades de riesgos innecesarios derivados de actuación de trabajadores con sus sentidos alterados, situación comprensible, pero que a su vez debe estar dotada de un margen apropiado conforme a las reglas generales de nuestro ordenamiento jurídico.

En este caso sale a colación la interrogante sobre qué entenderemos por “sospecha”. El texto del artículo señala únicamente la existencia de una sospecha de consumo de alcohol y/o drogas, y la eventual influencia de éstas en su conducta. No obstante, y de querer regular esta situación conforme a derecho deberá establecerse un sistema de control que, en casos de consumo en faena, o de presentarse con sintomatología a la jornada de trabajo, sea absolutamente objetivo y determinado mediante observación clínica que genere certeza inmediata. De no ser así, esta situación podría perfectamente devenir en una arbitrariedad evidente y tener las consecuencias jurídicas que veremos en el siguiente capítulo.

Complementa lo anterior lo dispuesto en el inciso tercero, que norma las sanciones para efectos de comprobar, mediante las técnicas antes enunciadas, el consumo o influencia de dichas sustancias en el trabajador objeto de la pesquisa. Sometido a un escrutinio de riesgo ante la labor que debiere realizar el trabajador, se le sancionará con las multas dispuestas para estos efectos y que se condicen a lo preceptuado en la tipificación de sanciones para infracción en los Reglamentos Internos que prescribe el Código del Trabajo, conformándose la norma a derecho.

Siguiendo la línea del resto de las divisiones (como fue el caso de Codelco-Norte), la regulación del estatuto aplicable a los exámenes por consumo de alcohol y/o drogas ha quedado entregado, de manera específica, a documentos externos⁷⁶ que no tienen ligazón con el Reglamento Interno, y por ende, no pudiendo ser vinculantes como lo ha prescrito de manera tajante nuestra doctrina laboral.

4.3.2.3.- Revisión ORD. N° 5239 de 10 de diciembre de 2010. Impugnación de Reglamento Interno en materia de control de drogas: División Codelco Norte.

Este Ordinario emanado desde la Dirección del Trabajo, como indicamos en el subtítulo referido, viene en respuesta al requerimiento hecho por el Sindicato de Supervisores de Codelco Norte en cuanto el Reglamento Interno de dicha división y sus normas respecto al control del consumo de alcohol y drogas *“transgreden los límites de los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras, excediendo más allá de lo razonable las facultades del empleador, afectando el derecho a la intimidad de aquello[...]”*, mirando con especial énfasis al procedimiento médico y test respectivo.

⁷⁶ Como el intitulado “Procedimiento DPA (Detección Precoz Aleatoria)” de 12 de octubre de 2010, y el documento “Procedimiento Operativo Evaluaciones Médicas Pre-ocupacionales”

Las razones de dicha impugnación se basaron en que dicho reglamento y las medidas adoptadas para tal eventualidad no satisfacían el principio de proporcionalidad –y sus 3 sub-principios-, ni se correspondería la prueba con la legislación vigente, en tanto las formas establecidas para realizarlos no sería pertinentes. Ante esta situación, dicha organización gremial solicitó que la Dirección se pronunciase sobre la legalidad del tipo de test utilizado tanto en relación a los derechos fundamentales eventualmente conculcados y asimismo, como de acuerdo a los requisitos promovidos por esa Dirección para efectos de fijarlos en un Reglamento Interno. Luego, en caso de no estar apegado a la ley ese procedimiento, determinar su suspensión, solicitando posteriormente dejar sin efecto la normativa en cuestión, y las normas que ahí indican.

Pues bien, conociendo la Dirección del Trabajo de dicha solicitud, y habiendo existido traslado a la denunciada –quien ejerció su derecho de hacer descargos-, determinó en el dictamen que estudiamos –, estimó que las alegaciones de la denunciante tenía motivo legal plausible, haciendo lugar a la solicitud de impugnación de dicho reglamento, aduciendo que tal texto carecía de fundamentos evidentes en cuanto la necesidad de establecer este tipo de medidas, toda vez que no satisfacía, en sede de Proporcionalidad, los fines adecuados para hacer de esa norma una norma válida y vinculante a todos los trabajadores dependientes de dicha División.

Con todo, estimó dicho organismo público que el empleador denunciado sobrepasaba los límites que imponen los derechos constitucionales de los trabajadores en cuanto sus facultades no reconocían los límites antes señalados, no satisfaciendo ni en fundamento ni en la práctica el principio de proporcionalidad que la DIRTRAB mediante sus diversos dictámenes ha fijado para este tipo de casos.

Por otro lado, señala la impropiedad en cuanto los términos que deben considerar toda norma que pretenda morigerar los efectos de ciertos derechos fundamentales. Además de la falta de fundamento, no se derivaba una noción clara en el catálogo de normas impuestas en el reglamento que tuviera relación con temas tan simples como acotar los conceptos de consumo de sustancias, bajo influencia de, o bien, el establecimiento de patologías relativas al consumo problemático o

dependencia derivado del tipo de tests realizados, como fue visto anteriormente en cuanto la imposibilidad de éstos para determinar la existencia de enfermedad ligada al consumo de drogas y/o alcohol.

En ese sentido, el dictamen someramente analizado, viene en corroborar lo revisado en esta información, en cuanto la necesidad de fundamentar este tipo de medidas y establecer sus objetivos de acuerdo al principio de proporcionalidad. De otra forma, estas medidas no tendrían asidero y podrían generar problemas y contingencias legales no deseadas. Además, cabe entender que esta ponderación de derechos fundamentales debe tener siempre un límite reconocido en el contenido de los derechos constitucionales que amparan al trabajador, teniendo que satisfacer lo prescrito por dicha Dirección en los dictámenes vistos con anterioridad.

De esta forma, cerramos este capítulo indicando que si bien Codelco –como la mayor empresa nacional- no obstante mantener altos índices de cumplimiento de la normativa laboral, concurrir a altas exigencias en materia de seguridad y prevención de riesgos en el trabajo, sin embargo no logra aplicar los mismos estándares para efectos de este tipo de pesquisas, fundamentalmente por no existir una conciencia de respeto a la normativa que limita y regula este tipo de figura en el trabajo. Por ende, la necesidad de este tipo de investigaciones redundaría en dar herramientas de análisis para este tipo de regulaciones en tanto tienen y seguirán teniendo un explosivo crecimiento dentro de las relaciones modernas de trabajo.

CAPITULO V. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INSERTOS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO.

En efecto, considerando que a lo largo de este análisis hemos constatado la eficacia de los derechos fundamentales dentro de la relación de trabajo, en cuanto corresponden a un contenido axiológico que permea todo el ordenamiento jurídico nacional, la variable restante será entonces, repasar la forma en que esa efectividad puede ser protegida mediante el mismo sistema jurídico.

Asimismo, cabe en este estudio mencionar estas formas de protección toda vez que en juego están, al fijar las medidas de control que estudiamos, directamente el estatuto de protección que enmarca la Constitución Política, los Tratados Internacionales en la materia y el mismo Código del Trabajo. Así, ante una vulneración no apegada a los criterios admisibles para la restricción de ciertos derechos, será el procedimiento de tutela laboral en idóneo para reclamar, ante el juez, aquellas actuaciones u omisiones atentatorias. Luego, veremos someramente la función que a este mismo respecto radica en la Inspección del Trabajo como ente fiscalizador.

Así, para el caso en comento, repasaremos en este capítulo instituciones firmemente ligadas al estatuto de protección de estos derechos, mirados desde una línea de tiempo. Por una parte, fundamentalmente ligado al recurso de protección y diversas acciones incluidas en el antiguo procedimiento, con el fin de notar un contexto histórico. Luego, analizaremos los aspectos más relevantes contemplados en la esfera de protección ligada a la reforma contenida en la Ley N° 20.087 de 2006, que vino a modificar el procedimiento laboral instaurando el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, marcando un hito en la historia jurídica de nuestro país.

5.1.- Protección de derechos y garantías constitucionales previas a la reforma procesal laboral.

5.1.1.- Medios directos: la acción de protección.

Esta acción nace al alero de la Constitución Política de 1980, estableciéndose en su artículo 20, como la forma idónea de garantizar la protección de derechos fundamentales, ora frente al Estado, ora frente a particulares. Su fin, en síntesis, es resguardar y restablecer el imperio del derecho eventualmente quebrantado por un acto u omisión arbitraria y/o ilegal, en su caso.

Cabe recordar que esta acción tutelar dio el marco jurídico apropiado –dentro de otras consideraciones- para la aplicación efectiva del principio de *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales en nuestro país, como mencionamos en el primer capítulo de nuestra investigación⁷⁷.

El catálogo de derechos fundamentales protegidos por esta acción, contemplados en el artículo antes mencionado, es el siguiente:

- a) Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica;
- b) La igualdad ante la ley;
- c) Garantía de no ser juzgado por comisiones especiales, sino que por un tribunal que señale la ley, establecido con anterioridad al hecho atacado (principio del Juez Natural);
- d) Protección a la vida privada y pública, y a la honra de la persona y su familia;
- e) Inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada;
- f) Libertad de conciencia;

⁷⁷ Vid Supra, pp. 12.

- g) Derecho a elegir un sistema de salud;
- h) Libertad de enseñanza;
- i) Libertad de opinión e información;
- j) Derecho de Reunión;
- k) Derecho de asociación;
- l) Libertad de trabajo, en cuanto a su libre elección y contratación;
- m) Derecho de sindicación;
- n) Libertad económica y no discriminación del Estado en esta materia;
- ñ) Libertad para adquirir toda clase de bienes;
- o) Derecho de propiedad;
- p) Derecho de propiedad industrial e intelectual; y
- q) Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

De esta manera y bajo estas consideraciones la acción de protección se configuraba como el método más efectivo y más poderoso para proteger los derechos fundamentales insertos en toda relación laboral. No obstante esta consideración, igualmente se transformó en un medio poco idóneo de acuerdo a las observaciones que a continuación pasamos a revisar.

Para LIZAMA Y UGARTE⁷⁸, este método jamás gozó de mucha aplicación, lo que explican por dos situaciones en específico:

- a) El costo económico que significaba para el trabajador accionar por esta vía, en tanto costos profesionales ligados a la representación;
- b) El riesgo evidente que encarnaba para el trabajador ejercer esta acción en contra de su empleador, toda vez que podría haberse dado el caso de represalias de éste en contra de aquél, incluyendo el despido del mismo bajo causal de “necesidades de la empresa”.

⁷⁸ Ob. Cit. LIZAMA Y UGARTE, pp. 178.

Además, debemos agregar que estas dificultades se suman a las que marcan la esencia del recurso en comento, toda vez que éste es un “remedio judicial extraordinario”⁷⁹, y por lo mismo, su utilidad está en poner fin a actuaciones u omisiones arbitrarias o ilegales, pero sin mirar el fondo del asunto controvertido. En definitiva, este recurso puede ser útil para terminar con conductas lesivas en específico, pero no deja salvo aquellas conductas sempiternas de vulneración de derechos fundamentales.

Por otra parte, el recurso de protección desconoce la prohibición establecida en el artículo 19 N° 16 de nuestra Constitución, en cuanto se proscriben todo tipo de discriminación laboral, ya antes revisada, lo que es una grave falencia a la hora de que prosperen acciones garantistas sobre derecho puramente laborales.

Finalmente, y como bien señalan Sergio GAMONAL y Pamela PRADO, la inconsistencia de este recurso en cuanto no produce cosa juzgada material, y por lo mismo, sólo fija un estado de cosas sin dar titularidad de derechos a los que se vieron afectados por algún acto u omisión vulneratorias, como debe darse en procedimientos por acciones de lato conocimiento⁸⁰.

En suma, siendo una acción directa en caso de vulneración de derechos fundamentales, ésta carecía del trasfondo necesario para establecer un ordenamiento específico que tendiera a aunar conductas y a buscar formas de proscribir las vulneraciones mediante una protección integral, situación que ha venido a concretar el procedimiento de tutela laboral, que repasaremos luego.

⁷⁹ ASTETE M., Claudia. *Protección de los derechos fundamentales bajo el procedimiento de tutela judicial en el marco de la tercerización del trabajo*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2009, pp. 25.

⁸⁰ GAMONAL, Sergio y PRADO, Pamela. *El mobbing o acoso moral laboral*. Editorial LexisNexis, Segunda Edición, Santiago, 2007, pp. 135.

5.1.2.- Medios indirectos.

Como bien señalan LIZAMA y UGARTE, el mandato Constitucional radicado en los Tribunales de Justicia en cuanto éstos son los únicos depositarios de la facultad de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado, actividad que puede de manera indirecta conllevar la tutela de ciertos derechos fundamentales sometidos a su conocimientos mediante acciones o vías ordinarias en lo que respecta al antiguo derecho procesal laboral⁸¹.

Dentro de estos medios indirectos, dan los autores citados a modo ejemplar, aquellas acciones impetradas ante los Juzgados Laborales en relación a materias de:

- a) Despido injustificado: en el caso de esgrimir causales fundadas en hecho que en la realidad sólo dicen relación con el ejercicio legítimo de una garantía constitucional, como el derecho a asociación o a la libertad de expresión;
- b) Acción de desafuero: este caso puede verificarse en situaciones como las de un empleador que solicita el desafuero de una mujer embarazada. En este caso, podría bien encubrirse un caso de discriminación laboral, que los tribunales podían y debían rechazar;
- c) Acción de indemnización por despido indirecto: toda vez que el trabajador pudiera verificar que se vulneran sus garantías constitucionales mediante comportamientos de su empleador, ajenos a la norma relación laboral, el trabajador impetrando esta acción –por causales como falta de probidad, conductas inmorales, acoso sexual, u otras- podría dejar salvo esa vulneración, y por ende, ejercer su derechos en consideraciones –subyacentes, por cierto- en base a derechos fundamentales; y finalmente

⁸¹ Ob. Cit. LIZAMA Y UGARTE, pp. 179 y ss.

- d) Declaración de nulidad o falta de valor jurídico de una cláusula contractual: en este caso, bien podría el trabajador, atendida la disparidad negocial de ambas partes, mediante el ejercicio de esta acción, solicitar la nulidad de una o más cláusulas del contrato de trabajo que vulneren ciertos derechos fundamentales.

En definitiva, estos medios tampoco significaban una incidencia real en lo que a protección de derechos fundamentales se refiere. Por lo mismo, y ante la ausencia de un estatuto jurídico real, las acciones que bajo estas premisas podían entablarse quedaban sujetas más a peculiaridades y coincidencias antes que a un sistema efectivo de tutela.

5.2.- Procedimiento de Tutela Laboral o Tutela de Derechos Fundamentales.

5.2.1.- Antecedentes generales.

En la actualidad y luego de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.087 respecto del procedimiento laboral, existe una tutela efectiva de derechos fundamentales de acuerdo en virtud del procedimiento especial denominado de “procedimiento de tutela laboral”, reglamentado en el párrafo 6° del título primero del capítulo segundo del libro quinto del Código del Trabajo, y que no es sino variaciones al procedimiento de aplicación general de acuerdo a la materia que nos ocupa en esta presentación. He ahí la diferenciación y la denominación de “especial”.

Este procedimiento –como se desprende de lo visto en el acápite anterior- viene a llenar un vacío importante, en cuanto el derecho sustantivo y las reglas garantistas que dotaba la Constitución –y posteriormente el Código del Trabajo- no tenía las correlativa normas adjetivas o procedimentales para hacer ejercer y accionar dichas prerrogativas ante la vulneración de los derechos constitucionalmente amparados.

El antecedente de esta nueva normativa lo encontramos en la legislación española, específicamente en el Real Decreto Legislativo 2/1995 del 7 de abril del mismo año, que refundió las normas procedimentales laborales, recogiendo un procedimiento especial de “Tutela de derechos fundamentales”, reglamentado entre los artículos 175 y 182 del mentado cuerpo legislativo⁸². En el caso chileno, este procedimiento cuenta con varias similitudes a su par español, y en particular en cuanto éste goza de preferencia ante el procedimiento ordinario. No obstante lo anterior, durante la tramitación del proyecto de ley chileno hubo varias reformas que restaron su eficacia (en términos comparativos con el procedimiento español), y mermaron la fuerza garantista que tenía en un comienzo.

Estas referencias resultan útiles al momento de establecer un contexto en el cuál nace y se yergue este estatuto judicial. Sin embargo, esta referencia comparada supera los alcances de esta investigación, por lo que baste como enunciación y contextualización referida, debidamente relacionado con el tema que motiva esta memoria de prueba.

Dentro de la reforma procesal chilena, el nuevo procedimiento laboral se instaure mediando la existencia de nuevos principios formativos, los que serán parte del procedimiento especial que analizamos en este apartado, así tendrán igual preeminencia los principios de:

- a) Publicidad;
- b) Celeridad;
- c) Bilateralidad de partes;
- d) Buena Fe;

⁸² SEPÚLVEDA G., Geraldine. *Nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Protección Jurisdiccional Ley N° 20.087. Análisis de la experiencia española*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2007, pp. 7.

- e) Concentración
- f) Gratuidad;
- g) Oralidad;
- h) Impulso procesal de oficio; e
- i) Inmediación.

Así, este procedimiento se adecua a las sendas reformas realizadas en otras ramas procesales dentro los últimos diez años, en donde el espíritu garantista procesal ha sido la tónica. Ahora bien, la distinción –como hemos latamente señalado- no sólo adscribe al plano adjetivo, sino que esta reforma da paso a que el procedimiento de marras aplique las normas sustantivas que analizaremos pronto.

5.2.2.- Del procedimiento de tutela laboral en específico.

Ahora nos resta revisar esta instancia jurisdiccional en específico, con el fin de establecer su relación para el tema que en esta investigación nos convoca, su pertinencia y aplicación. Sin ánimo de indagar en profundidad en su estudio, nos limitaremos a enunciar sus características más importantes y el desarrollo procesal del mismo, de forma más bien general.

5.2.2.1.- Naturaleza del procedimiento.

La naturaleza de este procedimiento no tiene un criterio definido. Por una parte están aquellos que lo consideran un procedimiento cautelar especial, mientras que otros adscriben a que éste sería únicamente un procedimiento “protector y tuitivo especial”.

La primera de dichas posturas es entendidas por los profesores CAAMAÑO, MELIS y UGARTE, sería una “manifestación de jurisdicción especial cautelar”⁸³, esto de acuerdo a que se basa en la necesidad de restablecer lo más sumariamente posible el o los derechos fundamentales infringidos, independiente de la correlación de fuerzas establecidas entre una y otra parte dentro del juicio promovido.

Dado los procedimientos cautelares en nuestro ordenamiento jurídico podemos señalar que la naturaleza de éste difiere de la norma general, en cuanto el procedimiento de tutela laboral:

- a) Cuenta con un juez natural especializado en la materia;
- b) Tutela derechos constitucionales específicos⁸⁴;
- c) Tutela infracciones de garantías constitucionales por parte del empleador con ocasión del ejercicio de los derechos laborales de fuente legal; y
- d) Es un procedimiento cautelar especializado, incorporando nuevos conceptos. En este sentido: “vulneración de la esencia de los derechos”, “proporcionalidad y racionalidad”, entre otros⁸⁵.

Por el otro lado, PALAVECINO y DEVILLAINE, señalan –como mencionamos en la introducción de este apartado- que el procedimiento de tutela laboral, finalmente, sería un procedimiento no cautelar, sino “protector y tuitivo”, en cuanto el centro de

⁸³ MÁRQUEZ M., Daniela y HENRÍQUEZ B., Cristián. *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: el procedimiento de tutela laboral*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2010, pp. 101, citando a los autores referidos.

⁸⁴ Vid. infra. punto B.2.2.-

⁸⁵ Ob. Cit. MÁRQUEZ Y HENRÍQUEZ, pp. 102.

éste radicaría, específicamente, en la disparidad de las fuerzas que se constituyen en cada parte, dándose, en la especie, un énfasis en la protección de la parte procesalmente más débil. Por lo mismo, este procedimiento no es sólo cautelar, sino que también –insiste DEVILLAINÉ- protector de derechos y garantías, “en cuanto la pretensión del restablecimiento del derecho conculcado se instrumenta a través de una operatoria que motiva al juez a obrar en un sentido tuitivo, destinado a lograr la salvaguarda del derecho de la persona privilegiada por el orden jurídico”⁸⁶

De todas maneras, los autores citados corresponden casi en su totalidad a los criterios diferenciadores propuestos anteriormente en cuanto la especialidad y características de este procedimiento.

5.2.2.2.- Ámbito de aplicación.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo, este procedimiento será aplicable toda vez que se afecten los derechos fundamentales de los trabajadores en atención al siguiente catálogo –de acuerdo a las garantías constitucionales reconocidas en el artículo 19 de la Carta Fundamental-, que de acuerdo a la tramitación dada en el Congreso Nacional, se limitó únicamente a los que siguen:

- a) Artículo 19 N° 1: derecho a la vida, integridad física y psíquica de la persona, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral;

- b) Artículo 19 N° 4: Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

⁸⁶ Ibid.

- c) Artículo 19 N° 5: en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada;
- d) Artículo 19 N° 6 inciso primero: Derecho a la libertad de conciencia y a la manifestación de todas las creencias y su ejercicio libre;
- e) Artículo 19 N° 12 inciso primero: Libertad de opinión y de informar sin censura previa, bajo limitación que impone el mismo artículo;
- f) Artículo 19 N° 16 incisos primero, segundo y cuarto: Libertad de trabajo y su protección, el derecho a su libre elección y a exigir que no resulten estos lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador⁸⁷.

Luego, el mismo artículo nos señala que adhieren a este catálogo lo contenido en el artículo 2° del Código del Trabajo en cuanto la proscripción de las formas de discriminación ahí enunciadas, catálogo cerrado conforme lo revisamos en el primer capítulo de esta investigación.

Posteriormente, en el inciso tercero de la norma en comento, se establece la **garantía de indemnidad**, como último ámbito de aplicación de la norma, garantía establecida con el fin de proteger al trabajador de todo tipo de perjuicio derivado del ejercicio legítimo de sus derechos en este procedimiento; perjuicios principalmente

⁸⁷ A este respecto cabe hacer la mención que si bien no se accede –nuevamente- a la protección de lo contemplado en el inciso tercero, en cuanto proscripción de toda forma de discriminación laboral, éste principio se consagra en el mismo artículo 485, según la referencia hecha posteriormente.

derivados de las acciones u omisiones eventuales que pueda realizar el empleador como forma de represalia ante el actuar del afectado⁸⁸.

Estas son, en consecuencia, las garantías protegidas por el procedimiento de tutela laboral, instaurando un sistema efectivo de protección y un procedimiento ad-hoc para efectos de este necesario estatuto jurídico.

5.2.2.3.- Fundamento del procedimiento de tutela laboral.

Este procedimiento, como hemos ido documentando durante este capítulo, tiene como finalidad el cautelar o proteger el o los derechos constitucionales quebrantados o lesionados por acciones u omisiones imputables al empleador o quién ejerza sus facultades.

Ahora bien, debemos indicar qué entendemos por lesión de derechos fundamentales en el caso específico que motive la interposición del procedimiento de marras.

Para tales efectos, debemos indicar que estaremos en presencia de una lesión de derechos y garantías reconocidas al trabajador toda vez que las actuaciones del empleador importen una restricción desproporcionada al ámbito o contenido de los derechos vulnerados, sin importar la forma en que esa actuación se lleve a cabo.

En otras palabras, es dañar el contenido esencial de todo derecho fundamental, llegando incluso al extremo de desconocer ese contenido mínimo y esencial.

⁸⁸ Ob. Cit. MÁRQUEZ Y HENRÍQUEZ, pp. 92.

Para el caso que nos importa para esta investigación y acorde a lo que hemos señalado en los capítulos I y II de este texto, esta lesión debe ocurrir ante el ejercicio legítimo de las potestades que el empleador ostenta. En otras palabras, mientras estemos en presencia de una colisión de derechos entre los derechos propios del empleador y de aquellas garantías reconocidas a todo trabajador.

Para el juez, en este caso, existirá la obligación de ponderar los derechos en conflicto con el fin de determinar la procedencia legítima de esta actuación, o bien, fijar la vulneración de derechos como una extensión intolerable –para el ordenamiento jurídico- de la Potestad de Mando del empleador frente a sus trabajadores. Y a este respecto, cabe señalar que el Juez deberá atenerse a lo que vimos anteriormente y se denomina como “**principio de proporcionalidad**”.

Esta ponderación, entonces, será realizada conforme a los sub-principios que lo informan, refiriéndonos en todo a lo ya señalado⁸⁹.

De esta forma establecemos el fundamento de este procedimiento y el fin jurisdiccional del mismo. En síntesis, conocer de la vulneración de derechos conforme al ejercicio de una potestad propia de su función en relación a los derechos fundamentales reconocidos a todo trabajador. Para el caso que nos compete, entonces, será este método una forma de protección ad-hoc para el caso de que las medidas adoptadas por el empleador –o quien ejerza sus facultades- sobrepasen el límite normativo, no adaptándose a los requerimientos de proporcionalidad exigidas para este tipo de medidas, quedando en el trabajador la facultad de accionar y ejercer su pretensión ante el ente jurisdiccional respectivo, como se sigue a continuación.

⁸⁹ Vid. Supra. pp., 32.

5.2.2.4.- Acción de tutela laboral y legitimación procesal.

La acción de tutela laboral, contemplada en el artículo 486 del Código del Trabajo, y que pone en funcionamiento el órgano jurisdiccional para estos eventos tiene ciertas similitudes con la acción ordinaria dentro del procedimiento laboral.

Así, su plazo de interposición será de 60 días desde que se haya producido el acto lesivo de derechos fundamentales, sea este dentro de la relación de trabajo, sea con ocasión del despido que motive este tipo de acciones. Este plazo de prescripción será, igualmente, suspendido en el caso que el trabajador afectado intente un reclamo administrativo ante la Inspección del Trabajo respectivo, totalizando un plazo que no puede superar los 90 días para la interposición de la acción ante los Juzgados de Letras del Trabajo.

Ahora bien, para contabilizar el plazo deberá atenderse al momento en que este tipo de acciones se hace exigible. El profesor José Luis UGARTE entiende que este momento se genera una vez que la conducta vulneratoria haya cesado, atendido a que se considera una lesión continuada de los derechos y garantías constitucionales en juego, y que son valores jurídicos primordiales dentro de nuestro orden social⁹⁰.

En cuanto a la legitimación activa, esta acción puede interponerse obviamente por el trabajador quien opera como afectado directo de las acciones vulneratorias de parte de su empleador. No obstante esto, la ley otorga titularidad en la acción a la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador, bajo dos formas de actuación, bajo condición de actuar bajo un interés legítimo. Por una parte, podrá ejercer directamente la acción de tutela, mediante la denuncia respectiva, en

⁹⁰ UGARTE C., José. *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 25.

representación del trabajador afiliado, o bien, tomando parte del procedimiento como un tercero coadyuvante.

En todo caso, se entiende que la organización sindical posee un interés legítimo cuando “se invoque un interés directo vinculado al ejercicio de las funciones que la ley les reconoce [...], especialmente a la protección y promoción de los derechos laborales”⁹¹. Esto tiene directa relación con lo dispuesto en el artículo 220 del Código del Trabajo en cuanto las finalidades propuestas para toda organización sindical. En suma, el apoyo de la organización sindical respectiva⁹² representa la posibilidad de que el número de denuncias por estas materias sea mayor, toda vez que por regla general el temor del trabajador aislado frente a su empleador podría restar eficacia a este tipo de procedimiento en razón del temor a represalias en su contra.

⁹¹ GAMONAL C., Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2006, pp. 24.

⁹² Para José Luis Ugarte, la organización sindical legitimada podría ser incluso aquella a la que el trabajador no se encuentre afiliado. Para estos efectos indica que deben observarse ciertas hipótesis para que esta figura sea aplicables. Ob. Cit. UGARTE, pp. 28.

Así tendríamos en opinión de este autor nacional aplicabilidad de esta figura:

- Cuando se trate de un mismo empleador;
- Cuando se trata de un grupo de empresas o de una unidad económica;
- Cuando trabajen en la misma área de actividad económica del denunciado y existan indicios claros que dicha conducta puede ser imitada o seguida por el empleador de los trabajadores de la organización sindical denunciante;
- Cuando la vulneración es de tal gravedad que amerita que una organización sindical de nivel nacional efectúe la denuncia.

Finalmente, dentro de la legitimación activa que regula el artículo antes mencionado, encontramos a la Inspección del Trabajo como autorizado para impetrar este tipo de acciones, mediante la denuncia respectiva. Señala el artículo 486, que habiendo ésta constatado vulneración de derechos fundamentales en el ámbito de sus funciones fiscalizadoras, este hecho podrá ser denunciado ante los tribunales correspondientes, siendo suficiente requerimiento para iniciar un procedimiento de tutela laboral.

No obstante esta facultad, deberá la Inspección del Trabajo respectiva previo a la denuncia, establecer un procedimiento administrativo de mediación entre las partes, intentando así agotar en esta instancia las posibilidades de corrección de cualquier acto lesivo de derechos fundamentales. Esta situación supone una seria discrepancia con el ordenamiento jurídico, toda vez que impone un deber a este órgano administrativo de velar por la autocomposición en caso de derechos que son totalmente indisponibles para las partes, dada la naturaleza y trascendencia de los derechos en juego. Esta prohibición incluso rige para todo tipo de tribunal nacional, por lo que no se comprende la existencia de esta norma, la que es de suyo inconstitucional.

5.2.2.4.1.- Incompatibilidades y limitaciones a la acción de tutela de derechos fundamentales.

Esta acción reviste, además, una serie de incompatibilidades y limitaciones en su ejercicio.

En primer término su interposición es incompatible con el ejercicio de la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política, a la cual hicimos referencia al inicio de este capítulo. Así dispone expresamente el artículo 485 del Código antes referido. En todo caso, resulta redundante esta limitación, toda vez

que dada la naturaleza del procedimiento, su especificidad y consecuencias jurídicas, la acción constitucional denota inmediatamente una impropiedad para los fines perseguidos mediante este tipo de tutela.

Luego, respecto de las limitaciones que recaen sobre la acción de tutela encontramos que esta no puede acumularse con otro tipo de acciones, en específico con aquellas que no tengan naturaleza laboral; o que teniéndola, digan relación con tramitaciones específicas como lo es en el caso de las que emanen de la ley N° 19.779⁹³ sobre actos discriminatorios basados en la cualidad de portador del VIH/SIDA. Sin embargo esta incompatibilidad resulta ser más de carácter formal que de fondo, derivado de la pretensión resarcitoria que establece la ley en comento en cuanto las indemnizaciones o multas perseguidas. En tal caso, y estudiando el caso particular que se dé por discriminación a portadores o enfermos con dicho virus, podrá darse la situación de ser procedente la interposición de una acción de tutela laboral derivado, principalmente, de la intersección de ese tipo de conductas con el catálogo de derechos precisamente delimitados para dichos efectos.

No obstante las limitaciones e incompatibilidades antes descritas, esta acción podrá interponerse conjuntamente con otras acciones de naturaleza laboral que no estén expresamente prohibidas. Así, por ejemplo, en el caso de la acción por despido injustificado, podrá estar ser interpuesta en conjunto con la acción de tutela, pero en subsidio de la misma, todo esto basado en los principios de concentración y celeridad que informan el procedimiento que analizamos.

⁹³ En este caso se establece un procedimiento general, basado en la denuncia respectiva, que serán de conocimiento de los Juzgados de Policía Local del domicilio del afectado, para efectos de establecer las multas e indemnizaciones. Igualmente podrían, señala la ley respectiva en su artículo 12, que esto es sin perjuicio de cuando sean competente los tribunales ordinarios del Trabajo, Aduaneros o Criminales, en su caso.

5.2.3.- Consecuencias jurídicas de la vulneración de derechos fundamentales: consecuencias procedimentales y aquellas derivadas de la dictación de sentencia definitiva acogiendo la vulneración.

Para distinguir las consecuencias jurídicas que proceden a la luz de este procedimiento, deberemos necesariamente fijarnos en tres elementos distintivos de este tipo de procedimiento, correspondientes a momentos jurisdiccionales diferentes. En primer lugar al momento de dictación de la primera resolución. Luego, respecto del rol de la *prueba indiciaria* como novedad legislativa, para finalmente detenernos en las consecuencias que se derivan de la dictación de la sentencia.

5.2.3.1.- Efectos jurídicos eventuales de la primera resolución.

El artículo 492 del Código del Trabajo señala que en el caso de presentarse una demanda o denuncia por vulneración de derechos fundamentales que traiga aparejada lesiones de gravedad a los derechos fundamentales, o bien que se estime que el daño provocado resulte irreversible, el juez que conozca del caso –de oficio o a petición de parte- *dispondrá* que se suspendan los efectos lesivos del acto que se ataca por medio de la acción ejercida por el afectado, sin perjuicio del apercibimiento de multa contenido en dicho articulado ante la negativa de cumplimiento de esta orden.

De igual manera, cabe consignar que esta *tutela inhibitoria*⁹⁴ es dable solicitarla en cualquier momento del juicio, una vez que se verifiquen los requisitos revisados en el párrafo anterior.

5.2.3.2.- Prueba indiciaria. Elemento procesal distintivo y excluyente del procedimiento de Tutela Laboral. Innovación legislativa.

Dentro del procedimiento de Tutela Laboral encontramos la figura de la “prueba indiciaria”, innovación legislativa ceñida dentro de los márgenes de este tipo de procedimiento e institución netamente garantista, como veremos a continuación en estas líneas. De todas maneras, le daremos un tratamiento descriptivo antes que plenamente analítico, con el fin de no extender de manera innecesaria el texto de este trabajo, que de suyo busca entender el procedimiento referido y sus consecuencias jurídicas más relevantes.

El artículo 493 del Código del Trabajo dispone:

Artículo 493.- Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Esta situación supone, entonces, establecer un indicio de prueba –que atendida la naturaleza del procedimiento y las consecuencias lesivas del acto reprochado- de cierta forma “invierte” la carga de la prueba, o para ser más exactos, libera de parte de la carga de la prueba al demandante, quién, de acuerdo al aporte de antecedentes *suficientes* podrá trasladar la justificación de la medida alegada

⁹⁴ De acuerdo a la clasificación hecha por Lucía Planet S. Ob. Cit. PLANET, pp. 117

precisamente sobre quién ejerció dicha acción (lesiva o no, según se determine), es decir, el empleador o quien detentaba en ese momento la potestad de dirección o mando.

No bien dicho lo anterior, cabe indicar que podríamos definir como *indicios suficientes* a aquellos “hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales”⁹⁵, intentado una suerte de fundamento para una presunción fundada del juez que conoce de la causa en cuestión.

Basado en lo anterior podemos señalar que existirá, entonces, derivado de la construcción de dicha *presunción* una variación en el ámbito probatorio en este tipo de procedimientos, sin perjuicio que su naturaleza no se condiga directamente con la alteración de la carga de la prueba que establece el artículo 1698 del Código Civil. Por lo tanto, esta “prueba indiciaria” tendrá a su vez ciertos fundamentos y características que la distinguen dentro de la normativa nacional.

Al respecto José Luis UGARTE⁹⁶, que, para el caso en comento estamos en presencia de una norma que *rebaja en el esfuerzo probatorio* de una de las partes, teniendo esta medida como fundamento las siguientes:

- a. El carácter aparentemente “hundido” de estas acciones lesivas, que en términos del autor pueden perfectamente encubrirse dentro de otras que, teniendo apego a la ley y no siendo evidentemente lesivas, permitan dejar impune este tipo de conductas, precisamente por la imposibilidad probatoria.

⁹⁵ Ob. Cit. UGARTE, pp. 46.

⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 41.

- b. La hostilidad para obtener pruebas. Esto derivado del profundo desequilibrio entre el poder que ostenta el empleador frente al trabajador afectado, buscando este tipo de medidas precisamente el mitigar este tipo de dificultades iniciales, que perfectamente podría viciar cualquier juicio por la imposibilidad de obtener pruebas que permitan resguardar la acción que se intente.

Ahora bien, del caso del artículo que señalamos no podemos concluir que exista una inversión en la carga probatoria en este tipo de procedimientos, y por lo mismo, adherimos a la opinión de UGARTE en cuanto esto implica precisamente un *alivio o rebaja* en la carga que debe soportar el eventual afectado. Sin duda, estamos en presencia de una técnica legislativa que pretende atenuar los efectos antes enunciados, pero que no otorgar un beneficio mayor a los trabajadores lesionados en sus derechos fundamentales. Bien indica Gabriela Lanata que este tema no nos “debe llevar a confusión, pues es en el denunciante en quien sigue recayendo el peso de aportar, por lo menos, antecedentes de los cuales **se puedan desprender los indicios que permitan al juez considerar que la vulneración se ha producido...**”⁹⁷.

Por tanto, podemos concluir que la existencia de esta “prueba indiciaria” fue señalada por el Legislador como una forma de morigerar las diferencias existentes entre las partes a la hora de llevar a cabo el juicio respectivo. Esa morigeración y modificación parcial al sistema probatorio nacional será invocado únicamente en caso que de los antecedentes que enmarcan la denuncia por lesión de derechos fundamentales, se desprenda de manera objetivo indicios suficientes de la conducta que se alega.

Además, agrega UGARTE⁹⁸, que es dable considerar que no es una regla que se allegue al proceso de ofrecimiento y rendición de prueba, toda vez que este

⁹⁷ LANATA F., Gabriela. *Manual de Proceso Laboral*. Editorial Abeledo Perrot, 1° ed., mayo de 2010, pp. 214. [El destacado es nuestro]

⁹⁸ Ob. Cit. UGARTE, pp. 45.

elemento no altera lo prescrito para las audiencias en las cuales se desarrolle el procedimiento de tutela, sino más bien operante sobre la decisión del juez en cuanto la fundamentación de la sentencia.

De esta manera, entonces, el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales entrega una herramienta –que si bien no altera la carga probatoria ni regula la forma en que ésta se desarrolla en proceso- si permite una posibilidad más laxa al afectado de accionar con mayor éxito, siempre y cuando permita generar esa sospecha fundada en el juez. Así, esta prueba indiciaria irá directamente en aprovechar sospechas de conductas lesivas en torno a la dictación de una sentencia favorable, pudiendo entonces, asegurar una pretensión como las que se ejercen en este tipo de procedimiento.

5.2.3.3.- Efectos jurídicos derivados de la sentencia definitiva.

La sentencia en el procedimiento de tutela laboral tiene un contenido múltiple, en tanto las pretensiones que se derivan de la acción misma persiguen una serie de consecuencias. Esta sentencia *compleja* se compone al menos de los siguientes ítems, en el caso de declararse la existencia de una conducta vulneratoria de derechos fundamentales:

- a) Determinación del cese del comportamiento antijurídico o lesivo de derecho: bajo esta premisa se deriva del texto legal la posibilidad de que el sentenciador disponga inmediatamente del cese de la conducta lesiva, sin perjuicio de lo visto en el apartado anterior. En este caso, además el juez debe velar por retrotraer el estado de cosas hasta el momento previo de la vulneración de derechos denunciada, es decir, **anulando** la conducta dañosa verificada en juicio.

- b) Reparación de los daños causados por la conducta lesiva: de acuerdo al número 3 del artículo 495, se deberá fijar por el juez las medidas concretas a que se encuentra obligado el infractor en atención a reparar las consecuencias derivadas de su conducta antijurídica, incluidas las indemnizaciones que sean procedentes.

Esta medidas reparatorias tiene como el precaver el restablecimiento del ejercicio pleno del o de los derechos fundamentales lesionados, reparación que debe ser íntegra de acuerdo a la naturaleza indisponible de los derechos en cuestión.

Al señalar el requisito de integridad de la reparación, hacemos referencia a que esta situación podrá envolver tanto reparaciones materiales como no patrimoniales, lo que será determinado en cada procedimiento. En tal sentido se entiende la oración final del numeral analizado en tanto señala que se incluirán en esta reparación “*las indemnizaciones que procedan*”. En opinión de José Luis UGARTE, estas “indemnizaciones” sólo podría hacer referencia a la indemnización por daño moral, ya que para el caso de las indemnizaciones se encuentran reguladas expresamente⁹⁹.

- c) Aplicación de multas: sanción accesoria de carácter pecuniario. Esta sanción se contempla en el número 4 del artículo antes citado, y responde a aquellas establecidas en el Código del Trabajo. A falta de norma expresa, deberán, entonces, cuantificarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 506 del mismo texto legal.
- d) Calificación del despido en caso de que la vulneración se haya concretado a su respecto: en este caso cabrá, entonces, calificar el despido como vulneratorio. De ser así, deberá estarse a las indemnizaciones contempladas en el artículo

⁹⁹ Ob. Cit. MÁRQUEZ Y HENRÍQUEZ, pp. 129.

489, que además de contemplar aquellas derivadas del despido considerado como injustificado –en su caso- con una indemnización especial, contemplada en el inciso tercero de la mentada norma. Sin perjuicio de lo anterior, podrá el trabajador, en el caso específico del inciso cuarto del artículo en comento, optar por aquéllas o por la reincorporación. Eso sí, en efecto, resultaría poco acorde a la naturaleza de la acción entreverada el hecho de solicitar reincorporación si fue –el trabajador- objeto de una medida vulneratoria de derechos fundamentales, por lo que esta medida puede resultar ilusoria.

De esta manera, el legislador buscó amparar el quebrantamiento del orden jurídico constitucional en sede laboral, intentando mitigar las conductas lesivas que históricamente se han producido en este ámbito de las relaciones de trabajo, y con mayor énfasis en cuanto la vinculación de las garantías constitucionales establecen un efecto horizontal directo sobre las personas, sin distinción de clase, raza u origen social, entre otras; situación no prevista bajo el antiguo procedimiento laboral.

5.3.- Fiscalización y sanciones administrativas.

Sin perjuicio de haber visto la participación de la Inspección del Trabajo como sujeto activo del procedimiento de tutela laboral para el caso ahí señalado, debemos incluir que dentro de sus facultades se encuentra, por mandato expreso de la ley, el de fiscalizar y –en su caso- de sancionar administrativamente todo quebrantamiento al orden jurídico laboral, del que tomen conocimiento en su accionar.

Este mandato se encuentra contenido en el artículo 505 y siguientes del Código del Trabajo, por lo que no obstante existir el procedimiento de tutela laboral como antecedente jurisdiccional al caso, podrá estar sujeto todo empleador que vulnere los principios mínimos ligados al respeto por el contenido y aplicación del los derechos

fundamentales sujeto a las eventuales sanciones pecuniarias previstas por el mismo Código.

Con todo, será este un método menos invasivo de protección, pero que puede tener incidencia en la prevención de conductas lesivas a los derechos fundamentales, dejando en sede administrativa conductas que se espera no sean repetidas a lo largo del tiempo.

CONCLUSIONES.

El tema abordado en esta memoria es, por cierto, una situación tan contingente como compleja en su tratamiento. Contingente en cuanto dice relación con comportamientos que, llegando a un grado de habitualidad en la población laboral, tienen gran incidencia dentro de los diferentes aspectos propios de toda relación de trabajo, a saber: ambiente laboral, generación de riesgos –con eventuales consecuencias muy nocivas- dentro de las faenas, y con los consiguientes costos dentro del ámbito de la productividad de las empresas. Pero asimismo es un tema complejo y delicado en cuanto los derechos fundamentales que entran en juego en el momento en que cada empleador desea imponer medidas de control y directrices disciplinarias para regular el hecho del consumo [de drogas y/o alcohol] de sus trabajadores, intentando mitigar las consecuencias antes enumeradas –muestras meramente representativas-, buscando proteger su propio derecho de dominio frente a las garantías que amparan a cada trabajador empleado por aquél.

Pues bien, dentro del devenir de esta investigación intentamos dar con claridad los límites que se establecen ante esa pugna de derechos y garantías constitucionales. La denominada doctrina *Teoría de Colisión de Derechos Fundamentales* en tanto enfrenta al derecho de propiedad y la libertad de realizar cualquier actividad económica al empleador, revestido de la figura propia del Derecho Laboral, como lo es la **Potestad de Mando** o **Poder de Dirección** que atañe a todo empleador al momento de delimitar el contenido y la forma de llevar a cabo su negocio; mientras que por el otro establecimos la existencia de derechos y garantías que asisten a todo trabajador dentro de la relación laboral, que como expresamos –y así adhiere unánimemente la doctrina nacional e internacional- desde el punto de vista de los derechos y garantías propiamente laborales consagrados en texto constitucional, como aquellos que de *contenido laboral no formal o inespecífico*, forman igualmente parte del abanico de garantías que ampara a todo trabajador en cuanto persona: Derechos Fundamentales

Inespecíficos dentro de la relación laboral, también conocidos en doctrina como “*Ciudadanía en la empresa*”.

Estableciendo dicho marco conceptual general, y dando a conocer de manera sincrética la problemática que subyace a este tipo de situaciones, nuestras conclusiones –sin perjuicio de todas aquellas establecidas en los capítulos y párrafos respectivos a lo largo de este texto- se irán dando lugar a lo que dice relación con la incidencia del contenido mínimo-valórico de las normas constitucionales, o en otros términos, de la permeabilización del sistema jurídico en esta materia de acuerdo a los conceptos axiológicos derivados del principio de Igualdad, inherente a cada hombre no tan sólo como un contenido mínimo a respetar, sino como fundamento último de toda norma de rango Constitucional, específicamente en el tema que estamos enfrentando por medio de esta investigación.

Con todo, antes de llegar a las conclusiones de este trabajo de investigación, valga hacer un sucinto repaso de los antecedentes que generan y hacen procedente este tipo de medidas, sus límites y la realidad en la que se desenvuelven.

1. Las medidas de control referidas a la detección de consumo de drogas y alcohol representan en la actualidad –como hemos mencionado- un problema que atañe a la sociedad completa, infundiendo consecuencia a la largo de todo el entramado social, siendo el ámbito propio de las relaciones laborales una emblemática arista en la cual se desarrollan múltiples consecuencia, que además, tiene repercusión en terceros y en la actividad laboral en su conjunto.
2. Como medidas nacidas al alero del Poder de Dirección del empleador, tienen como objetivo dotar a la empresa o faena de condiciones de seguridad óptimas para la realización de las labores propias de cada una de las unidades productivas en las cuales se desarrolla la actividad laboral –y por lo mismo, asegurando los niveles de productividad óptima para fines comerciales-. No obstante esto, deberán respetar siempre -las políticas desarrolladas por el empleador- los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, mirado esencialmente desde la óptica de los derechos constitucionales reconocidos a todo trabajador. De no ser así, dicha

normativa empresarial no sólo dejaría de tener efecto vinculante alguno, sino que quedaría inmediatamente expuesto –el empleador- a los riesgos y contingencias derivados de los procedimientos laborales especiales dedicados a este tema. Así ha detallado de manera uniforme la Dirección del Trabajo durante los 3 últimos lustros.

Dicho lo anterior, cabe reconocer que este tipo de medidas han tenido un crecimiento explosivo no sólo en nuestro país, sino que en prácticamente todos los países del mundo que tienen algún tipo de desarrollo industrial, situando a Chile dentro de los países que ha demostrado dicho crecimiento explosivo en diferentes áreas productivas. En este sentido, la implementación de políticas de control por parte de los empleadores redundan en el establecimiento de múltiples formas de control, siendo las pesquisas clínicas aquellos protocolos más utilizados para efectos de fijar –con mayor grado de certeza- la presencia de ese tipo de sustancias en el organismo.

Ante este tipo de situaciones, tanto la Organización Mundial de la Salud en cuanto ente global preocupado por el desarrollo de este tipo de enfermedades modernas ha dado directrices que, a su vez, han ido permeando a otros organismos internacionales. Así lo ha recogido de manera potente la Organización Internacional del Trabajo, que dentro de otros documentos, ha generado una serie de recomendaciones hacia los empleadores –incluyendo los temas de prevención, control y rehabilitación como tópicos centrales, dejando en entredicho las medidas derivadas de sanciones disciplinarias más extremas-, como consta en el documento citado en esta memoria, editado en el año 1996.

De esta manera, es dable entender que este problema, entendido como una enfermedad que ataca no solo al hombre, sino que a la sociedad como un todo, ha significado un sinfín de regulaciones privadas –relación laboral entre empleador y trabajador- que buscan de una u otra manera, dejar salvo a cada faena productiva de las consecuencias derivadas de los consumos abusivos o problemáticos, que

inciden de manera directa en la productividad, la relación entre compañeros de trabajo y a las políticas de seguridad dentro de las labores cotidianas.

En tal sentido resulta obvia preocupación de todo empleador el querer luchar contra este tipo de conductas, lo que a veces –y llevado de la mano de un derecho de propiedad hipertrofiado- puede significar un abuso de facultades sobre sus trabajadores, intentando luchar contra un problema que sólo mira desde una variante externa: los riesgos y el daño a la productividad.

Sin embargo, como factor importante en la existencia de dicho flagelo tiene una corresponsabilidad importante en lo que a los mismos empleadores se refiere. Estudios citados y otros tantos reunidos dentro de los diferentes países que han tratado esta materia, concluyen de manera unánime que dentro de los antecedentes que generan consumos problemáticos de alcohol o drogas está, precisamente, las condiciones laborales y su incidencia en estados emocionales que devienen en vulnerables para efectos de iniciar dicho consumo, o bien, reforzar la incidencia de tales sustancias dentro de la sociedad en la que convivimos.

Por tales motivos, se apela al empleador tener conciencia sobre los actos que, derivados de sus exigencias a su población laboral, pueden conllevar la aparición de esta enfermedad, y por tanto, le compete establecerse como un agente propicio para la prevención, ayuda y tratamiento y la posterior rehabilitación del trabajador con problemas. Esta situación se enmarca dentro de un contenido más bien ético y de principios por los cuales deberían transitar todas las medidas que el empleador pueda tomar en contra de sus dirigidos.

3. No obstante la situación descrita en los párrafos anteriores –corresponsabilidad del empleador y la necesidad de actuar bajo un imperativo ético mediando dicha responsabilidad mancomunada-, las legislaciones, atentas a este tipo de controles fijados por el empresariado, ha establecido límites imperativos mediando la actuación de derechos fundamentales que han ido permeando al sistema de derecho laboral.

Bajo esta situación, y de acuerdo al devenir histórico de nuestro Estados modernos, la incidencia de los derechos fundamentales ha tenido una variante que, como ha sido expuesto, incide más allá de la mera relación Órganos del Estado-Personas Naturales, expandiéndose a esferas en las cuáles las relaciones están cubiertas entre privados.

Este efecto expansivo es el denominado *efecto horizontal de los derechos fundamentales*, que nacido al alero de la doctrina alemana durante la primera mitad del siglo XX fue convirtiéndose en una realidad jurídica en la totalidad de los sistemas jurídicos occidentales. Mediante este paradigma, entonces, se vuelca la visión clásica de la relación entre Estado y particulares como objeto de protección mediante las garantías y derechos provistos por la Constitución, extendiendo sus efectos a todo sujeto, persona natural o jurídica que ejerciera ciertos ámbitos de poder, y que en consecuencia, pudiera establecer límites hacia los ciudadanos o personas naturales.

En suma, este efecto expansivo –como fue desarrollado durante el primer capítulo de este trabajo de manera extensa- genera una ampliación del efecto propio de los derechos fundamentales –como dijimos- asociado incluso en el ámbito entre privados.

Bajo dicha premisa es que las relaciones laborales caen dentro del marco de acción de los derechos fundamentales, incluyendo en este caso, a aquellos que no son propiamente laborales, generando limitaciones marcadas y fuertes a la hora de determinar, por parte de los detentadores de dicho poder privado, las facultades de organización y administración de sus faenas y establecimientos.

En ese marco es donde se sitúa, de manera innegable, la problemática que hemos desarrollado en estas líneas, considerando que dicho efecto ha estado plenamente reconocido dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en particular desde el punto de vista del espíritu del Constituyente actual y derivados del fundamento de acciones como la de Protección Constitucional, que dejan en evidencia la estrategia legislativa de expandir el efecto de los derechos fundamentales a todo

individuo de este país como condición protectora sin más restricciones que el derecho de otros, o de situaciones de excepción.

4. Recogiendo expresamente este principio es donde se valora con mayor énfasis la proscripción de toda forma de discriminación como parte íntegra de todo derecho fundamental, en cuanto reproduce un contenido inmanente a todo el sistema jurídico, como es lo fijado por el Principio de Igualdad, en la que deben centrarse las medidas, adecuando su sentido a la valoración axiológica de las normas en cuestión.

Como vimos –recogido en una multiplicidad de textos legales nacionales e internacionales- la protección a la igualdad y la proscripción de toda forma de discriminación arbitraria son aristas importantísimas dentro de la generación de normas dentro de nuestro Ordenamiento. En tal sentido, el sistema de derecho laboral chileno adscribe a una doble valoración del mismo, a saber: por una parte genera un principio basado en **un criterio sospechoso abierto** como es el caso de lo determinado por el Artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República, que es óbice a cualquier tipo de discriminación -laboral- que no se centre en determinar con especificidad lo atingente a la idoneidad y capacidades personales del trabajador para determinado trabajo. En suma, proscribire cualquier forma de discriminación que no se base en las aptitudes netamente laborales para el trabajo que se desempeña o al que se postula. Por otro lado encontramos un sistema de discriminación basado en **un criterio sospechoso cerrado**, el que se basa fundamentalmente en lo referido por el Convenio N° 111 de la O.I.T., recogido a su vez por el Código del Trabajo en su artículo 2° del mismo.

Con todo, se fija una tendencia normativa que elimina la posibilidad de discriminación bajo criterios objetivos y mediante un sistema o criterio de sospecha abierta en cuanto es la regla general de todo nuestro ordenamiento en materia laboral. La dualidad establecida entre las normas antes señaladas y las dudas que pudieran suponer para el caso de cual aplicar en caso del derecho laboral quedan

zanjadas, como estudiamos, mediante un criterio jerárquico en la cual prima el sistema establecido en la norma constitucional.

5. Luego, cómo establecer la una convivencia entre estos dos bloques de derechos fundamentales, a saber, los del empresariado derivados del derecho de propiedad –como se mencionó- y los de los trabajadores a la luz de los derechos ciudadanos en la empresa, respetando como contenido superior el de no ejecutar acciones encaminadas a una discriminación arbitraria en el Derecho del Trabajo ha sido la tónica que enmarca la forma, contenido y efectos buscados con el establecimiento de pesquisas médicas para el control del consumo de alcohol y drogas en el trabajo y su incidencia dentro de las relaciones de trabajo fue el objeto principal de este estudio, estableciendo las condiciones para que aquéllas pudieran tener efecto en la vida laboral actual.

Para tales efectos, se llevó a cabo consideraciones especiales en torno a la ponderación de derechos –forma jurídica para generar criterios aceptables de límites al contenido de los mismos-, que lleva a una fórmula adecuada con el fin de armonizar ambos estatutos jurídicos, haciéndolos convivir con el respeto al principio de no discriminación.

Para estos efectos, la doctrina emanada desde la Dirección del Trabajo en varios Dictámenes (citados en este informe) han informado la forma en la cual dicha ponderación de derechos fundamentales debe revestir, cosa de morigerar los efectos del derecho de propiedad del empleador –Poder de Dirección- frente a los derechos subjetivos de los trabajadores, una conducta expresamente normada mediante principios generales del derecho y a la esencia del contenido de todo derecho fundamental envuelto, intentando no distorsionar los efectos queridos por el Constituyente al momento de fijar el sentido de las normas referidas.

Con todo, la Dirección del Trabajo propone el sistema de ponderación basado en el **Juicio de Proporcionalidad**, que busca dotar de una institucionalidad respetuosa de los derechos fundamentales a todos los empleadores que pretenden establecer medidas de control que, de una u otra forma, atentarían lisa

y llanamente a derechos propios de todo individuo –y en este caso, del trabajador– como lo son: derecho a la intimidad, derecho a la honra, integridad psíquica, protección ante todo tipo de discriminación, entre otros. Así lo ha dispuesto para efectos de fijar y regular medidas tales como: control de equipaje a la llegada o salida de la jornada laboral, controles médicos por consumo de sustancias prohibidas, etc.

Dicho Juicio de Proporcionalidad se basa, a su vez, en tres sub-principios que le permiten ser legitimado dentro de nuestro sistema jurídico. Estos son:

- i. Principio de la adecuación: la medida debe ser idónea para conseguir el fin propuesto. En otras palabras, constreñir un derecho fundamental si eso no lleva aparejado proteger la otra garantía en concurso.
- ii. Principio de necesidad: este sub-principio prescribe que la restricción al derecho fundamental debe ser la única forma para alcanzar el fin propuesto, no existiendo –por tanto– otra forma de obtener el mismo resultado.
- iii. Principio de proporcionalidad en sentido estricto: éste a su vez deberá determinar si la restricción al derecho fundamental resulta razonable en relación con la protección del derecho fundamental que se busca asegurar.

Serán, entonces, estos criterios que deberán respetarse sin omisión, relevados a la necesidad de fundamentar y estructurar una medida de control como la que venimos estudiando.

6. No bien teniendo ese razonamiento argumentativo de fondo, será cargo de cada empleador establecer medidas que signifiquen un respeto por las garantías limitadas, proporcionando un sistema de control objetivo, razonable y con estricto apego a las necesidades de información que debe llegar a todo su personal. En tal sentido, obran como esenciales –al menos en el caso de los exámenes de control

aleatorios, que han sido el tema más dilatado de este informe- características como la generalidad e impersonalidad de la medida, dotando de sistemas de selección de personal idóneos; de criterios de notificación respetuosos de la intimidad y privacidad de cada trabajador, y un sistema de medición fiable, que entregue resultados de manera fidedigna, descartando el falso positivo, situación que buscamos indagar en la práctica por medio de lo dispuesto en la abundante normativa de Codelco-Chile, encontrando apreciaciones concretas de este tipo de medidas, zanjando dudas y estableciendo los criterios más óptimos para este tipo de control, comparando dichos textos con los requerimientos que ha hecho nuestra institucionalidad laboral a lo largo de los años.

7. Finalmente, de no observarse los requerimientos vistos a lo largo de esta presentación, el trabajador podrá, recurrir ante las autoridades administrativas o ante el poder judicial para reclamar eventuales limitaciones excesivas o infundadas de sus derechos constitucionales. En particular, como vimos, se plantea la existencia del procedimiento de tutela laboral, que conlleva una serie de contingencias que deben ser evitadas por todo empleador, generando una normativa respetuosa de dichas garantías, adecuando los sistemas de control derivados de las pesquisas por consumo de alcohol y/o drogas en el trabajo o con ocasión de éste.
8. Con todo, podemos expresar que para la existencia de este tipo de medidas de control deberán observarse los siguientes pasos, conclusiones unívocas en torno a la materia que nos convocó en esta memoria:
 - A. Toda medida de control respecto de controles de alcohol y drogas podrá ser determinada como obligatoria por parte de los empleadores. Sin perjuicio de eso, se recomienda encarecidamente que para efectos de generar lineamientos en esta materia, se consulte a los representantes de todos los estamentos que son parte de la relación de trabajo, con especial cuidado en consultar a los organismos representativos de los trabajadores, cosa de legitimar la medida y exponer la necesidad de la misma.

- B. Dicha medida deberá ser fundada en las necesidades propias de la empresa o faena, es decir, deberá tener una causa justificada para efectos de imponerla.
 - C. En su imposición deberán observarse requisitos de forma y fondo. En cuanto a la forma, deberá establecerse con precisión desde el catálogo de definiciones, pasando por la normativa que la regule y la orgánica de la cual dependan, regulando a su vez el tema de obtención de resultados, entrega de los mismos y la comunicación pertinente en los términos señalados. En cuanto el fondo, tomar este tipo de medidas como formas de análisis objetivos y veraces, cosa de no limitar de manera exagerada los Derechos Fundamentales de todo trabajador, observando, a su vez, el Principio de Proporcionalidad y demás directrices normativas impuestas por la Dirección del Trabajo al Efecto.
 - D. En caso de resultados positivos la empresa deberá optar por medidas que ataquen a dicha enfermedad (alcoholismos y/o drogadicción) de manera integral, dejando las medidas disciplinarias en segundo lugar. Con todo, dichas sanciones deberán ajustarse a las medidas propuestas para la vulneración de todo reglamento interno, dejando a la desvinculación o exoneración del trabajador para casos excepcionalísimos, únicamente si en ese caso se contraviene formalmente la ley laboral y se satisfagan los supuestos de hecho contenidos en las normas respectivas. De no ser así, existirá el plausible peligro de exponerse a las sanciones que para dichos efectos genera la Autoridad Administrativa y el Poder Judicial en el caso del procedimiento especial por vulneración de derechos fundamentales o Procedimiento de Tutela Laboral contemplado en el Código del Trabajo.
9. Con todo, resulta de manifiesto que habiendo generado las conclusiones recién arribadas en torno a la existencia, pertinencia y regulación de los exámenes por consumo del alcohol, drogas y/o tabaco, esta normativa –o aplicación de estándares normativos y/o jurisprudenciales- la materia se torna un tanto oscura en cuanto las capacidades que tiene el empleador de resguardar –en los casos más complejos de acuerdo a la faena en la que se practiquen- la seguridad de su

recinto, de sus trabajadores, y por qué no, de sus propias ganancias. En este caso, estimamos como conclusión última que sería dable entender los conceptos propios de Principio y Juicio de Proporcionalidad de una manera tal que exista, a priori, una especie de conocimiento de cuáles son las medidas que pueden o deben estar expresamente proscritas y de acuerdo a qué criterios. En otras palabras, debería existir –en virtud de la celeridad y pronta acción de prevención de riesgos en específico- ciertos parámetros que adecuen las necesidades de toda empresa a los estándares antes enunciados.

De optar por un mecanismo que pudiera objetivar el procedimiento de límite de derechos fundamentales, podríamos estar en presencia de una regulación que no termine subyugando las pretensiones del empleador en torno a su actividad, todo esto sin perjuicio de la máxima importancia de los derechos fundamentales extendidos en tanto efecto horizontal de los mismos, que por de pronto, tan importantes como sabemos, también deben tener vías idóneas para no alcanzar un uso abusivo de estos derechos.

En tal sentido, deberá el legislador o la autoridad administrativa de acuerdo a sus facultades indagar aún más en estas temáticas, logrando así un estándar que propicie el debido respeto por los Derechos Humanos, pero que también, vele por las relaciones generales de trabajo, condiciones de seguridad y optimización de las faenas, tanto para una como para la otra parte de la relación laboral.

BIBLIOGRAFÍA.

A. Obras

1. ARAYA R., Marcelo. *Discriminación ilegítima en el derecho laboral chileno: tutela jurisdiccional post ley N° 19.759 y nulidad del despido por acto discriminatorio*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2006.
2. ASTETE M., Claudia. *Protección de los derechos fundamentales bajo el procedimiento de tutela judicial en el marco de la tercerización del trabajo*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2009.
3. ANZURES G., José. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 22, enero-junio de 2010.
4. ESPINOZA PONCE, Natalia. *Exámenes preocupacionales y ocupacionales para detectar drogas y alcohol a los trabajadores y la posible situación de discriminación*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2005.
5. GAMONAL C., Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2006
6. GAMONAL, Sergio y PRADO, Pamela. *El mobbing o acoso moral laboral*. Editorial LexisNexis, Segunda Edición, Santiago, 2007

7. GAZMURI, R. Consuelo. *Los derechos fundamentales en la empresa; algunas perspectivas de género*. Recurso electrónico disponible en: www.dt.gob.cl/1601/w3-article-71195.html
8. GÓMEZ, M. et al. *Alcohol y accidentes laborales en España: revisión bibliográfica 1995-2001*. Documento electrónico disponible en: <http://www.lawebdearva.org/descargas/articulos/tematicos/alcoholAccidentesLaboralesSpain.pdf>
9. HERNÁNDEZ G., Guillermo et al. *Prevalencia de trastornos psiquiátricos por uso de alcohol y otras sustancias en hombres y mujeres hospitalizados en medicina interna de un hospital de Santiago de Chile*, en: *Revista Médica de Chile*, v. 130, N° 6, Santiago, junio 2002
10. HUMERES N., Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 18° edición, Santiago, 2009.
11. LAGOS A., Constanza y Morales Leiva, Felipe. *Análisis crítico-comparativo entre el antiguo y el nuevo procedimiento laboral*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2009
12. LANATA F., Gabriela. *Contrato Individual de Trabajo*. Editorial LexisNexis, 1era. edición, Santiago, 2006.
13. LANATA F., Gabriela. *Manual de Proceso Laboral*. Editorial Abeledo Perrot, 1era edición, Santiago, 2010.

14. LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José. *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998
15. MANGADO O., Enriqueta y MADDOZ G., Agustín. *Consumo de alcohol y otras drogas en el medio laboral*, en: *Medicina y Seguridad del Trabajo*, Vol. 54, Número 213, Madrid, 2008
16. MÁRQUEZ M., Daniela y HENRÍQUEZ B., Cristián. *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: el procedimiento de tutela laboral*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2010
17. MARSHALL B., Pablo. *El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución*, en: *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2010
18. MELIS VALENCIA, Christian. *Derecho de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica*, recurso electrónico en http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf
19. MÉNDEZ S., Gabriel. *Reforma al procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2007
20. MILL, John. *Ensayo sobre la Libertad*. Ediciones Mestas, Madrid, 2006.

21. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Estar limpio: controles de consumo de drogas y alcohol en el lugar de trabajo*, en: Revista Trabajo, N° 57, Ginebra, Suiza, septiembre de 2006, pp. 32-37.
22. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y drogas en el lugar de trabajo*. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, primera edición, Ginebra, Suiza, 1996.
23. PECES-BARBA, Gregorio y otros. *Curso de Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
24. PLANET S., Lucía. *Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el mobbing en Chile*, en: Revista Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, N° 1, 2010
25. RAMÍREZ O., Ana. *Identificación Precoz de Bebedores de riesgo en empleados públicos en la provincia de Cádiz*, en: Medicina y Seguridad del Trabajo, Vol. 56, Número 219, abril-junio 2010, pp. 132-146.
26. RIQUELME B., Paulina. *Limitaciones teóricas y prácticas del procedimiento de tutela de derechos fundamentales de trabajadores contemplado en la ley N° 20.087*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2009
27. ROMÁN D., Fernando. *El procedimiento de tutela laboral en el nuevo proceso laboral*. Ciclo de Charlas “Los Martes al Colegio”, Colegio de Abogados A.G, Santiago, 5 mayo de 2009.

28. SEPÚLVEDA G., Geraldine. *Nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Protección Jurisdiccional Ley N° 20.087. Análisis de la experiencia española*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2007.
29. SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Derechos Fundamentales. Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida*, en: Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N° 3, Santiago, 2004.
30. SQUELLA N., Agustín. *Conceptos de Igualdad*, en: Anuario de Filosofía Jurídica. Editorial Edeval, Valparaíso, 1993.
31. TRUCCO, Marcelo et al. *Detección de consumo de alcohol y drogas en accidentes graves de trabajo*, en Boletín Científico Asociación Chilena de Seguridad, mayo 1999, Santiago, pp. 48-52.
32. UGARTE C., José. *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009.

B. Páginas web visitadas.

Biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

Portal LeyChile: <http://www.leychile.cl>

Dirección del Trabajo: www.dt.gob.cl

OIT: www.ilo.org

Poder Judicial: www.poderjudicial.cl

Cyber Tesis Universidad de Chile: <http://www.cybertesis.uchile.cl>

Scielo: www.scielo.cl

Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: www.derecho-trabajo.cl