



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

**Limitaciones teóricas y prácticas del procedimiento de tutela de
Derechos Fundamentales de Trabajadores contemplado en la ley
20.087”**

Memoria de Prueba para optar al grado Académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y
Sociales

AUTOR: PAULINA RIQUELME BARRIENTOS
PROFESOR GUÍA: LUIS FELIPE SÁEZ CARLIER

Santiago, julio 2009

INDICE

| | |
|--|--------|
| Introducción | Pág. 4 |
| | |
| Capítulo I | |
| Antecedentes Relativos a la incorporación del procedimiento de tutela | Pág. 7 |
| 1. modificación al sistema laboral y su motivación por incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento particular para proteger los derechos fundamentales | Pág 7 |
| 1.1 Cambios en el sistema Imperante | Pág. 7 |
| 1.2 Justificación de la inclusión de un sistema especial | Pág. 9 |
| 1.3 Acercamiento a Orígenes Párrafo VI ley 20.087 | Pág.15 |
| 2. Breve Referencia al Sistema Español de Protección Derechos | Pág.24 |
| 2.1 La inevitable comparación con el caso Español | Pág.26 |
| 2.1.1 Similitudes | Pág.26 |
| 2.1.2 La gran diferencia | Pág.27 |
| | |
| Capítulo II | |
| Análisis Crítico Párrafo VI ley 20.087 | Pág.29 |
| 1. El procedimiento de Tutela | Pág.29 |
| 1.1 Inicio del Procedimiento | Pág.31 |
| 1.1.2 Requisitos de la denuncia | Pág.33 |
| 1.2 Características del Procedimiento | Pág.34 |
| 1.3 Desarrollo del procedimiento | Pág.35 |
| 1.4 Audiencia preparatoria | Pág.36 |
| 1.5 Audiencia de Juicio | Pág.41 |
| 1.6 Sentencia definitiva | Pág.42 |
| 1.7 Indemnizaciones que proceden | Pág.43 |
| 2. Análisis Crítico del Procedimiento | Pág.45 |
| | |
| Capítulo III | |
| Limitaciones materializadas en la práctica de nuestro sistema de protección de derechos | Pág.50 |
| 1. Consideraciones Previas | Pág.50 |

| | |
|---|---------|
| 2. Estudio de Jurisprudencia, tendencias y estadísticas de la tutela | Pág.50 |
| 2.1 Antecedentes del análisis | Pág.52 |
| 2.2 Tendencias observadas | Pág.52 |
| 2.2.1 Incumplimiento formalidades denuncia | Pág.52 |
| 2.2.2 En la gran mayoría de los casos se entabla la acción de tutela reclamando conjuntamente pago de prestaciones laborales, declaración de despido injustificado, indebido o improcedente y las prestaciones que de ello derivan. | Pág.53 |
| 2.2.3 Escasa participación de la dirección del Trabajo | Pág.55 |
| 2.2.4 Celeridad del procedimiento | Pág.56 |
| 2.2.5 Indemnizaciones | Pág.57 |
| 2.2.6 Amplio rechazo a demandas | Pág.60 |
| 2.3 Qué derecho se sostiene mayormente vulnerado? | Pág.61 |
| 3. Análisis Particular de Jurisprudencia | Pág.65 |
| 3.1 Primer caso RIT T 1 – 2008 Copiapó | Pág.65 |
| 3.2 Segundo caso RIT T 5 – 2008 Valparaíso | Pág.72 |
| 3.3 Tercer caso RIT T 4 – 2008 Valparaíso | Pág.79 |
| 4. El reciente Dictamen marco de la Dirección del Trabajo en la materia | Pág.84 |
| | |
| Conclusión | Pág.87 |
| | |
| Anexo Jurisprudencia | Pág.91 |
| Bibliografía | Pág.131 |

Introducción

El presente estudio pretende hacer un análisis crítico al procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales, incorporado por la ley 20.087, modificado por la ley 20.260, el cual se enmarca dentro de la reforma al sistema de procedimiento laboral que ha vivido nuestro país.

El análisis que se propone es teórico y práctico puesto que indaga en ciertas limitaciones observadas partiendo desde el proyecto de ley de reforma laboral hasta la aprobación del texto definitivo de la misma, por otra parte se analizará su restrictividad en comparación a la experiencia española, la cual resulta ser bastante más protectora de derechos que la nuestra. Finalmente se hará un análisis de la incipiente jurisprudencia existente en la materia de vulneración de derechos fundamentales, observando a través de un riguroso método, cómo han funcionado los tribunales en la práctica y cuales son las limitantes tanto de la judicatura como de las partes al momento de entablar una acción de esa naturaleza.

Para dicho objetivo este estudio comenzará situando el contexto en el que ocurren las modificaciones a la legislación procesal laboral, haciéndose cargo de las motivaciones imperantes en dicha oportunidad en nuestro país, acto seguido se justificará la inclusión dentro de esta ley de un procedimiento especial de tutela de derechos, haciendo referencia a la experiencia española y solo en lo estrictamente necesario al antiguo sistema, el cual estaba sustentado en dos pilares fundamentales, que eran la acción de protección contemplada en el Art. 20 de la constitución Política de la República de 1980 y la gran labor realizada por la Dirección del Trabajo, quien llegó a sentar las bases de un sistema garantista tal como lo conocemos actualmente. Debo advertir que este estudio no pretende comparar el antiguo sistema con el actual, cuestión que ha sido ampliamente tratada por distintos autores nacionales, sino que su referencia es meramente instrumental.

Posteriormente y con el objeto de analizar las modificaciones que sufrió el proyecto se analizará la historia de la ley, esto para efectuar un acercamiento a los orígenes del párrafo VI de la ley 20.087. Sin lugar a dudas, este análisis tiene por objeto demostrar que

ya en la tramitación se fueron restringiendo en forma paulatina los Derechos Fundamentales de los trabajadores, cuestión que constituye la hipótesis central de esta investigación.

Acto seguido y para finalizar el contexto de este trabajo se hará una breve referencia al sistema español de protección de Derechos Fundamentales, haciendo hincapié solo en lo pertinente a este estudio, lo cual dice relación con la amplitud en su aplicación cuando se le compara con nuestro sistema.

En la segunda parte se hará un estudio descriptivo del párrafo VI libro V del Código del Trabajo¹, para luego de conocerlo en profundidad, poder hacer un análisis crítico, teniendo en consideración lo que se pensó en un primer momento que sería y lo que es en la práctica, teniendo como telón de fondo la inevitable comparación con el sistema español.

Debo advertir que en esta oportunidad no se abordará el tema del contenido de los derechos protegidos por el procedimiento de tutela, por cuanto es bastante extenso y profusamente tratado por la doctrina, que excede con creces los objetivos de este estudio y se vincula más directamente con el derecho constitucional, al existir una expresa remisión a los numerandos del Art. 19 de nuestra Carta fundamental en el Código del Trabajo.

Se hará una crítica al procedimiento analizado, haciéndose cargo de ciertas limitaciones advertidas en su aplicación y alcance, que conllevan a una innecesaria reducción en la protección de derechos.

Se darán ciertas pautas para mejorar este procedimiento, que si bien representa una ventaja respecto del anterior, y resulta a todas luces un avance para la judicatura laboral, no resulta tan perfecto como se quisiera, en la medida que presenta serios problemas, los cuales se desarrollarán a través de esta investigación.

Ulteriormente, se hará un estudio en profundidad de la jurisprudencia existente y las tendencias apreciadas en la tramitación de la tutela, para ello se utilizará un riguroso método

¹ D.F.L 1 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el D.O el 16 de enero de 2003.

analítico de todas las causas tramitadas desde su entrada en vigencia a la fecha en tres regiones emblemáticas de nuestro país.

Para finalizar se hará un análisis particular de jurisprudencia relevante en las regiones precitadas, con el fin de entender cual ha sido el razonamiento que han tenido los jueces del trabajo para fallar en dichas causas.

Del análisis teórico y práctico del procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales se podrán extraer conclusiones, las cuales apuntan principalmente a que nuestro sistema no es del todo perfecto y se enfrenta con innumerables trabas que impiden una protección efectiva de los derechos de los trabajadores, las cuales se han materializado tanto en el texto de la ley como en la praxis judicial.

CAPITULO I
ANTECEDENTES RELATIVOS A LA INCORPORACION DEL
PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE TUTELA

1. Modificación al sistema laboral y su motivación por incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento particular para proteger los Derechos Fundamentales.

1.1 Cambios en el sistema imperante

Durante los últimos años se ha podido apreciar una gran cantidad de cambios en la legislación sustantiva, sin embargo, no había un mecanismo idóneo que garantizara la efectiva vigencia derechos consagrados a nivel laboral si no existía un procedimiento adecuado para su materialización.

Hasta hace poco, la aplicación efectiva de la justicia laboral en nuestro país se vio entorpecida principalmente por la falta de juzgados y de un procedimiento expedito que pudiese hacer efectivos y de forma oportuna, los derechos de los ciudadanos en esta materia.²

Fue así como en el año 2000 surgió el Foro para la Reforma Laboral, que fue la instancia en la cual se reunieron distintos sectores, tanto trabajadores, empleadores, expertos representantes del Gobierno y el Poder Judicial bajo la dirección del Ministerio del Trabajo, Previsión Social y Justicia, con el objeto de apreciar las diversas falencias del sistema existente.

En dicha oportunidad haciendo un diagnóstico de la situación existente se estableció que: *“La percepción de la comunidad jurídica laboral es que el acceso a la justicia laboral y previsional y su funcionamiento, plantean serios problemas de equidad y de efectiva*

² MÉNDEZ Serqueira, Gabriel. Reforma al procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. (Tesis) Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, 2007. pág. 9

vigencia del derecho, en razón de las insuficiencias que presenta, afectando principalmente a quienes recurren ante el órgano jurisdiccional, normalmente trabajadores que han perdido su empleo y que carecen de los medios necesarios para el sustento familiar.

Recientes investigaciones confirman que es un hecho que los demandantes de justicia laboral deben postergar sus expectativas de solución jurisdiccional, debido a lo extenso de los procesos y a las dificultades para ejercer patrimonialmente los derechos declarados en juicio.

Se plantea entonces la necesidad de producir profundas transformaciones en el proceso y en la orgánica procesal laboral y previsional, que las instituciones del proceso y éste en su unidad, respondan a los requerimientos de acceso a la justicia pronta y eficaz”³.

El citado Foro, a partir de diversas conclusiones, propone el envío de tres proyectos de ley que abordan integralmente los problemas de la justicia del trabajo: la primera iniciativa amplía el número de tribunales laborales en el país y crea tribunales especiales de cobranza previsional; por la segunda, se propone un nuevo procedimiento de cobranza ejecutiva de obligaciones laborales y previsionales; por el tercero de estos proyectos se modifica el procedimiento laboral ordinario y se incorpora el procedimiento monitorio y de tutela de derechos fundamentales.⁴

Fue así como se inició el proyecto de ley que reforma el procedimiento laboral, el cual en su mensaje indicaba lo siguiente: *“Es un hecho que los demandantes de justicia laboral deben postergar sus expectativas de solución jurisdiccional, debido a lo extenso de los procesos y a las dificultades para ejercer patrimonialmente los derechos declarados en juicio. Es por ello, que se hace patente e impostergable la necesidad de introducir profundas transformaciones en el sistema de la justicia laboral y previsional, con miras a implementar en Chile un modelo de relaciones laborales que dé cuenta de un mayor nivel de equidad y equilibrio, asegurando niveles adecuados de bienestar social y económico.*

³ BASES FUNDAMENTALES Para la Reforma de la Justicia Laboral y Provisional [en línea] http://www.cejamericas.org/doc/documentos/bases_fundamentales.doc, [consulta 01.07.09]

⁴ Para mayor información véase Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional [en línea] http://www.cejamericas.org/doc/documentos/bases_fundamentales.doc [consulta 01.07.09]

Las experiencias comparadas dan cuenta de las ventajas que supone para toda sociedad contar con procedimientos jurisdiccionales, particularmente en el orden laboral, que se caractericen por la celeridad, la inmediatez y la concentración, lográndose en ellos importantes niveles de pacificación de las relaciones laborales y, por sobre todo, alcanzándose un alto nivel de legitimidad entre los justiciables, que ven en los órganos jurisdiccionales un medio adecuado para canalizar los conflictos y lograr la plena efectividad del derecho.

En definitiva, el desarrollo de unas relaciones laborales modernas pasa, necesariamente, por la certeza de que los derechos de los actores sociales están suficientemente resguardados por un sistema jurisdiccional eficiente, transparente y oportuno”.⁵

Dentro de los objetivos planteados en el Mensaje presidencial respecto del proyecto de reforma al sistema laboral se planteó:

1. Brindar un Mejor acceso a la Justicia
2. Posibilitar la efectividad del derecho sustantivo
3. Asegurar el efectivo y oportuno cobro de los créditos laborales
4. Agilización de los juicios del trabajo
5. Modernización del sistema procesal Laboral
6. Configuración del Proceso laboral como un instrumento de pacificación social
7. Potenciar el carácter diferenciado del derecho laboral
8. Diseñar un modelo concreto de Tutela de Derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales.

1.2 Justificación de la inclusión de un sistema especial.

Se contempla la existencia en nuestro derecho de un procedimiento especial de tutela de Derechos Fundamentales, lo que resulta una novedad puesto que en el antiguo sistema ante la vulneración de dichos derechos las posibilidades que tenía el trabajador estaban

⁵ MENSAJE EJECUTIVO. Proyecto de Ley 20.087 [en línea] <www.bcn.cl>, [consulta 16.05.2009], pág.8.

ampliamente restringidas principalmente a dos mecanismos, respecto de los cuales se hará una breve referencia, con el objeto no de estudiar en profundidad el antiguo sistema, sino que para justificar la existencia del nuevo, ellos son:

Acción de protección contemplada en el Art. 20 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980: En la práctica no resultó ser tan fructífera, ello se debe principalmente a: El desconocimiento de que existe este mecanismo de protección de derechos para los trabajadores, lo que se debe principalmente a la falta de información y su poca utilización. Por otra parte, el costo económico que implica para un dependiente recurrir a esta vía, la que no tiene por objeto obtener una compensación económica o pecuniaria, y que si bien es una acción que no requiere asistencia profesional de abogado, en los términos exigidos por las normas sobre comparecencia en juicio, su “praxis judicial” en los hechos la hace exigible, más aún por la regulación de que ha sido objeto en los auto-acordados respectivos de la corte Suprema.

Más importante que lo anterior, corresponde al evidente riesgo que el ejercicio de esta acción genera, en términos de estabilidad en el empleo, para el trabajador con una relación laboral vigente. En efecto, no es difícil imaginar que el empleador adopte represalias contra el trabajador que ha recurrido de protección en su contra, fundado en sus derechos fundamentales, disponiendo para ello de un efecto mecanismo a nivel legal como el despido por “necesidades de la empresa”, que salvo el pago de la indemnización respectiva, y una tan inaccesible como ínfima sanción de indemnización adicional de un 20 por ciento, no trae aparejada ninguna consecuencia ulterior para el trabajador⁶, salvo que el trabajador vaya a juicio posteriormente y el despido sea declarado injustificado, indebido o improcedente con lo cual si bien se aumenta el valor de las indemnizaciones ello no impide que el trabajador sea despedido.

⁶ I LIZAMA Portal, Luis y UGARTE Cataldo, José Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales en la empresa, Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, Chile. 1998. pág. 179.

La labor realizada en la Dirección del Trabajo: Se encuentra regulada por el Código del Trabajo y su ley orgánica, D.F.L N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1967. Básicamente este órgano cumple 2 funciones, como lo expresa el Art. 476 del Código del Trabajo, estas son: fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral e interpretarla.

El ejercicio de la función fiscalizadora supone velar por la correcta aplicación de las leyes del trabajo en todo el territorio de la república, actividad que es realizada por funcionarios públicos que tienen calidad de ministros de fe, ellos son, los Inspectores del Trabajo.

Por otra parte está la labor interpretativa de la legislación laboral, la cual ha sido llamada interpretación administrativa que puede ser definida como aquella que realizan ciertos servicios públicos que cumplen funciones fiscalizadoras con el objeto de dar coherencia y uniformidad a la supervigilancia de la aplicación correcta de las normas interpretadas.⁷

El Director del Trabajo uniforma los criterios interpretativos en materia laboral generando lo que se llama doctrina con el objeto de hacer posible la fiscalización homogénea de la aplicación de la ley por parte de los funcionarios bajo su dependencia; en cambio la jurisprudencia administrativa es el conjunto de decisiones interpretativas contenidas en los dictámenes que emanan de los jefes superiores de los servicios públicos facultados para interpretar la legislación nacional.

La Dirección del Trabajo en el ejercicio de la potestad fiscalizadora tiene como único límite que no puede intervenir en caso que exista una controversia judicial respecto de la situación concreta objeto de la inspección (Art. 5 letra b D.F.L N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social)

A pesar de que la norma parece bastante clara, en la práctica este organismo se ve enfrentado a otro tipo de limitaciones derivadas de la práctica judicial. Así por ejemplo, en

⁷ Idem, pág. 69

jurisprudencia sostenida de las Cortes conociendo de diversos recursos de protección se ha establecido que a la Dirección del Trabajo sólo le cabe constatar si existen o no infracciones objetivas y evidentes a la legislación laboral porque de otro modo invadiría un ámbito reservado a la jurisdicción, y que en consecuencia, sus fiscalizadores no están legalmente autorizados para calificar jurídicamente los hechos materia de una denuncia⁸

En otro sentido también se han fijado limitaciones estableciendo que las facultades fiscalizadoras no pueden ser ejercidas si entre los interesados existen divergencias sobre los hechos o situaciones a los cuales debe aplicarle las normas interpretadas, porque en tal caso deberá dirimirse el asunto por la jurisdicción.⁹

Lizama Portal sostiene que *“la Dirección del Trabajo, a través de los dictámenes que emite en el ejercicio de su facultad interpretativa, no sólo se limita a fijar el sentido y alcance de una determinada disposición legal, sino que también reformula el derecho laboral vigente, integra vacíos normativos, resuelve antinomias de normas y genera nuevas formas de argumentación jurídica.”*¹⁰

Por lo anterior puede sostenerse que la labor interpretativa de la Dirección del Trabajo es más bien integradora y es conveniente que así sea, puesto que ella está compuesta por personas especializadas y de vasta experiencia en materia laboral, quienes conocen las relaciones trabajador-empedor y como actúan éstos últimos en el ejercicio de sus potestades dentro de la empresa. Sin embargo, esta valiosísima labor se ha visto coartada por vía de los tribunales de justicia. Lo más conveniente sería establecer con claridad el ámbito de competencia de los tribunales de justicia en la materia en forma *complementaria* a la establecida a la dirección del trabajo, ya que ésta última ha tenido dictámenes que han tocado el tema de los Derechos Fundamentales en forma muy asertiva.

⁸ Rol N°1805-96 Sentencia Corte Suprema; Rol N° 10392-83, sentencia de Corte Pedro Aguirre Cerda; Rol N° 3782-92 Corte de Copiapó; Rol N° 14198-89 Sentencia Corte Suprema.

⁹ Rol N° 161-97, sentencia Corte Suprema; Rol N°54-94, Corte de Concepción.

¹⁰ LIZAMA Portal, Luis. Derecho del Trabajo. Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile. 2003, pág. 32

Sin lugar a dudas que la Dirección del Trabajo desarrolló a través de las facultades que su ley orgánica le concede un rol fundamental en la protección de los Derechos Fundamentales, a diversos dictámenes emblemáticos que sentaron las bases para aceptar la procedencia de un sistema especial que proteja los derechos más básicos de los trabajadores, quienes muchas veces por encontrarse en esta especial situación de subordinación o dependencia ven coartadas las posibilidades de hacer valer sus derechos como personas dignas.¹¹

Es así como a través de estos mecanismos ya mencionados, es que indirectamente se han protegidos los Derechos Fundamentales, sin embargo, se hacía patente la necesidad de incorporar un procedimiento especial que propendiera a hacerse cargo de la situación anterior.

Uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.). Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas.

Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. Como nos señala el insigne jurista italiano Norberto Bobbio, el “problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos”.

Teniendo en cuenta las consideraciones esbozadas, se ha estimado de vital importancia, siguiendo muy de cerca las experiencias comparadas, diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales al interior de la empresa a través de un procedimiento

¹¹ Al respecto es posible señalar dictamen ORD. N° 684-50 sobre la procedencia de la aplicación del Polígrafo o el dictamen ORD. N°3347-142 en materia de revisión de personal.

*especial que de cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección*¹².

Como se puede apreciar, uno de los principales objetivos de esta magna modificación procesal fue el introducir un procedimiento especial de tutela de Derechos Fundamentales, el cual se presenta como una novedad dentro de nuestra tradición jurídica y zanja de manera definitiva un tema que fue en tiempos pretéritos latamente discutido, como es el de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.

*Este procedimiento, más que una reforma meramente adjetiva, es realmente una enmienda sustancial, que hace efectiva la tendencia del legislador nacional en numerosas leyes que desde el año 2001 vienen reconociendo la vigencia de los derechos humanos del trabajador.*¹³

El procedimiento que se propone es sumarísimo y la tramitación de estos procesos gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo Tribunal.

También se introduce una norma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, absolutamente imprescindible a la hora de brindar protección en este tipo de figuras, en relación con el *Onus Probandi*, que consiste en facilitar o alivianar la prueba al denunciante, “cuando de sus alegaciones se desprendan indicios en orden a que se ha producido la vulneración de Derechos Fundamentales. En este caso, surge la obligación para el denunciado de justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Se produce entonces, una matización de la regla general sobre la carga de la prueba, ya que al trabajador le basta con que de sus alegaciones se desprendan “indicios”, es decir, señales o evidencias que den cuenta de un hecho oculto (violación de un derecho fundamental). Es de destacar que en este evento no se exige al

¹² MENSAJE EJECUTIVO. Proyecto de Ley 20.087 [en línea] <www.bcn.cl>, [consulta 16.05.2009], pág. 12

¹³ GAMONAL Contreras, Sergio. El procedimiento de tutela de derechos laborales. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. 2007, pág. 1

empleador la prueba de un hecho negativo (que no violó el derecho fundamental), sino que pruebe que el acto o conducta empresarial obedeció a una motivación legítima.

En el contenido de la sentencia condenatoria, el proyecto apunta a retrotraer la situación al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada, siendo la nulidad el efecto propio y natural para este tipo de ilícitos. Adicionalmente, la sentencia deberá indicar concretamente las medidas tendientes a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración constatada, incluyendo la posibilidad de que se imponga el pago de una indemnización”¹⁴.

Antes de la reforma existía un procedimiento especialísimo, contemplado en los Arts. 292 y siguientes del Código del Trabajo que velaba por el derecho a la libertad sindical, tomando este modelo se quiso buscar un procedimiento que protegiera no sólo esta libertad sino que en términos generales los derechos del trabajador dentro de la empresa, sin embargo, debo advertir que esta innovación no comprende todos los Derechos Fundamentales del trabajador, sino aquellos taxativamente enumerados en el Art. 485 del Código del Trabajo.

1.3 Acercamiento a los orígenes del párrafo VI ley N° 20.087 que establece el procedimiento de tutela.

Uno de los ejes de esta reforma al sistema procesal laboral lo constituye el procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales, contemplado en el párrafo VI de la ley citada, cuyo articulado fue objeto de innumerables modificaciones en su tramitación, puesto que su protección no fue un tema pacífico.

Originalmente la redacción del proyecto fue bastante amplia, por cuanto se hacía extensiva la protección de todos los derechos de los trabajadores, sin embargo, en el camino de su tramitación se encontró con innumerables modificaciones que tendieron indiscutiblemente a que su aplicación se fuera limitando poco a poco. Dicho proyecto

¹⁴ MENSAJE EJECUTIVO. Proyecto de Ley 20.087 [en línea] <www.bcn.cl>, [consulta 16.05.2009], pág. 15

presenta grandes similitudes con la ley de protección laboral española, aunque el texto aprobado difiere en una cuestión esencial, esto es su procedencia, cuestión que será tratada en extenso en esta investigación.

La primitiva redacción del artículo 502, hoy 485 referente a la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales establecía que *“este procedimiento tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando aquellos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades empresariales en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero art. 5 del Código del Trabajo”*¹⁵, el cual señala que: *“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada y la honra de éstos”*

Evidentemente que la indeterminación y laxitud con la que se establecía la procedencia de la tutela llevó a nuestros legisladores a realizar una gran cantidad de indicaciones¹⁶ respecto de este artículo, las cuales apuntaban a su limitación.

Dentro de los argumentos que se esgrimieron en dicha oportunidad se presenta aquel que hace alusión al Recurso de protección contemplado en el Art. 20 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, el cual es restrictivo en cuanto a su aplicación y no protege todos los derechos fundamentales contemplados en el art. 19 de la Carta Fundamental, en cuanto a que un Estado en principio no puede garantizar la vigencia de todos estos derechos, puesto que no cuenta con los recursos para ello, entonces si aún este recurso no protege todos los derechos fundamentales con mayor razón este procedimiento, acotado a materias estrictamente laborales debe restringir su aplicación.

¹⁵ Boletín N° 3367-13, Primer trámite Constitucional Cámara de Diputados [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=3467&prmTIPO=INICIATIVA>, [consulta 02.07.09], pág. 48

¹⁶ Al respecto véase Boletín N° 3367-13, indicaciones Cámara de diputados [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=7970&prmTIPO=INFORMEPLY> e indicaciones en general en el Senado [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=994&prmTIPO=INDICACIONPLY>, [consulta 02.05.09]

En segundo lugar, podría haber surgido la incertidumbre acerca del contenido de los Derechos Fundamentales, ¿se refieren a aquellos contemplados en la carta fundamental y Código del Trabajo o podría entenderse incorporados aquellos contemplados en los distintos convenios de la OIT?

Fue así como se aclaró la situación anterior, acotando la aplicación de este procedimiento a *“cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su Art. 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º inciso primero, 12º inciso primero y 16º en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”*¹⁷

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

Corresponde ahora dilucidar el alcance de este importante artículo, desarrollando los derechos que se protegen, advirtiendo que esta es sólo una aproximación al tema y no se pretende desarrollar el tema del contenido de los derechos en extenso, puesto que es un tema de largo aliento que excede con creces el ámbito de este estudio. En primer lugar debe tenerse presente que su aplicación está restringida sólo a aquellos numerandos de la constitución Política de la República de 1980, expresamente establecidos.

Art. 19 de la Constitución Política de la República de 1980 establece:

La constitución asegura a todas las personas:

Nº1 El derecho a la Vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

¹⁷ Art. 485 Código del Trabajo

Nº4 El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan.

Nº5 La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

Cabe precisar que para efectos de este tema sólo importa la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada en el ámbito de la relación laboral. Resulta de particular importancia el tema de la inviolabilidad de la correspondencia personal del trabajador, homologada también al uso del correo electrónico.¹⁸

Nº 6 La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Este derecho-libertad ha sido consagrado en diversos instrumentos internacionales, entre ellos, el Pacto San José de Costa Rica que en su Art. 12 el cual establece “*la libertad*

¹⁸ Al respecto puede profundizarse en Dictámenes de la Dirección del trabajo [en línea] www.dt.gov.cl 21 de marzo año 2005, ORD.: Nº 1147/34

de conciencia y religión, precisando que este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”

Nº12 : La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

Vista como el derecho constitucionalmente reconocido de toda persona a expresar, manifestar, exteriorizar su opinión, parecer, pensamiento o crítica y por libertad de informar se entiende como la posibilidad que le cabe a toda persona de transmitir uno o más antecedentes o información que sea veraz y contrastada, aunque resulte en definitiva errónea.¹⁹

Nº16 La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Inc. 4to: Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a la organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará la actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

¹⁹ ABARCA, Gustavo. Los derechos fundamentales del trabajador en la Empresa. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile.Facultad de Derecho, 2002. pág. 32

Actos discriminatorios: La norma que consagra la no discriminación en materia laboral es el Art. 2 del Código del Trabajo. Nuestro código ha sido extremadamente parco al hablar de este tema ya que es el único artículo que hace alusión a ello, por otra parte, nuestra constitución en el ART. 19 N° 16 prohíbe cualquier forma de discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

También se aplica el procedimiento de tutela para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo segundo del Código del Trabajo, a excepción de su inciso sexto.

Discriminación laboral es definida como toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.²⁰

El artículo 2 del Código del trabajo establece que: *“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.*

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

Se excluyen aquellos contemplados en el inciso sexto de dicho artículo *“Son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto*

²⁰ LIZAMA Portal, Luis y UGARTE Cataldo, José Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales en la empresa, Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, Chile. 1998. pág. 218- 219

Sin duda que la extensa redacción de este artículo es inversamente proporcional con los derechos que protege, cuestión que sólo perjudica al trabajador. Afirmando esto porque su regulación es bastante casuística y relativas a ciertos derechos en particular, sin hacerla extensiva en términos generales a la protección de los trabajadores.

Ante la indeterminación también quiso zanjarse cuando estos derechos y garantías resultan lesionados:

*“...Otros Diputados, en cambio, no fueron partidarios de incorporar términos que conlleven cierta subjetividad al momento de analizar las situaciones que se puedan presentar. Sin embargo, no desconocieron la factibilidad de que existan abusos de ambas partes en la relación laboral, por lo cual estimaron necesario precisar cuándo se deben entender vulnerados los derechos fundamentales”.*²¹

Es por eso que el texto definitivo de la ley establece: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.²² Dicho inciso fue incorporado por indicación de los diputados Bustos, Burgos y Ceroni.²³

²¹ Boletín N°3367-13, Informe complementario comisión Constitución, [en línea] <<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=7970&prmTIPO=INFORMEPLEY>> [consulta 10.03.09], pág 33

²² Art. 485 inciso tercero Código del Trabajo

²³ Boletín N° 3367 -13 Informe complementario comisión Constitución, [en línea] <<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=7970&prmTIPO=INFORMEPLEY>> [consulta 10.03.09], pág 33-34

En el inciso final del citado artículo se establece que dicha acción es incompatible con el Recurso de Protección contemplado en el Art. 20 de la Constitución Política, indicación presentada por el diputado Uriarte.²⁴

“En materia de tutela de derechos fundamentales, la Comisión se hizo cargo de la preocupación existente en cuanto a que su inclusión en las relaciones de orden laboral se podría prestar para abusos al demandarse prestaciones recargadas sobre el mérito de cuestiones de lato conocimiento y difícil resolución para los jueces del trabajo. En tal sentido, se concordó en que el catálogo de derechos fundamentales apuntaba a establecer límites a la potestad reglamentaria del empleador, siendo la sentencia natural en estos casos revertir la medida que dio origen a la denuncia. Asimismo, se precisó que las causas ventiladas por este concepto deben necesariamente provenir de la relación laboral, dejando fuera los aspectos que más bien se relacionan con materias que sin duda son de conocimiento del recurso de protección propiamente tal.

Un punto sensible decía relación a la posibilidad de que la sentencia, en caso de despido discriminatorio, establezca que el trabajador pueda optar entre su reincorporación o una indemnización recargada. La Comisión, de manera unánime, adoptó una solución que apunta a que esta opción del trabajador se aplique restrictivamente al caso en que el juez determine que dicho despido ha sido discriminatorio por haberse infringido el inciso cuarto del artículo 2º del Código del Trabajo, disposición que contempla los actos de discriminación, y, además, a que ello sea calificado como grave por el tribunal, mediante resolución fundada. Cabe hacer presente que esto se aplica sólo a propósito de actos de discriminación ejercidos por un empleador y no a otras infracciones”²⁵

Se establecía en el proyecto original que si la vulneración de derechos se producía con ocasión del despido, éste no producirá efecto alguno, cuestión que fue modificada por cuanto el texto actual establece sólo en el caso de que el despido sea discriminatorio y además sea

²⁴ Boletín N°3367-13 Informe complementario comisión Constitución, [en línea] <<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=7970&prmTIPO=INFORMEPLEY>> [consulta 10.03.09], pág 34

²⁵ Boletín N° 3367-13, Informe Senado Historia Ley 20.087 [en línea] < www.bcn.cl > [consulta 25.05.09]

calificado como grave, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones correspondientes.

Otro cambio sustancial en la tramitación de esta ley se refiere a que en el proyecto se contemplaba la existencia de sólo una audiencia, así el artículo 508 establecía *“Admitida la denuncia a tramitación, el juez citará al denunciante, al denunciado y a los presuntamente afectados, a una audiencia única a fin de que expongan lo que estimen conveniente acerca de los hechos sobre los cuales versa la denuncia, ordenándoles que acompañen todos los antecedentes que crean necesarios para resolver, fijando para tal efecto, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la resolución, el día y la hora para su celebración, debiendo mediar entre la notificación de la denuncia y citación y la celebración de la audiencia, a lo menos, cinco días”*.²⁶

Dicho artículo fue íntegramente sustituido por indicación del Presidente de la República, estando en trámite en el senado, por el siguiente texto: Artículo 491.- *“Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo 3°”*

El fundamento tenido a la vista en dicha oportunidad para sustituir dicho artículo dice relación con que un procedimiento como éste, que tiene por objeto establecer la vulneración o limitación a los derechos mayormente protegidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico no debe tomarse a la ligera, sino que por el contrario, debe existir un debido proceso que establezca en forma fehaciente dicha vulneración, llevando al juzgador a la convicción plena para poder fallar, lo que difícilmente podía conseguirse en una audiencia, por lo que esta modificación no constituye una limitación al procedimiento de tutela.

De esta forma se fueron materializando en la práctica diversas limitaciones al proyecto original, lo que resulta bastante pernicioso para los trabajadores, en el sentido que las modificaciones incorporadas durante la tramitación de la ley tendieron siempre a disminuir

²⁶ Boletín N°3367-13 Primer Trámite Constitucional Cámara de Diputados [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=3467&prmTIPO=INICIATIVA> [consulta 02.04.09] pág. 50

la aplicación del procedimiento, hecha la salvedad establecida en el párrafo anterior, el ahondar en la redacción de dichos artículos más que contribuir a hacer una interpretación legal o salvar eventuales omisiones, sólo tendió a restringir la existencia de este procedimiento, distanciándose por tanto de la experiencia española, al cual se hará alusión en el acápite siguiente.

Así se pudo avanzar en hasta lograr el texto definitivo de la ley 20.087, la cual fue promulgada con fecha 15 de diciembre del año 2005 y publicada en el Diario Oficial el 3 de enero del año 2006, la cual ha sido objeto de modificaciones por la ley 20.260 promulgada el día 28 de marzo del año 2008 y publicada en el Diario Oficial al día siguiente. Esta última ley introduce diversas modificaciones al procedimiento ordinario laboral, sin embargo, sólo modifica una norma relativa al procedimiento analizado, cuestión que será tratada en extenso más adelante.

2. Breve referencia al sistema español de protección de Derechos.

Antes de adentrarnos al estudio de nuestro sistema, es necesario efectuar algunas consideraciones respecto del sistema español, en el que se contempla un sistema particular de protección de derechos, el cual ha servido de base para la construcción del nuestro, lo que ha sido ampliamente reconocido por la doctrina y por nuestros legisladores y comisiones especializadas de trabajo al momento de la tramitación de la ley 20.087²⁷.

La ley fue prácticamente copiada por nuestros legisladores, puesto que a partir de su simple lectura es posible observar que su articulado es casi idéntico. Esta materia en España se encuentra regulada en el Real Decreto Legislativo 2-1995 que establece su texto refundido. La diferencia que puede apreciarse es que en el caso Europeo, particularmente

²⁷ Véase Boletín N° 3367-13, Discusión en Sala Cámara de Diputados [en línea] www.bcn.cl [consulta 02.03.09] pág. 236; Gutiérrez Monroe, Pablo en Informe Complementario Comisión de Constitución [en línea] www.bcn.cl pág. 269 [consulta 02.03.09]

en el Capítulo XI de la citada ley se habla de la “Tutela de Derechos de Libertad Sindical”, el cual se hace extensivo en su Art. 181 a demandas de los demás Derechos Fundamentales y libertades públicas.

El tratamiento que efectúa la Ley Española lleva necesariamente a reflexionar el por qué de el epígrafe de dicho capítulo, pudiendo concluir que el derecho colectivo en dicho país, al igual que en otras partes del mundo tiene gran importancia, es por ello que el legislador se ha visto en la necesidad de materializar positivamente esta realidad, incorporando un procedimiento especialísimo que protege específicamente el derecho de los trabajadores a asociarse a través de los sindicatos, cuestión que en Chile también se ha regulado, como se ha dicho, a través de un procedimiento contemplado en el código del trabajo, el cual sin duda es bastante menos regulado y de menor utilización en la práctica que su análogo utilizado en la península ibérica, principalmente porque en nuestro país el derecho colectivo no tiene tanta fuerza como en España.

Por otra parte existe sólo un artículo de dicha ley que hace extensiva la aplicación de este procedimiento a la tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluidos los actos de discriminación laboral, lo cual se establece en términos bastante amplios y no restrictivos.²⁸

Necesario resulta señalar que sólo a partir de la ley 62/2003 del 30 de diciembre de ese año, específicamente su Art. 40 N°2 dio mayor amplitud y por lo tanto una nueva redacción al Art.181 ya citado, pudiendo tener de esta forma la amplitud que posee actualmente en su aplicación.

²⁸ Art. 181 RD Legislativo 2/1995 Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral establece: *“Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos”*

En el caso español, a partir del año 2003 se amplió el catálogo de derechos protegidos por este procedimiento especial casi sin restricción, acogándose los derechos fundamentales reconocidos por la constitución española en su capítulo Primero, título Primero “De los derechos y deberes fundamentales, y capítulo Segundo “derechos y Libertades” secciones 1º De los derechos fundamentales y de las libertades públicas y 2º De los derechos y deberes de los ciudadanos”, como así también todos aquellos recogidos en los tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España, los que a su vez, sirven de principio interpretador de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce.²⁹

2.1 La inevitable comparación con el caso Español

Si bien el proyecto de ley chileno era una copia casi idéntica de la ley de procedimiento laboral español, ha quedado de manifiesto que el texto aprobado se diferencia en un punto que marca una diferencia abismante en ambos, esto es su procedencia.

En esta parte del estudio se tratarán las diferencias, haciendo un juicio crítico, así como también se abarcarán las similitudes entre ambos, las cuales son innumerables.

2.1.1 Similitudes

No resulta difícil encontrar entre ambos procedimientos una gran cantidad de similitudes, puesto que en general están inspirados por los mismos principios formativos, así las cosas es posible mencionar:

1. La reducción de plazos para la realización de audiencias respecto del procedimiento ordinario.

²⁹ SEPÚLVEDA Guajardo, Geraldine. Nuevo procedimiento de Tutela de Derechos fundamentales, protección Jurisdiccional Ley 20.087. Análisis experiencia Española. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007.pág. 8

2. La organización sindical a la cual esté afiliado el trabajador puede actuar en el juicio como tercero coadyuvante.
3. Se busca en ambos casos que el acto impugnado quede sin efecto alguno.
4. Existe una alteración respecto de la carga de la prueba, basta sólo la existencia de indicios para que el demandado deba justificar su conducta lesiva de derechos.
5. Respecto de la no acumulación con otras acciones.
6. En cuanto a los requisitos de la demanda, se siguen las reglas generales pero se agrega la enunciación clara de los hechos vulneratorios de derechos o libertades según corresponda.

2.1.2 La gran diferencia

La constituye sólo un artículo, el cual será analizado a continuación:

Art. 485 incisos primero y segundo Código del Trabajo Chileno: “ *El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.*

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

Art. 181 ley de procedimiento Laboral Español: “*Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al*

conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos”.

Resulta evidente la gran diferencia existente, puesto que nuestro código hace aplicable el procedimiento a un número reducido de Derechos Fundamentales, teniendo un concepto acotado y positivista de los mismos, mientras que su análogo español se refiere en términos bastante amplios a los demás Derechos Fundamentales, entendiéndose por éstos todos aquellos distintos a la libertad sindical, que está enunciada en el epígrafe de dicho párrafo. Nótese que además se refiere a libertades públicas y actos discriminatorios, sin establecer requisitos estrictos de procedencia.

En otro sentido deja abierta la posibilidad de considerar un concepto amplio de Derechos Fundamentales, casi sin restricción el cual incluye aquellos derechos contemplados en la constitución española, como aquellos establecidos en los tratados internacionales ratificados por España, como se trató en el número anterior de esta investigación.

Al analizar la tramitación del proyecto chileno se hizo alusión a que uno de los argumentos tenidos en cuenta al momento de restringir el catálogo de derechos fue aquel que dice relación con que ningún estado puede garantizar la protección de todos los derechos constitucionales, puesto que esto implicaría un costo económico bastante elevado, sin embargo, en España se protegen tanto los derechos y libertades consagrados a nivel constitucional como aquellos contemplados en los tratados internacionales, es aquí donde surge la pregunta ¿Acaso España destina gran parte de sus recursos económicos a la protección de derechos laborales o es tan sólo que en el país europeo existe voluntad de respetarlos? Creo que la respuesta correcta es la segunda, puesto que el argumento económico me parece falaz, en el sentido que tanto países en vías de desarrollo como aquellos desarrollados siempre tendrán necesidades ilimitadas y recursos determinados para cubrir las necesidades de su población.

Las críticas a nuestro sistema se salvarían aumentando el catálogo de derechos por los que es procedente la tutela.

CAPITULO II

ANALISIS CRITICO PÁRRAFO VI LEY 20.087

1. EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA

Con el objeto de poder realizar una fundada crítica a dicho procedimiento es estrictamente necesario conocer a cabalidad su articulado, esto para evitar que se realice cualquier juicio ligero del tema. Es por ello que se estudiará este procedimiento.

El procedimiento especial de tutela es la consagración del pleno reconocimiento de los Derechos Fundamentales del trabajador en el ámbito de la relación laboral. Resulta especialísimo, ya que es aplicable sólo en la medida en que ciertos derechos sean afectados, con motivo o con ocasión de la relación laboral, respecto de la aplicación de las mismas.

La especialidad también puede considerarse desde el punto de vista de la aplicación normativa, puesto que en principio se aplican aquellas normas contenidas en el Párrafo VI de la ley, con posterioridad aquellas contenidas en el procedimiento de aplicación general para finalmente remitirse a las normas del código de Procedimiento Civil en todo aquello que no sea contrario a su naturaleza.

Acerca de la discusión del concepto de Derechos Fundamentales establece un concepto positivista, haciendo alusión a aquellos Derechos establecidos específicamente en el Art. 19 de la Constitución Política, más precisamente a aquellos establecidos en los N°s 1: “*El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*”; N°s 4 y 5, en cuanto al derecho a la intimidad y en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, N°6 incs. 1ero. En lo referente a la *libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público*; N°12 inc. 1ero: en lo relativo a la libertad de emitir opinión y N° 16 en lo que diga relación con la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección; también se hace aplicable este procedimiento a los actos discriminatorios a los que hace alusión el Art. 2 del Código del Trabajo, modificado por la ley 19.759, como ya se analizó.

Se establece que se entiende que dichos derechos y garantías resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le concede al empleador, -entendiéndose por éstas todas las reguladas en el código del trabajo e incluso aquellas que incluye la doctrina y que funda también muchas veces en Derechos Constitucionales- limita el pleno ejercicio de aquéllas, en los siguientes casos:

- *Cuando no hay justificación suficiente: debe entenderse que no hay justificación en un acto cuando no es conforme a justicia o razón.*
- *En forma arbitraria: Quiere decir mediante una voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho.*
- *Desproporcionada: Se refiere a aquello que no guarda Disposición, conformidad o correspondencia debida, es decir, resulta inoportuno o inconveniente.³⁰*
- *Sin respeto de su contenido esencial: A esta limitación de la afectación de Derechos fundamentales se refiere el Art. 19 N° 26 de la Constitución Política, en los siguientes términos: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.*

Corresponde dilucidar ahora a que se refiere el legislador con el contenido esencial de los derechos Fundamentales.

Debe entenderse que la garantía del contenido esencial establecida en nuestra constitución política y recientemente en la ley 20.087 “no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los Derechos fundamentales. Pero, como es equivalente a una parte del principio de proporcionalidad, es

³⁰ DICCIONARIO R.A.E , [en línea] <<http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>>, vigésima segunda edición.

*una razón más a favor de la validez del principio de proporcionalidad*³¹. Es decir, la garantía del contenido esencial es una parte del principio de proporcionalidad, el cual debe considerarse un mandato tanto como para los particulares, -en este caso para los empleadores- como para el juez, quien al aplicar el derecho debe tener presente en la ponderación de las diversas garantías y Derechos Fundamentales, y procurar su menor afectación. Debe considerarse que en este caso específico, el Art. 485 inc. 3ro. establece que sólo el empleador en ejercicio de sus facultades puede afectar el contenido esencial de los derechos del trabajador, por lo tanto, debe entenderse que es éste quien mediante el ejercicio de sus facultades afecta, más allá de lo proporcionalmente permitido, los derechos de sus subordinados.

Finalmente el inciso tercero del citado Artículo 485 del Código del Trabajo Establece: “*En igual Sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la dirección del trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales*”. Esta frase resulta primordial, puesto que dada la condición de subordinación económica y jurídica del trabajador al empleador, se encuentra en la indefensión respecto de las posibles amenazas, por ejemplo, de despido que puede sufrir ante algún hecho que él ejecute, como la denuncia ante la Inspección del Trabajo por irregularidades cometidas en su lugar de trabajo, lo que muchas veces subyuga a los trabajadores y los hace someterse a situaciones indebidas de stress, terminando por afectar aún más la relación laboral y lo que es peor, en perjuicio de su dignidad como personas.

1.1 Inicio del procedimiento

El ejercicio de la acción se concede directamente al trabajador y a la organización sindical, siempre que invoque un interés legítimo y considere lesionados sus derechos fundamentales, cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción laboral. Eventualmente la inspección del trabajo si tiene conocimiento de algún acto que atente contra los derechos del trabajador, dentro del ámbito de sus atribuciones debe denunciar, emitiendo informe al

³¹ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de estudios políticos y Constitucionales. Madrid, España, 1997. Pág 291.

tribunal a este respecto, sin perjuicio de lo cual es facultativo para este ente hacerse o no parte en el juicio.³²

El ministro del Trabajo y previsión Social, refiriéndose sobre la titularidad de la Inspección del Trabajo para iniciar el procedimiento de tutela laboral ante la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, señaló que “*la participación de la Dirección del Trabajo tiene por objeto iniciar este procedimiento, especialmente, cuando no existe organización sindical, lo que ocurre en la inmensa mayoría de las empresas del país*”³³

De lo anterior puede desprenderse que inicialmente se pensó que la intervención de la Dirección del Trabajo en este tipo de causas iba a ser bastante importante, sin embargo, hasta la fecha su intervención no ha tenido mayor significación, ello debido a que en gran

³² Art. 486 Código del Trabajo “ *Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento.*

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

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

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

Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas de este Párrafo. La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.

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

³³ Boletín N° 3367-13. Segundo Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, pág. 128.

parte de los casos esta acción se entabla con motivo o con ocasión de un despido, en cuyo caso le está vedado intervenir. Este tema será tratado en el siguiente capítulo.

Por otra parte, nada impide que la acción sea incoada directamente por el trabajador afectado y que con posterioridad a su ejercicio el sindicato u organización de grado superior pueda hacerse parte como tercero coadyuvante, sin embargo, si el sindicato interpone directamente una denuncia, antes que lo haga el trabajador, será parte principal en el juicio. Si se ejerce esta acción con ocasión del despido, la legitimación activa corresponderá exclusivamente al trabajador afectado.³⁴

La Inspección del Trabajo, debe llevar a cabo antes de la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.³⁵

Plazo para Denunciar: En este caso se siguen las reglas generales, es decir se concede un plazo de 60 días para denunciar, contados desde que se produzca la vulneración o separación en el caso de que el ejercicio de esta acción se produzca con ocasión del despido, plazo que se suspende cuando, dentro de éste, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas, ante la inspección del trabajo respectiva. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluido este trámite ante dicha inspección. No obstante lo anterior, en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos 90 días hábiles desde la vulneración de Derechos del trabajador o desde su separación, según sea el caso.³⁶

1.1.2 Requisitos de la Denuncia:

La denuncia es el acto procesal con el que se da inicio al procedimiento tutelar en estudio, el Art. 490 establece la obligación por la cual para interponerla deberá cumplirse

³⁴ Art. 489 Código del Trabajo.” *Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”.*

³⁵ Art. 486 inciso sexto del Código del Trabajo.

³⁶ Art. 486 inciso final del Código del Trabajo.

con los requisitos generales que establece el Artículo 446, y además con la exposición clara y precisa de los hechos que constituyen la vulneración de derechos fundamentales alegada. Los anteriores son requisitos esenciales, sin los cuales no prosperará la acción intentada, negando lugar el tribunal a la tramitación de dicha denuncia.³⁷ Ellos son:

1° La designación del tribunal ante quien se entable

2° El nombre, apellidos, domicilio y profesión u oficio del demandante y en su caso de las personas que lo representen, y naturaleza de la representación;

3° el nombre, apellidos, domicilio y profesión u oficio del demandado

4° La exposición clara de los hechos y consideraciones de derecho en que se fundamenta, y

5° La enunciación precisa y concreta de las peticiones que se someten a la resolución del tribunal.

6° La enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada, acompañándose todos los antecedentes en que se fundamente y en el caso de que no se a así el tribunal concederá un plazo fatal de 5 días para su incorporación. Este último requisito fue incorporado por la ley 20.260.³⁸

Si no se cumplen los requisitos anteriores el tribunal no admitirá a tramitación la denuncia.

1.2 Características del procedimiento

Al ser un procedimiento especial, no cabe su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos.³⁹

³⁷ GUTIÉRREZ, María Paz. Derechos Fundamentales Laborales, su tutela en el nuevo procedimiento laboral y recursos Relacionados. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago. Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. pág. 54

³⁸ Art. 490 del Código del Trabajo.

³⁹ Art. 487 inciso segundo del Código del Trabajo.

Si bien no cabe acumulación con otras acciones laborales, tampoco es compatible con el ejercicio de la Acción de protección, establecida en el Art, 20 de la Constitución política, es decir, interpuesta esta última, no se puede efectuar una denuncia para iniciar este procedimiento especial de tutela, por los mismos hechos.⁴⁰ Sin perjuicio de lo anterior el inciso final del Art. 489 establece que si de los mismo hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese de tutela, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la cual debe interponerse en forma subsidiaria. El no ejercicio de estas acciones en forma conjunta importa su renuncia.

Este procedimiento goza de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten en el mismo tribunal, preferencia que se extiende a los recursos que se interpongan al efecto.⁴¹

1.3 Desarrollo del Procedimiento

El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 U.T.M, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. Contra estas resoluciones no procederá ningún recurso.⁴²

Hay remisión expresa al procedimiento ordinario, establecido en el Párrafo III de la misma ley.

Cuando el juez recibe la demanda, la examina:

⁴⁰ Art. 485 inciso final del Código del Trabajo.

⁴¹ Art. 488 del Código del Trabajo.

⁴² Art. 492 del Código del Trabajo.

1. Determina su competencia. Eventualmente podría declararse de oficio su incompetencia, en cuyo caso remite antecedentes al tribunal competente, entendiéndose presentada la demanda al momento en que se recepciona.
2. Analiza la prescripción de la acción: juez analiza si está o no cumplido el plazo de 60 o 90 días, este último en caso de denuncia a la inspección del trabajo.
3. Juez debe citar a la audiencia preparatoria, notificando a la parte a una audiencia que se va a celebrar dentro de los próximos 35 días. (entre la presentación e la demanda y citación deben haber transcurrido 15 días), según lo dispuesto para el procedimiento ordinario.⁴³

En la resolución el juez debe indicar que audiencia se va a celebrar con las partes que asistan, se requiere al demandado que haga valer todos los medios de prueba, realizar diligencias que constituyan prueba. Se requiere que rindan prueba, que la exhiban (Art. 451)

1.4 Audiencia Preparatoria

Demanda se contesta en forma escrita, lo mismo ocurre con la demanda reconvenzional, en ambos casos debe presentarse el escrito cinco días antes de la audiencia. La contestación debe cumplir con los mismos requisitos de la demanda.⁴⁴

Se aceptan o niegan los hechos, (antes se verifica si se allana o no a la demanda) luego se alegan excepciones dilatorias o perentorias, debido a que la admisibilidad previa que hizo el juez, sólo se refiere a la competencia y prescripción.

⁴³ Artículo 451 del Código del Trabajo: *“Admitida la demanda a tramitación, el tribunal deberá, de inmediato y sin más trámite, citar a las partes a una audiencia preparatoria, fijando para tal efecto, dentro de los treinta y cinco días siguientes a la fecha de la resolución, el día y la hora para su celebración, debiendo mediar entre la notificación de la demanda y citación, y la celebración de la audiencia, a lo menos, quince días.”*

⁴⁴ Art. 452 del Código del Trabajo.

Las excepciones se tramitan conjuntamente y se resuelven en la sentencia definitiva. Se altera esta regla general por las excepciones de prescripción, ineptitud del líbello, falta de capacidad o personería, etc, las cuales serán resueltas de inmediato por el juez siempre y cuando el fallo se base en antecedentes que consten en el proceso o que sean de pública notoriedad.

En caso de subsanar aspectos formales de la demanda, es decir las excepciones dilatorias, se puede suspender la audiencia hasta por un lapso de 5 días; si no se subsana la ley dice que no se continúa adelante el juicio, es decir, termina por Archivo.

Esta audiencia se celebra con las partes que asistan.⁴⁵ Si demandado no concurre o hechos no son alegados se admite la prueba tácita, por lo que se tienen por establecidos los hechos no negados.

El denunciado puede contestar o allanarse, en este último caso el allanamiento puede ser total, en cuyo caso se dicta sentencia en la Audiencia preparatoria, o bien, si se allana parcialmente se dan por probados los hechos no controvertidos y se continúa adelante el juicio con hechos controvertidos. Se puede presentar reconvencción, en el mismo procedimiento, debe ser una materia íntimamente ligada a la pretensión de la demanda o debe tener por objeto enervar la acción.⁴⁶

Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al empleador explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.⁴⁷

Se ha sostenido a partir de la letra de este artículo que el sistema procesal laboral contempla una alteración a las reglas generales del onus probandi, por cuanto no se estaría respetando la premisa del Art. 1698 del código civil, en que el juzgador a partir de “indicios” estaría en condiciones alterar que quien alega un hecho vulneratorio de derechos

⁴⁵ Art. 451 inciso segundo Código del Trabajo.

⁴⁶ Art. 452 del Código del Trabajo.

⁴⁷ Art. 493 del Código del Trabajo.

fundamentales pruebe los hechos en que se funda, relevando de esta obligación al trabajador imponiéndole dicha carga al empleador.

Esta disyuntiva se genera a raíz de que se entiende por “indicios suficientes”, cuestión que no ha sido definida hasta el minuto. Se ha dicho que tampoco es claro el momento en que el tribunal califica la suficiencia de aquellos indicios.

Es cierto, que el legislador no estableció la inmediata inversión del peso de la prueba. Hubiera sido preferible porque así las reglas estarían claras desde el principio. Por el contrario, la llamada “carga probatoria dinámica” generará incertidumbre y amplio margen al decisionismo judicial.⁴⁸

Thayer ha advertido, con mucha razón que el Art. 1698 no puede ser irresponsablemente derogado sin trastocar las bases de nuestro Estado de Derecho. Pero una parte de la doctrina laboral chilena parece estar dominada por un utilitarismo que no conoce límites. Todo puede y debe ser sacrificado en el altar del principio tutelar, incluso la garantía de un racional y justo procedimiento.⁴⁹

Para otra parte de la doctrina este artículo no resulta problemático, en el sentido que se celebra esta innovación porque con ello se llegaría a una mayor efectividad en la tutela de derechos del trabajador.

Uno de los principios más fuertemente recogidos con la reforma procesal laboral, es el de la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores, siendo en esa vertiente de pensamiento que se justifican otros de los principios de la misma, como oralidad, intermediación, gratuidad, celeridad, oficialidad con función cautelar y probatoria del juez, etcétera. Con todo, el alcance de este principio de tutela judicial efectiva es mucho mayor del que aparece a simple vista y que en forma tan evidente se expresa en los principios recién apuntados; en efecto, existen otras consecuencias jurídicas, recogidas por nuestro

⁴⁸ PALAVECINO, Claudio. La carga de la prueba en el Nuevo procedimiento Laboral. Revista la semana Jurídica (380), pág. 3, 2008

⁴⁹ Idem.

legislador laboral, que son fruto directo de esta lógica de protección integral hacia la parte más débil.

Por cierto que este posicionamiento normativo no es de creación propia de nuestro legislador, sino que viene aprehendido de un establecimiento serio y consolidado del derecho comparado, relativo al difícil escenario probatorio en que se encuentra el trabajador al momento de efectuar una denuncia por violación o lesión de derechos fundamentales, dificultad que evidentemente emana, como lo destaca nuestra doctrina, de la situación estratégica en que se encuentra el empresario sobre la prueba, derivado de la proximidad y dominio que tiene la mayoría de las veces sobre ella. El no reconocimiento de la situación antes descrita, hubiese significado una evidente merma al principio de tutela judicial efectiva referido, toda vez que habría contenido en si misma una traba procesal que colocaría muchas veces al trabajador en la imposibilidad de lograr un resultado judicial favorable.

Es por ello, que haciéndose cargo de lo anterior, nuestro legislador laboral en el artículo 493, introdujo una reducción probatoria, consistente en la obligación del trabajador de presentar sólo indicios suficientes de la vulneración que alega. Esta técnica, como lo ha señalado José Luis Ugarte Cataldo, no se trata de una inversión del onus probandi, ya que no basta la alegación de una lesión a un derecho fundamental, para que se traslade al empleador la carga probatoria, sino que sólo se alivia la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de la conducta lesiva, esto es, acredite hechos que generen la sospecha fundada, razonable, de que ha existido esta lesión.⁵⁰

Sin duda que esta tensión de posiciones a simple vista contrapuestas, podría fácilmente armonizarse estableciendo por el legislador que debe entenderse por indicios suficientes y en qué momento ellos deben recibir dicha calificación. Una vez salvados estos vacíos sería evidente que podrían aunarse ambos criterios y establecerse una atenuación a estas críticas, puesto que en ningún caso se ha querido a partir de la letra del analizado artículo pasar a llevar los principios de un estado de derecho, ni tampoco alterar las normas de la carga de la prueba, simplemente se ha recogido el concepto moderno de “carga de la

⁵⁰ Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, 15 de septiembre de 2008, RIT T-1 -2008

prueba dinámica” por medio del cual se materializa el principio de solidaridad y lealtad procesal, siendo evidente que el empleador al tener el derecho de propiedad sobre la empresa, tiene una mejor posición y acceso a la prueba que el trabajador, sobre todo teniendo en consideración a que la mayoría de las veces -como se analizará más adelante- la vulneración de derechos fundamentales se reclama a propósito del despido. Siendo este el panorama es latente que el empleador se ubica en mejor posición que el trabajador, es por ello que se justifica la existencia de esta norma, sin embargo y por razones de seguridad jurídica sería bueno que se salvaran las omisiones antedichas.

Se señalan los medios de prueba que van a presentar en la audiencia de juicio. Deben ser pertinentes a la causa si no se rechazan de plano. La calificación de pertinencia se resuelve en la misma audiencia preparatoria. El juez puede decretar por sí mismo medidas probatorias. La prueba se ofrece en este momento, no necesariamente se acompaña, ya que ésta se puede presentar hasta 5 días antes de la audiencia de juicio, sin perjuicio de que la prueba documental sólo se puede presentar en la audiencia preparatoria. Eventualmente se podrían solicitar pruebas al juez. Si una parte le pide a la otra alguna prueba, negándose a presentarla, hay una presunción en su contra. La absolución de posiciones puede pedirse por una sola vez por parte.

En la audiencia preparatoria se fija fecha y hora de la Audiencia de juicio, la cual debe ser dentro de 35 días.

Las medidas cautelares se solicitan, ratifican y decretan en la misma audiencia.

La citación a testigos debe hacerse por carta certificada emitida con 8 días de anticipación a la audiencia. Si se pide que se remita informe pericial u oficio, se puede notificar por cualquier medio idóneo en que conste lo que se hizo. Por su parte, el informe de peritos debe ser puesto a disposición de las partes con 3 días de anticipación. Si hay acuerdo entre las partes, puede quedar liberado de su obligación de exponer su peritaje oralmente en el juicio.⁵¹

⁵¹ Art. 453 del Código del Trabajo.

1.5 Audiencia de Juicio⁵²

Acto procesal que viene luego de la audiencia preparatoria, como consecuencia de la recepción de la causa a prueba. El juez debe fijar los hechos que deben ser probados. Empieza probando el demandante, después el demandado. Excepcionalmente en los juicios sobre despido el empleador debe probar que éste sea justificado. El empleador en este caso debe justificar la imputación de los hechos y la causal invocada.

El orden de presentación de prueba es el siguiente:

- Documental
- Confesional
- Testimonial
- Otros medios de prueba.

Primeramente se acompañan los documentos, los cuales se impugnan oralmente, el juez debe resolver en la misma audiencia; en la confesional las posiciones se presentan verbalmente, juez o contraparte interroga en la misma audiencia. Si una parte no acepta pueden darse por establecidos esos hechos, en todo caso, el juez puede dar por confesa a una parte que no concurre o lo hace de mala fe, existiendo una suerte de confesión tácita. Si persona no concurre sin causa justificada, se le puede dar por confeso respecto de lo que se presenta en la demanda o en la contestación, en su caso.

Se puede pedir confesión de terceras personas: aquellos previstos en el artículo 4 del código del trabajo, en la cual se presume de derecho que representan al empleador las personas ahí previstas, tales como gerentes, subgerentes, etc.

Siguiendo la máxima de que no puede dilatarse, ni tampoco entorpecerse el juicio, el juez puede desechar prueba confesional cuando los hechos estén suficientemente probados.

⁵² Art. 454 del Código del Trabajo.

Los testigos declaran previo juramente o promesa, ante el mismo tribunal, hasta cuatro por cada parte, pudiendo ser rechazados si el juez considera que los hechos están suficientemente probados, eventualmente también podrían rechazarse preguntas dirigidas a ellos que se consideren inconducentes.

Con posterioridad, se abre lapso para observaciones a la prueba, en virtud de la cual las partes de manera oral, breve y precisa pueden referirse a la prueba rendida. También pueden formular conclusiones o síntesis de sus alegaciones o defensas. El juez debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la Sana crítica, es decir conforme a las máximas de la experiencia, normas de la lógica y principios científicos generalmente aceptados.

Juez debe levantar acta, en la cual debe constar las partes que asistieron, donde se desarrolló la audiencia, fecha, si fueron abogados, etc.

1.6. Sentencia Definitiva.

Terminada la audiencia el juez debe dictar su sentencia dentro de la misma o a más tardar dentro de quince días.

Requisitos de la Sentencia Definitiva.

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

4. La aplicación de las multas a que hubiere lugar.⁵³

Es fundamental tener en cuenta la máxima que se establece para este procedimiento consistente en que en cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

1.7 Indemnizaciones que proceden.

En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de las siguientes indemnizaciones:

Sustitutiva del aviso previo, en caso de que la vulneración provenga de un despido en que se haya invocado la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio.

Indemnización por años de servicio, con un tope de 11 años y 90 UF mensuales.

Los recargos establecidos en el Art. 168, según si el despido ha sido injustificado, indebido o improcedente, el cual es de un 30% si se dio término al contrato por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio; 50% si se invoca alguna de las causales objetivas, no imputables del Art. 159; 80% si se hubiere dado término por aplicación de las causales subjetivas o imputables a una de las partes. Este mayor incremento se debe a que estas causales resultan especialmente graves, por lo que su errónea invocación puede causar mayor perjuicio al trabajador.

Adicionalmente el juez fijará una indemnización la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

⁵³ Art. 495 del Código del Trabajo.

Si el despido es considerado como discriminatorio, esto por resolución fundada, el trabajador puede optar por el pago de las indemnizaciones anteriores o la reincorporación al trabajo.⁵⁴

Sergio Gamonal sostiene que esta última indemnización “ *es por el daño material y moral causado al afectado, en especial por este último rubro dado que se trata de daños con una importante incidencia en los derechos fundamentales del trabajador*”.⁵⁵ Esto no parece acertado puesto que el Código es claro y taxativo en establecer la procedencia de sólo ciertas indemnizaciones, sin contemplar en forma específica la procedencia de la reparación del daño moral.

Aún cuando entendamos que el daño moral es aquel perjuicio que sufre un sujeto en sus derechos de la personalidad o dignidad humana, no podríamos en principio decir que la vulneración de un Derecho Fundamental lleve a la reparación del mismo, porque no se contempla su procedencia en el código y tendríamos que concluir que *a priori* el legislador ha establecido que el daño moral laboral oscila entre 6 y 11 meses de remuneración mensual, lo que llevaría a un absurdo dado que no es posible establecer en principio una tarificación del dolor, perjuicio o daño que sufre una persona en sus derechos de personalidad. Por otra parte, ni siquiera en materia civil, sea contractual o extracontractual que es donde de antiguo se ha sostenido la existencia de este daño se ha establecido una “tasación”, puesto que es de difícil determinación y siempre se establece incidentalmente por el juez de la causa. Finalmente y según se analizará más adelante, los tribunales han rechazado en la totalidad de los casos la indemnización por concepto daño moral que solicita el trabajador.

Por las razones anteriores no queda más que concluir que la indemnización equivalente a 6 y 11 meses de la última remuneración mensual no tiene otro carácter que el sancionatorio y preventivo para evitar futuras infracciones a los Derechos de los Trabajadores.

⁵⁴ Art. 489 del Código del Trabajo, incisos tercero a quinto.

⁵⁵ GAMONAL Contreras, Sergio Ob. Cit. pág. 26.

2. Análisis Crítico del Procedimiento.

Un sistema de tutela de Derechos Fundamentales especial, al alcance del trabajador, sin mayores formalidades para ejercer la acción, que indemnice y a la vez reestablezca una situación, sin lugar a dudas resulta muy conveniente, en la medida que salva los reparos que brindan los diversos sistemas de protección utilizados, tales como el recurso de protección y acciones indirectas, a la vez que establece claramente atribuciones y competencias y salva las críticas hechas a la labor de los tribunales de justicia en contraposición a la dirección del trabajo como se apuntó anteriormente.

Por otra parte, implícitamente se aprecia que hay un reconocimiento de la eficacia directa a los derechos fundamentales entre particulares, es más, el mismo texto de la ley reconoce que mediante las facultades que ejerce el empleador se pueden lesionar los Derechos Fundamentales del trabajador en la empresa, por lo que en cierta forma se admite que ante esta desigualdad fáctica entre ambas partes lo más conveniente es brindar una efectiva tutela de Derechos a la parte más desvalida en este caso, el trabajador, mediante este procedimiento especialísimo.

Chile no podía quedarse atrás en este renacimiento y fortalecimiento de la dignidad de los trabajadores y del reconocimiento de su posición desmejorada hoy en día, en gran parte, debido a las consecuencias perversas de la globalización y el gran poderío de las empresas transnacionales. Esfuerzos que se han materializado a partir de los años noventa mediante la declaración de la OIT.⁵⁶ Esto ha motivado la revitalización del Derecho sustantivo laboral, a través de las reformas incorporadas por la ley 19.759, principalmente. Pero para que esta amplitud de derechos se viera reflejada de una forma efectiva en nuestro ordenamiento era necesario reformar el sistema laboral que materializara las aspiraciones de justicia de todo trabajador. A ello se suma la modernización de las judicaturas especializadas, a partir de la reforma al sistema procesal penal.

⁵⁶ Al respecto véase [en línea] <http://ns.oit Chile.cl/acerca.php> consulta [02.11.08]

No debe desconocerse los logros que este sistema especial de tutela conlleva, sin embargo, hay ciertos temas no abordados o no contemplados por este procedimiento de tutela, por lo que se pretende demostrar que este procedimiento resulta insuficiente, principalmente por las siguientes razones:

Es sólo aplicable en la medida en que se vulneren *ciertos* derechos de los trabajadores en el ejercicio de las facultades del empleador. Esto constituye un equívoco puesto que el procedimiento debería ser aplicable cuando exista un atentado a cualquier Derecho Fundamental del trabajador, ello debido a que las razones para crear este tipo de procedimiento se deben a la relación desigual entre las partes y a las insuficiencias que presenta el recurso de protección y la vía de la inspección del trabajo, por lo que se daría el absurdo de que sólo ciertos derechos resultan protegidos mientras que para el resto habrá que hacer valer las mismas vías establecidas en el antiguo sistema, con los consecuentes problemas que ello implica.

Estrechamente relacionado al punto anterior está el hecho de que en forma tácita nuestro legislador está dando señales de que hay una especie de categorización de Derechos Fundamentales de los trabajadores, en la medida que sólo algunos de ellos están contemplados en el procedimiento del Párrafo VI ley N° 20.087, cuestión que lleva al absurdo de que por el hecho de ser trabajador se da protección a un menor número de derechos que por el hecho de ser una persona sin esta categoría.

En tercer lugar y según lo planteado en esta investigación, la modificación a la judicatura laboral se debe, en gran medida, a la influencia internacional. Como se ha dicho, a través de la declaración de principios de la OIT del año 98 y principalmente a través de la ratificación de los diversos convenios de la OIT (alrededor de 200), con lo que se puede apreciar que la cantidad y magnitud de Derechos establecidos en estos diversos instrumentos es amplísima, sin embargo, nuestro renovado art. 485 sólo hace alusión a ciertas garantías contempladas en nuestra Constitución Política de la República y algunos derechos establecidos en nuestro Código del Trabajo, entonces ¿de qué sirve en la práctica que nuestra legislación sustantiva se vea engrosada por la influencia y tendencia internacional reciente,

si nuestro código no contempla una forma procesal de protegerlos y hacerlos efectivos en nuestro país?.

Sergio Gamonal sostiene que *“El procedimiento de tutela enumera los derechos fundamentales protegidos, por ende, su ámbito de aplicación es más restringido que el Art. 5 inciso primero del Código del Trabajo”*⁵⁷, cuestión de vital importancia y que necesariamente debe llevar a reflexionar en torno a esta antinomia. Como ya se analizó el Art. 485 enumera en forma taxativa aquellos casos en los cuales es procedente la aplicación del procedimiento de tutela, sin embargo, el Art. 5 del mismo Código establece que *“el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”*.

La redacción de el Art. 5 del Código del Trabajo se debe a las reformas incorporadas por la ley 19.759 del año 2001, la cual *“Reconoce que la dignidad de cada trabajador no puede ser sobrepasada por la normativa interna de la empresa bajo ningún pretexto, toda vez que ésta tiene su fundamento no sólo en la Constitución Política de la República, sino que en las normas más básicas del respeto y la convivencia humana”*⁵⁸

En muchas oportunidades se ha alabado por la doctrina nacional la redacción de este artículo, la cual a todas luces representa un avance en materia de derechos fundamentales de los trabajadores dentro de la empresa y constituye un cambio sustancial en nuestro Código, sin embargo este artículo que establece como límite a las facultades del empleador las garantías constitucionales del trabajador en términos amplios, se ha visto acotado en su eficacia práctica puesto que el actual artículo 485 del mismo código protege sólo algunos derechos constitucionales, entonces ¿cuál es la eficacia práctica de nuestro glorificado Art. 5 del Código del Trabajo? Sostengo que esta contradicción debería salvarse a favor de este último artículo, beneficiando de esta forma a los trabajadores.

⁵⁷ GAMONAL Contreras, Sergio. Ob. Cit. pág. 16

⁵⁸ SAEZ Carlier, Luis Felipe. El reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la empresa en las reformas laborales. Boletín Oficial Computacional Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile. N° 154, 2001. pág. 12.

Atendida la redacción del Art. 485 del Código del Trabajo se entiende que el procedimiento de tutela sólo es aplicable mientras esté vigente la relación laboral, debido a que exige como requisito que los derechos resulten lesionados en ejercicio de las facultades del empleador, pudiendo quedar problemas no resueltos. Así por ejemplo se hace hincapié en este artículo en la protección de actos discriminatorios, pero ¿qué ocurre con la discriminación pre-ocupacional?. A mi juicio, este tipo de discriminación resulta ser bastante frecuente, ello debido a que la mayoría de las veces las personas se ven discriminadas para optar a un trabajo o para ingresar al mismo. Podría contrargumentarse que este procedimiento contempla sólo la existencia de una relación laboral como requisito sine qua non y que una vez concretada ésta, mediante el contrato de trabajo, podría el trabajador hacer ejercicio de sus derechos, denunciando a su empleador. Esto me parece ilusorio, debido a que una persona recién contratada difícilmente demandaría a su empleador por un acto discriminatorio, en la medida que se vería expuesta a perder su trabajo.

Otro tema no resuelto se refiere a que no se contempla la aplicación de este procedimiento, por ejemplo, cuando exista vulneración de derecho a la intimidad y vida privada al trabajador en forma pre-ocupacional, exigiendo para la contratación la realización de ciertas pruebas, tales como exámenes médicos, test de embarazo, alcoholemia, o se le pregunta al trabajador acerca de su opinión política, religión que profesa, etc.

Luis Lizama Portal refiriéndose a la discriminación pre-ocupacional ha escrito que *“La circunstancia que los postulantes víctimas de un trato discriminatorio no puedan hacer valer sus derechos ante los tribunales contraría la tendencia mundial en esta materia, que ha previsto acciones civiles cuyo objeto es reparar los perjuicios producidos. Por lo demás, un reciente fallo judicial -anterior a la vigencia de la ley- ha previsto que para que una persona pueda demandar el daño moral a una empresa que ofrece empleo con exigencias tales como “varones de buena presencia física de máximo 26 años”, es necesario que se haya concursado no bastando la publicación del aviso discriminatorio en un periódico”*.⁵⁹

⁵⁹ LIZAMA Portal, Luis . La Discriminación Laboral en Chile. Apuntes de clase Escuela de Derecho Universidad De chile [en línea] <https://www.ucursos.cl/derecho/2005/1/D128D0766/2/.../60493> [consulta 02.07.09]

En definitiva, las constantes modificaciones que fueron moldeando el proyecto original llevaron al resultado ya conocido de la ley analizada.

CAPITULO III

LIMITACIONES MATERIALIZADAS EN LA PRÁCTICA DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCION DE DERECHOS.

1. Consideraciones previas

En la primera parte de esta investigación se justificó la existencia del procedimiento de tutela, en el capítulo siguiente se estudió a cabalidad su articulado con el objeto de efectuar una fundada crítica al sistema, teniendo como trasfondo sus limitaciones teóricas que derivan de su génesis y comparación al sistema español.

Corresponde en este capítulo hacer un análisis práctico de cómo ha funcionado este sistema, ello se hará a través de un examen acucioso de la escasa jurisprudencia existente en ciertas regiones del país, para luego extraer conclusiones y hacerse cargo de ciertos problemas materializados a poco andar, en definitiva contrastando su análisis teórico y práctico.

2. Estudio de Jurisprudencia, tendencias y estadísticas de la Tutela.

La entrada en vigencia del sistema procesal laboral en nuestro país ha sido gradual, en esto se presenta otra similitud con el proceso penal, ya que con esta modalidad se pretende aprender de ciertas falencias que se vayan materializando en la práctica corrigiéndolas en el camino, además de calificar la suficiencia en el número de jueces, según las necesidades y el número de causas que presenta cada región.

En principio se contempla la existencia de 26 tribunales especializados, con 84 jueces cada uno y la presencia de 139 defensores laborales a lo largo del país⁶⁰, sin embargo, estas cifras no son definitivas, porque todavía no ha entrado en vigencia en dos de las regiones más populosas del país, esto es la VIII y la RM y muy probablemente la tendencia sea que ante la novedad del procedimiento, muchas personas motivadas principalmente por su

⁶⁰ Fuente Ministerio de Justicia [en línea] www.minjusticia.cl [consulta 20.09.08]

celeridad, concurren a estos tribunales, haciéndose insuficiente su número y jueces, tal como ocurrió en su momento con la judicatura de familia.

En una primera etapa que corresponde al 31 de marzo de 2008 entró en vigencia en la III y la XII regiones, la segunda etapa fijada para el 31 de octubre de 2008 correspondió a las I, IV, V y XIV regiones. Prontamente, el 30 de abril de 2009 comenzará a regir en la II, VI, VII y VIII regiones, en tanto que para la región metropolitana se contempla como fecha de inicio el 31 de agosto de 2009. Finalmente la quinta etapa comprende a las IX, X, XI y XV regiones estimándose su entrada en vigencia el 30 de octubre de 2009.⁶¹

Ante la paulatina existencia de los tribunales laborales es nuestro país, no es posible tener un completo panorama acerca de su funcionamiento, sin embargo, ya es factible a partir de la jurisprudencia existente principalmente en aquellas regiones en que ya está en vigor, tener una aproximación práctica de cómo ha funcionado hasta hoy. Debo advertir que la jurisprudencia en cuanto a tutela de Derechos Fundamentales es bastante escuálida, sobre todo porque a la fecha hay un alto porcentaje de causas en tramitación, las cuales todavía no tienen sentencia definitiva, por lo que resulta bastante difícil formarse una opinión de cuales son las tendencias que los juzgadores han tenido en esta materia.

Hecha la advertencia anterior se hará un análisis de la jurisprudencia existente al 31 de marzo del año 2009, en tres regiones del país, ellas son: III, V y XII.

A partir del estudio de los procedimientos de tutela tramitados en estas regiones será posible observar ciertas tendencias tanto en la presentación de la demanda, como en la forma de juzgar de los magistrados, al igual que se apreciará el grado de participación que ha tenido la de la dirección del trabajo en estos procedimientos, como otras variables que se irán desarrollando.

⁶¹ Idem.

2.1 Antecedentes del análisis

Los procedimientos de tutela de Derechos fundamentales en las regiones analizadas han alcanzado al 31 de marzo del año 2009 un número de 30 causas, de las cuales cinco de ellas tienen sentencia definitiva.

2.2 Tendencias observadas

2.2.1 Incumplimiento formalidades de la denuncia.

Al analizar la tramitación de las causas es frecuente advertir recurrentes errores formales en la presentación de la demanda, los cuales en su mayoría de los casos son subsanados, pero en un número no despreciable de casos no.⁶²

El vicio en el que con mayor regularidad se incurre es que en la presentación de la demanda no se da cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 490 del Código del Trabajo, el cual prescribe: *“La denuncia deberá contener, además de los requisitos generales que contiene el Artículo 446, la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada, acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamenta.”*

En el caso de que no los contenga se concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación”.

Normalmente en la presentación de estas denuncias si bien se hace expresa alusión a los hechos constitutivos de la vulneración es muy común que no se acompañen los antecedentes en los cuales se fundamenta. Ante lo anterior el legislador estableció la posibilidad al juez de conceder un plazo para que dichos antecedentes se incorporen en el proceso, plazo que presenta características de fatal.

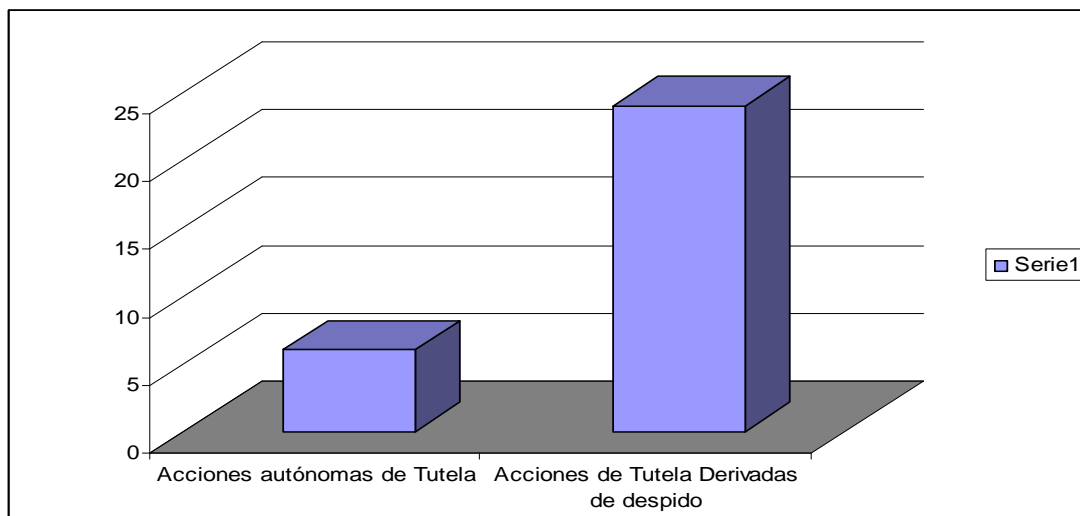
⁶² Véase Rit T-7 -2008 juzgados del trabajo , Copiapó.

El único razonamiento posible para justificar este recurrente error es que este artículo se incorporó con posterioridad a la dictación de la ley 20.087 que establece el procedimiento de tutela. Es mediante la ley 20.260 promulgada recién en marzo de 2008 que se incorporan estos requisitos.

Sería importante que los defensores laborales conozcan con claridad estos imperativos, ya que con ello se evitarían dilaciones indebidas en este procedimiento, caracterizado ante todo por el principio formativo de celeridad.

2.2.2 En la gran mayoría de los casos se entabla la acción de tutela reclamando conjuntamente pago de prestaciones laborales, declaración de despido injustificado, indebido o improcedente y las prestaciones que de ello derivan.

En 24 de las causas analizadas se reclama conjuntamente con acciones derivadas de incumplimientos contractuales, es decir, en un 80% de los casos que se entabla un procedimiento de tutela, éste deriva de la vulneración de un Derecho Fundamental afectado por un despido.



Es efectivo que se puede reclamar por la vulneración de Derechos Fundamentales provenientes de un despido, según lo dispuesto en el Art. 489 del código del Trabajo, el cual establece: *Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación*

activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado.

No obstante que el legislador permite accionar en caso de vulneración de Derechos Fundamentales con motivo del despido, no debe esto utilizarse como un subterfugio para reclamar incumplimientos laborales por término de contrato a través de este procedimiento. La existencia de este procedimiento especialísimo, con plazos más breves que el procedimiento ordinario no debe tergiversarse y sólo debe utilizarse para lo que fue concebido, de manera de no desvirtuar su naturaleza.

Al analizar las causas es posible sostener que soterradamente se reclama este tipo de incumplimiento laboral, agregando alguna lesión a Derechos Fundamentales proveniente del despido, la cual la mayoría de las veces resulta ser irrisoria, no fundada y finalmente no comprobable en juicio, por lo que normalmente se desestima la demanda en cuanto a la vulneración de derechos, pero se da lugar a las prestaciones reclamadas.⁶³

Solo en uno de los casos de vulneración de derechos a propósito de un despido se dio lugar a la demanda, esto a raíz de la garantía contemplada en el Art. 19 N° 5 de la constitución Política de la República, es decir: la Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. En la causa señalada se despidió a una trabajadora invocando la causal del Art. 160 N°7, esto es, Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, fundado en que supuestamente habría entregado información confidencial vía electrónica, sin autorización de sus jefes, a personal profesional de una empresa fiscalizada por la suya.⁶⁴

Por las particularidades, fundamento y decisión adoptada, este caso será analizado en extenso más adelante.

⁶³ En ese sentido, véase jurisprudencia Rit T 1-2008, Rit T 4 – 2008, Rit T 5 -2008 de tribunales laborales de Valparaíso, Rit T 3- 2008 tribunales laborales de Punta Arenas.

⁶⁴ Véase jurisprudencia tribunales laborales de Copiapó, RIT T 1-2008

2.2.3. Escasa participación de la Dirección del Trabajo

Es sabido que muchas veces dentro de sus facultades fiscalizadoras la Inspección ha cursado sanciones por vulneración a diversos Derechos Fundamentales dentro de la empresa. Inicialmente se pensó que su participación en este tipo de procedimientos iba a ser en un gran porcentaje de casos, es por ello que el Art. 486 prescribe que puede hacerse parte en el proceso.

Por otra parte, el inciso quinto del citado artículo establece que si en el ejercicio de sus facultades toma conocimiento de alguna infracción a derechos fundamentales, deberá denunciar las infracciones al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización.

Merece énfasis la palabra deberá puesto que es obligatorio para la dirección del trabajo, en caso de tomar conocimiento de alguna vulneración denunciar ante los tribunales de justicia.

Por otra parte los abogados de dicha entidad fueron capacitados con pasantías en diversas zonas del país, aprontándose para lo que sería su participación apenas entrara en vigencia el sistema procesal laboral.

A pesar de la amplia posibilidad de participación que le entrega la ley a la Dirección del Trabajo, tanto como parte principal como tercero coadyuvante, en los hechos su participación ha sido paupérrima, sólo en uno de los casos analizados ha sido parte principal, esto por una denuncia interpuesta en la inspección del trabajo de la ciudad de Copiapó, según la cual la trabajadora se siente denigrada y vulnerada en su integridad física y psíquica, puesto que constantemente sufrió insultos por parte del empleador, cuestión que ha llevado incluso a sus pares a perderle todo el respeto.⁶⁵

⁶⁵ Véase Jurisprudencia, RIT T 4 -2008, tribunales laborales de Copiapó.

Debo señalar que este proceso aún no se encuentra con sentencia definitiva por lo que no es posible calificar si la intervención de la dirección del trabajo ha sido exitosa para los intereses de la trabajadora o pernicioso, puesto que se encuentra en etapa de audiencia preparatoria.

Es importante indagar acerca de las causas por las cuales su participación ha sido tan escuálida. En primer lugar, creo que la más importante se vincula estrechamente a que en la mayoría de los casos se entabla esta acción conjuntamente con aquella derivada de un despido y las prestaciones correspondientes, como ya se ha dicho.

Es por ello que la Inspección pertinente no tiene legitimación activa para actuar, según lo dispuesto en el Art. 489 del código del Trabajo: *“Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”*.

Es decir, está íntimamente ligada la tendencia de utilizar este procedimiento para reclamar prestaciones laborales procedentes de un despido con la legitimación activa.

Sin lugar a dudas que la inspección del trabajo toma conocimiento de infracciones a los Derechos Fundamentales constantemente, es por ello que se recomienda que mientras esté vigente la relación laboral tome una labor más activa en este procedimiento, sobre todo considerando que su intervención sería mayor en aquellas empresas en que no existe sindicato.

2.2.4 Celeridad del procedimiento

En términos generales se puede sostener que existe rapidez en la tramitación de este tipo de procedimiento, por lo que el principio formativo de celeridad se ha materializado plenamente.

En aquellas causas afinadas, es posible apreciar que entre la fecha de la presentación de la denuncia y la dictación de la sentencia definitiva transcurre un lapso de tiempo que en promedio no supera los 3 meses.⁶⁶

Así por ejemplo en la causa RIT T 1 -2008 de los tribunales laborales de Copiapó, la denuncia ingresó al tribunal con fecha 9 de julio de 2008, dictándose sentencia con fecha 15 de septiembre del mismo año; En causa RIT T 1 – 2008 de Valparaíso, la denuncia fue interpuesta con fecha 05 de noviembre de 2008, dictándose sentencia en la causa el 20 de enero de 2009; y finalmente en causa RIT T 4 – 2008 de la misma ciudad, la denuncia fue presentada con fecha 19 de noviembre, llegando a término con fecha 27 de febrero de 2009. Comparar este plazo con el promedio de tramitación de cualquier procedimiento laboral lleva a ser optimistas y pensar que se ha cumplido con aquel imperativo reclamado tantas veces por los trabajadores y que inspira esta clase de juicios

La causa principal de su rapidez radica principalmente en los plazos breves establecidos por el legislador, su preferencia respecto de las causas sometidas al procedimiento de general aplicación y en que al ser un procedimiento especialísimo, ha recibido muy poca aplicación, por lo que los jueces tienen hasta hoy muy pocas causas de este tipo lo que los lleva a prestarles mayor atención y dedicación.

Es de esperar que cuando este procedimiento entre en vigencia en las regiones VIII y metropolitana estos plazos no se dilaten en forma exagerada, aún cuando es comprensible que por la gran cantidad de habitantes existentes en estas regiones exista un retardo casi natural en su tramitación.

2.2.5 Indemnizaciones

La ley es clara en cuanto a establecer lo que se puede obtener a través de la tutela de derechos, así en el Art. 489 se establece que:

⁶⁶ Véase Jurisprudencia Juzgados Laborales: RIT T 1 – 2008 de Copiapó, RIT T 1- 2008 , RIT T 4 – 2008 y T 5 – 2008 de Valparaíso, y T 3 – 2008 de Punta Arenas.

En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

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

A pesar de esta taxatividad y claridad del legislador laboral, en la práctica se ha optado por además de lo establecido en dicho artículo solicitar otro tipo de indemnizaciones, tales como la reparación de daños patrimoniales, como el lucro cesante y el daño emergente, además de aquellos perjuicios extrapatrimoniales como el daño moral. Así por ejemplo en la Causa RIT T 8- 2009 de los juzgados laborales de Valparaíso, a propósito de la tutela por la vulneración a la garantía establecida en el Art. 19 N° 5 de la constitución política, esto es, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada se exige conjuntamente con las prestaciones del despido, la indemnización del daño moral. Dicha causa está actualmente en tramitación, con fecha de audiencia preparatoria.

En la causa T 3- 2008 de los juzgados laborales de Punta Arenas, a propósito de un despido vulneratorio de la garantía establecida en el Art. 19 N°1 de la constitución Política, esto es, la integridad física y psíquica, se solicita se indemnice el daño moral proveniente de la conducta del empleador, lo que le causó a la trabajadora una depresión laboral severa y una situación insostenible de estrés, lo que llevó a su vez a no poder cumplir con sus obligaciones comerciales, al no recibir oportunamente el pago de las remuneraciones por su empleador mientras gozaba de licencia médica. Se arguye como relación de causalidad la conducta del empleador, como gatillante del estrés laboral que sufre la dependiente. Debo señalar que se solicitó a título de reparación del daño moral una suma equivalente a 155.000.000 de pesos, cuestión que fue absolutamente desestimada por el tribunal.

En la causa T 1 -2008 de los tribunales de Valparaíso, se inicia una causa a raíz de un despido a una trabajadora portadora de VIH, la cual indica haber sido separada de sus funciones por un acto absolutamente discriminatorio por parte de la empresa de seguridad a la cual prestaba funciones. En dicha oportunidad además de la declaración de ser el despido discriminatorio y las prestaciones correspondientes, se solicitó por concepto de lucro cesante la suma de \$1.760.000 equivalente al máximo de indemnización a que podría haber tenido derecho si hubiera permanecido trabajando; b) Por daño emergente la misma suma y fundamento; c) Por daño moral en sede contractual \$80.000.000 habida cuenta del sufrimiento, dolor o aflicción que le ha producido ser tratada con tanto desprecio a su dignidad y honra laboral.⁶⁷

En este caso no se dio lugar a la demanda en cuanto a la tutela, tampoco en cuanto al daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Muchas veces los abogados guiados por la premisa “*en pedir no hay engaño*”, sobre todo aquellos vinculados al área de derecho privado, solicitan todo tipo de prestaciones e indemnizaciones a un tribunal, sin embargo, la ley es clara en establecer que puede obtener el trabajador en caso de darse lugar a la demanda de tutela.

No debe mirarse el lucro en este procedimiento, puesto que nuevamente corre el riesgo de ser desvirtuado, es por ello que el legislador es claro. Por otra parte, debe mirarse la *ratio legis* de la tutela, la que como su nombre lo indica busca proteger los derechos más básicos de los trabajadores dentro de la empresa y mirado desde otro punto de vista, busca reestablecer esta situación de igualdad que tenemos todas las personas por el hecho de ser tales.

Sin duda que un análisis de largo plazo, establecería que esta sanción indemnizatoria, que oscila entre 6 y 11 meses de remuneración tiene un efecto sin duda que represivo, pero a su vez preventivo, para de esta forma poder evitar a través de su imposición que el empleador incurra nuevamente en este tipo de conductas antijurídicas.

⁶⁷ Véase jurisprudencia, causa RIT T 1 – 2008 tribunales laborales de Valparaíso.

2.2.6 Amplio rechazo a las demandas

Si bien en el 100% de las causas terminadas se ha dado lugar, al menos en parte a las prestaciones provenientes de un despido, en el 80% de ellas no se ha dado lugar a la tutela de Derechos Fundamentales.

Al respecto se puede esgrimir que este es otro argumento para sostener que este procedimiento se ha utilizado en forma innecesaria, escondiendo el reclamo por las prestaciones impagas en caso de separación de funciones.

Al profundizar en las sentencias (cuestión que será tratada más adelante) es posible sostener que las demandas resultan poco fundadas, con fundamentos que muchas veces son poco plausibles o que se basan en supuestos, los cuales durante el juicio carecen de razonabilidad y lo que es peor, se topan con la falta de prueba, cuestión que es esencial para el éxito de cualquier pleito.

En la causa RIT T 1 – 2008 de Valparaíso, la actora sostiene que fue cesada de sus funciones debido a que la empresa tomó conocimiento de que ella era portadora de VIH, pudiéndose probar en el juicio que no se tenía conocimiento acerca de la enfermedad de la trabajadora hasta un comparendo en el cual ella misma reconoció padecer la enfermedad. No se pudo comprobar que existieran conductas discriminatorias durante el tiempo en el que ella trabajó en la empresa, como tampoco se pudo establecer que el despido fuere consecuencia directa de su enfermedad.

En causa RIT T 4 -2008 de Valparaíso, a propósito de la garantía contemplada en el Art. 19 N 5, esto es la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, un trabajador dependiente de Sodimac sostiene que fue cesado de sus funciones, a raíz de un video en el cual aparecía haciendo una especie de broma dentro de las instalaciones de la empresa, quien estima que fue sacado de un pendrive de uso personal de propiedad del actor, el cual dejó olvidado en su trabajo, y a raíz del cual habría sido despedido, sin embargo, nunca pudo comprobarse que dicho sistema de almacenamiento haya sido sustraído o revisado por

alguien de la empresa, ni tampoco su relación causal con el despido, es más, el compañero de trabajo, quien grabó el video, con posterioridad lo subió a youtube, siendo ésta una página pública y de acceso universal, de donde sostiene la empresa demandada tuvo conocimiento del hecho.

Por otra parte el actor infringió el reglamento interno de la empresa, el cual califica como falta grave su conducta, puesto que puso en riesgo su seguridad y además la de los clientes, ya que fue en horario de funcionamiento del local. Finalmente el actor reconoció que su conducta no fue apropiada, por lo que la demanda en lo referente a la tutela de derechos fue nuevamente desestimada.

En causa RIT T 5 -2008 también de Valparaíso, por tutela de la garantía contemplada en el Art. 19 N°1 de la constitución Política y el derecho a la Honra, se interpuso denuncia por una trabajadora de empresas Carozzi despedida, quien al terminar su turno de trabajo y dentro de sus efectos personales fue sorprendida, mediante una revisión ordinaria, portando un cuchillo cartonero de propiedad de la empresa. Sin desconocer la trabajadora este hecho, no pudo probarse la vulneración a los derechos alegados, puesto que la dependiente estaba en conocimiento de este procedimiento de revisión, el cual era habitual, estrictamente personal y estaba establecido dentro del reglamento interno de la empresa.

No obstante en esta causa se declaró el despido como injustificado, puesto que los hechos no reviste el carácter de gravedad necesaria como para despedir a la trabajadora, considerando que llevaba muchos años en la empresa.

En cuanto a la demanda de tutela no se dio lugar a ella.

2.3 Qué derecho se sostiene mayormente vulnerado?

Las materias son diversas. Todos los derechos contemplados en el procedimiento de tutela se sostiene han sido vulnerados.

Es posible apreciar una cierta tendencia a demandar por infracción de la garantía contemplada en el Art. 19 N°1 de la constitución Política, esto es, el Derecho a la Integridad Física y Psíquica, seguido de la libertad de trabajo y su protección.

Interesante resulta un número no despreciable de casos en los cuales se denuncia ante la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, cuestión que se hace extensible no sólo a correspondencia, sino que también a conversaciones telefónicas, vía Messenger y por correo electrónico que pueda tener el trabajador, lo que se analizó en profundidad al descifrar el contenido de este derecho contemplado en el Art. 19 N°5.

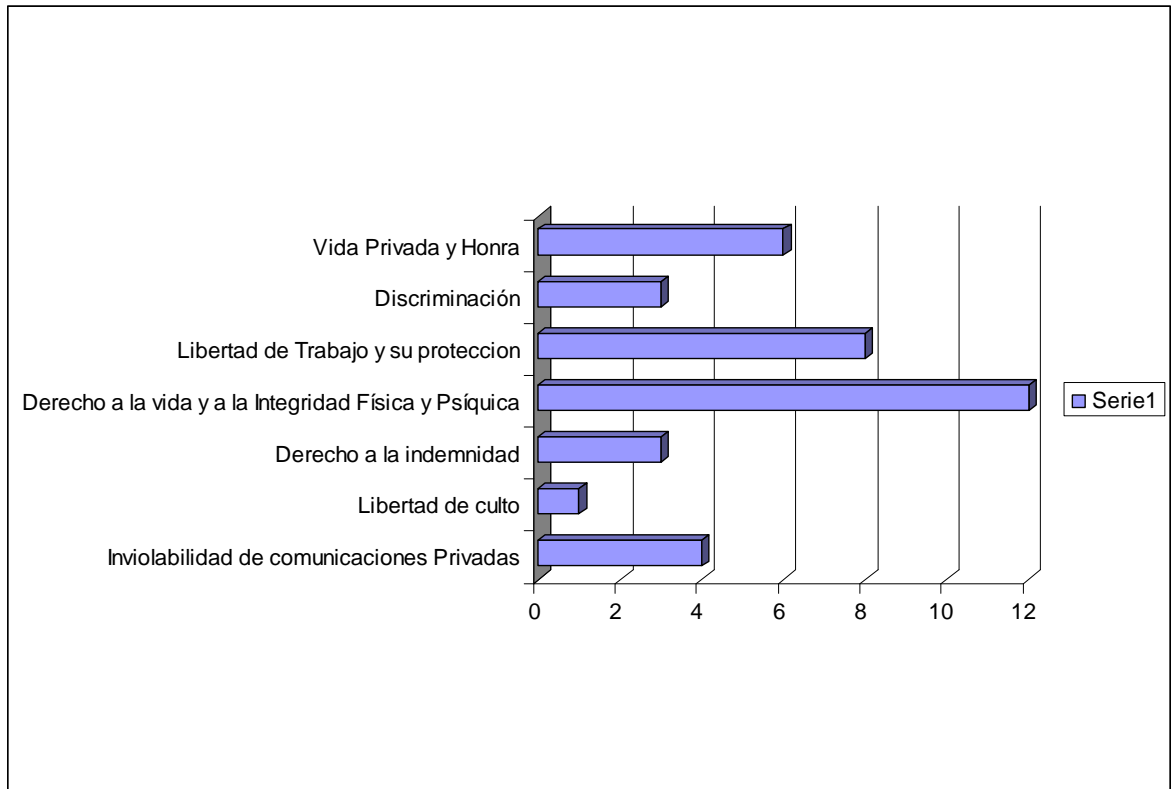
Por mucho tiempo al reconocer la potestad jurídica de mando del empleador y su derecho de propiedad sobre la empresa hubo reticencia a reconocer este derecho, cuestión que hoy sí lo está y que además a través de los casos analizados, se reclama frecuentemente. La libertad de trabajo también ha sido ampliamente denunciada a la fecha.

A través del siguiente recuadro, se demuestran todas las causas tanto en tramitación como con sentencia definitiva en las 3 regiones de estudio, existentes hasta el 31 de marzo de 2009 y las materias que en los diversos procedimientos de tutela se denuncian.

| Tribunal | RIT | Materias |
|----------|------------|--|
| Copiapó | T 1 - 2008 | Despido, inviolabilidad comunicaciones privadas, indemniz. |
| Copiapó | T 2 - 2008 | Despido, libertad de creencias, indemniz |
| Copiapó | T 3 - 2008 | Despido, indemnidad (no ser objeto de represalias) |
| Copiapó | T 4 - 2008 | Derecho a la vida y la integridad |
| Copiapó | T 5 - 2008 | Despido, indemnidad (no ser objeto de represalias) |
| Copiapó | T 6 - 2008 | Despido, indemnidad (no ser objeto de represalias) |
| Copiapó | T 7 - 2008 | Derecho a la vida y la integridad |
| Copiapó | T 8 - 2008 | Despido, vida privada y honra |
| Copiapó | T 1 - 2009 | Vida privada, honra; Libertad de trabajo y su protección |

| | | |
|--------------|-------------|---|
| Valparaíso | T 1 - 2008 | Despido, discriminación |
| Valparaíso | T 2 - 2008 | Libertad de trabajo y su protección |
| Valparaíso | T 3 - 2008 | Despido, integridad física y psíquica y honra |
| Valparaíso | T 4 - 2008 | Despido, inviolabilidad comunicaciones privadas, indemniz. |
| Valparaíso | T 5 - 2008 | Despido, integridad física y psíquica y honra |
| Valparaíso | T 6 - 2008 | Despido, libertad de trabajo |
| Valparaíso | T 1 - 2009 | Derecho a la vida y la integridad, vida privada y honra y libertad de trabajo |
| Valparaíso | T 2 - 2009 | Despido, discriminación |
| Valparaíso | T 3 - 2009 | Despido, discriminación y libertad de trabajo |
| Valparaíso | T 4 - 2009 | Despido, derecho a la vida y a la integridad |
| Valparaíso | T 5 - 2009 | Despido, libertad de trabajo |
| Valparaíso | T 6 - 2009 | Despido, integridad física y psíquica y honra |
| Valparaíso | T 7 - 2009 | Accidentes del trabajo, integridad física y psíquica |
| Valparaíso | T 8 - 2009 | Despido, inviolabilidad comunicaciones privadas, indemniz. |
| Valparaíso | T 9 - 2009 | Despido, libertad de trabajo |
| Valparaíso | T 10 - 2009 | Despido, vida e integridad, inviolabilidad comunicaciones privadas |
| Valparaíso | T 11 - 2009 | Despido, vida privada y honra |
| Valparaíso | T 12 - 2009 | Despido, libertad de trabajo y su protección |
| Punta Arenas | T 1 - 2008 | Despido, vida e integridad, libertad de trabajo y su protección |
| Punta Arenas | T 2 - 2008 | Despido, vida e integridad física y psíquica |
| Punta Arenas | T 3 - 2008 | Despido, Vida e integridad física y psíquica |

Los datos anteriores se pueden agrupar en el siguiente gráfico:



3. Análisis Particular de Jurisprudencia.⁶⁸

3.1 Primer Caso

RIT T 1 – 2008, Tribunales laborales de Copiapó

Demandante: María Natalia Madrid Obregón

Demandado: Sociedad de Profesionales Kronos Ltda..

Por la gran importancia de este fallo, es que se ha puesto en primer lugar al momento de hacer el análisis de la jurisprudencia, siendo a mi juicio el caso más emblemático en materia de tutela de Derechos Fundamentales, por las razones que se desarrollarán más adelante.

En este caso la demandante realizaba funciones en un cargo administrativo en la empresa demandada, la cual tomó la decisión de despedirla invocando la causal contemplada en el Art. 160 N° 7 del Código del Trabajo, esto es: *“El Contrato de Trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:*

N°7 Incumplimiento grave de las obligaciones del contrato.”

El incumplimiento grave de las obligaciones del contrato se funda en una conversación privada vía *messenger* que sostuvo la demandante con otra funcionaria administrativa de una empresa fiscalizada por la Sociedad de profesionales Kronos, en la cual le envía una carta que el jefe de proyectos le había enviado a otro funcionario de esta segunda empresa fiscalizada, información que la demandada sostiene es de carácter confidencial, cuya divulgación podría significar la pérdida de millones de pesos para la empresa.

La trabajadora cesada de sus funciones, por su parte, solicita que se declare el despido como vulneratorio de Derechos Fundamentales, puesto que se funda en una infracción a la

⁶⁸ El texto completo de los fallos se adjunta como anexo a esta investigación.

garantía contemplada en el Art. 19 N°5 de la Constitución Política de la República de 1980, esto es, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, que como ya es sabido, se aplica también respecto de correos electrónicos e inclusive a conversaciones vía Messenger.⁶⁹

El demandado afirma que no hubo una vulneración a tal garantía, puesto que él se enteró de que la trabajadora envió dicha información a una tercera persona, de forma accidental al buscar unos archivos en la carpeta “mis documentos” en el computador de la administrativa, en cuya oportunidad advirtió que las conversaciones que ella mantenía por esta vía quedaban almacenadas por defecto en una carpeta. Al percatarse de esta situación leyó su historial de conversaciones completo, que abarcaba unas 37 páginas, encontrando que le había enviado dicha información que sostiene es de carácter altamente sensible y confidencial. Expresa además que el Reglamento interno de la empresa señala como deber de todo funcionario *“El respetar a la empresa y a su representante, en su persona y dignidad, actuando en todo momento con la debida lealtad, considerándose contrario a este deber, el transmitir o traspasar a otras empresas del rubro, informaciones de carácter privado de la empresa en que trabaja”*⁷⁰

Dentro de los puntos de prueba que se fijaron en la causa se señala el demostrar la forma en que la demandada tomó conocimiento de la información que dio origen al despido y si efectivamente dicha información es confidencial e importante para la empresa, cuestión que es crucial al momento de determinar si el despido vulneró la garantía establecida a nivel Constitucional o fue procedente y justificada la causal invocada.

Es posible alegar que un despido vulnera los derechos fundamentales, en cuyo caso el único legitimado para actuar es el trabajador cesado de sus funciones, como ya se trató anteriormente en esta investigación. Corresponde ahora indagar los fundamentos del fallo y cual fue el razonamiento del juzgador en este sentido:

⁶⁹ En ese sentido véase dictámenes dirección del trabajo ORD. 1147-34, ORD 260-19, [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/channel.html>> [consulta 02.03.09]

⁷⁰ Véase Jurisprudencia, causa RIT T 1 – 2008 Juzgado del Trabajo de Copiapó, pág. 5

El juez analizó si existía alguna regulación en el Reglamento interno de la empresa acerca de el envío y recepción de correspondencia electrónica, llegando a la conclusión de que la materia no estaba prevista en dicho instrumento. Sólo se mencionó la existencia de un instructivo que alguna vez se restringía el uso de los computadores, utilización de diversos medios electrónicos, sin embargo, ello nunca se cumplió y en la práctica todos los trabajadores de la empresa los utilizaban sin ninguna restricción. El respaldo de la conversación no fue creado por la actora, ni tampoco por la empresa y aún cuando haya quedado registro de él en un computador de propiedad de la empresa no lo transforma en público.

Por otra parte, las conversaciones por Messenger fueron sostenidas desde su cuenta personal de correo electrónico y en esa ocasión, fue la intención de la trabajadora que la información no fuera conocida por otras personas, puesto que lo hizo en forma personalizada con su amiga, con la cual compartía en ese momento vivienda y no quiso perjudicar a la empresa, puesto que *“el comunicarse por un medio privado demuestra una voluntad de excluir el conocimiento de lo informado a terceros, que de haberse estimado que alguien podría haber interferido en dicha comunicación, conociéndola de cualquier forma, lo más probable es que no la hubiesen realizado”*⁷¹.

Vinculado con lo anterior el fallo establece un concepto de inviolabilidad de comunicación bastante acertado, el cual *“descansa sobre los principios de autonomía, dignidad e intimidad de la persona, que se traduce en una esfera de derecho formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona, que normalmente están sustraídos del conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta en ese conocimiento”*.⁷²

Otro aporte significativo de este fallo lo representa su razonamiento acerca de la carga de la prueba que tiene el denunciado, cuestión que fue tratada en extenso al analizar el desarrollo del procedimiento, haciendo alusión a que no constituye una alteración a las

⁷¹ Idem, pág. 13

⁷² Idem, pág. 14

reglas probatorias generales. Justifica la disposición estableciendo que esta norma constituye una materialización más del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores, fruto directo de la lógica de la protección integral a esta parte más débil, debido al difícil escenario en que se encuentra el trabajador al momento de efectuar una denuncia por violación de Derechos fundamentales, por la situación en que se encuentra el empresario en relación a la prueba, en relación a su proximidad y dominio, no se trata, afirma de una alteración de la regla del Art. 1698 del Código Civil, sino que una *reducción probatoria*.

Evidentemente que en el caso en cuestión existe una colisión de derechos, por una parte la trabajadora alega una vulneración de su derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y el empleador, quien tiene un derecho de propiedad sobre la empresa y tiene también el legítimo derecho de controlar el proceso productivo. Buscando una forma de llegar a encontrar una solución a este caso el juez advierte que no hay norma que resuelva el conflicto o cual derecho debe primar en este caso, por lo que aplica principios Jurídicos-filosóficos para poder resolver esta colisión. Siguiendo en este sentido a Robert Alexy aplica los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto:

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

equipos y a la información que se envíe desde ellos a terceros; en otras palabras, si con revisar los respaldos de las conversaciones que los trabajadores tienen a través del sistema Messenger con terceros, se puede evitar que no se traspase información privada y sensible para la empresa y, además, que no se de un uso inadecuado a estas herramientas, por ejemplo, que no se cumplan las labores por pasar todo el día en un chat. La respuesta evidente es que a través de esa fiscalización y control, se llega, sin duda, a evitar que a través de estos medios electrónicos no se cumplan estas legítimas expectativas del empleador; en el caso concreto, la lectura efectuada por don Jorge Godoy Frías del respaldo de la conversación por Messenger entre doña María Natalia Madrid Obregón y un tercero, sin su consentimiento y, su posterior utilización contra ella, evidentemente le permiten proteger a la empresa de que ésta no haya estado traspasando información confidencial de Sociedad de Profesionales Kronos Limitada a cualquier tercero, incluida la Constructora Salfa; incluso esta revisión, le permite saber cuanto estuvo conectada a Messenger y con ello, con quienes se relacionó y cuanto tiempo no dedicó a su labor efectiva dentro de la empresa.

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

c) *El Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto.- Finalmente a través de esta valoración se busca establecer que la limitación al derecho fundamental del trabajador sea*

racional, no desproporcionada, que se pueda justificar tanto el objetivo de la medida como sus efectos. Así de partida, queda inmediatamente excluida la posibilidad de limitar el derecho fundamental en su núcleo esencial, sometiéndolo a exigencias o restricciones que lo hagan irrealizable. Así en este caso, sería inaceptable bajo todo punto de vista que se hubiese producido el conocimiento de la información utilizada por el empleador, a través de la obtención dolosa de la contraseña o password, o introduciendo otro mecanismo en las mismas condiciones que violaran la privacidad.⁷³

Una vez hechos estos análisis y buscando cual fue el fundamento que tuvo el empleador para revisar las conversaciones privadas de esta trabajadora, llega a la convicción de que en este caso el despido fue vulneratorio de la garantía contemplada en el Artículo 19 N°5 de nuestra carta fundamental, por lo que la empresa fue condenada a pagar una indemnización equivalente a 7 meses de remuneración. Además establece un plazo para que la empresa incluya dentro de su reglamento interno de Orden, Higiene y Seguridad la regulación de las condiciones, frecuencia y oportunidad del uso de medios electrónicos de comunicación.

Este resulta ser uno de los casos más emblemáticos en materia de tutela laboral por diversas razones. En primer lugar trata un tema bastante discutido en tiempos pretéritos, cual es la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, esto porque innumerables veces se cuestionó la real eficacia de este derecho de un trabajador dentro de la empresa, como antónimo de que el empleador tiene potestad de dirección y derecho de propiedad sobre la empresa, reconocido a nivel constitucional a través de la garantía contemplada en el Art. 19 N° 24 de la constitución Política. Luego, una vez reconocido en la práctica, se intentó dilucidar cual era su alcance, haciendo extensiva esta garantía a toda forma de comunicación privada, incluso aquella vinculada al progreso tecnológico, como en este caso conversaciones vía Messenger.

En segundo lugar, este es el **único** de los fallos analizados en el que se da lugar a la demanda en cuanto a la tutela de Derechos.

⁷³ Idem, pág. 16- 17

A mi juicio, la importancia principal de este fallo radica en su acuciosa fundamentación, la cual se hace cargo de cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes, pero de una manera íntegra pocas veces vista, analizándolos incluso desde un punto de vista jurídico-filosófico, valiéndose para ello de distintas herramientas jurídicas.

Haciéndose cargo de los fundamentos del fallo, sin duda que la causal invocada para poner término a la relación laboral, es decir el Art. 160 N°7 que se refiere al incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, tiene un vínculo causal directo con el hecho de que el empleador haya revisado todo el historial de conversaciones vía Messenger que tiene la trabajadora, sin autorización de ésta, cuestión que tampoco estaba regulado ni incorporado en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad. Nuevamente es en este punto donde la dirección del trabajo ha dictaminado que la única posibilidad de que el empleador indague en aquellas formas de comunicación privada es que se haga mediante mecanismos generales que estén incorporados en el reglamento interno de la empresa.

Por otra parte, estas conversaciones no fueron guardadas en el computador con la anuencia de la trabajadora, sino que fueron guardadas por defecto. El tribunal estima que no fue intención de la trabajadora el perjudicar a la empresa, puesto que si lo hubiere querido lo habría hecho a través de otro medio o fuera del horario de trabajo, tampoco se trataba de información que fuere confidencial, ni su cargo era de aquellos de exclusiva confianza.

El razonamiento del juzgador indica que resulta desproporcionado que se haya decidido pasar por alto que dicha información estaba contenida en un respaldo accidental de una conversación electrónica privada, para luego leerla completamente e invocarla como causal de despido.

Es indudable que este fallo será de gran importancia al momento de analizar la jurisprudencia en lo relativo a la protección de Derechos Fundamentales, puesto que su fundamentación es bastante minuciosa y sin duda es un aporte al derecho por lo que también avanza en cuanto a conceptos Jurídicos, como carga de la prueba e inviolabilidad de comunicaciones.

3.2 SEGUNDO CASO

RIT T 5 – 2008 Tribunales Laborales de Valparaíso

Demandante: Nora Lidia Reyes Arriagada

Demandado: Empresas Carozzi S.A.

En este caso, al igual que el anterior se reclama que un despido es vulneratorio de los derechos fundamentales, pero en esta oportunidad se alega que se han vulnerado los Arts. 19 N°1 de la Constitución Política de la República de 1980, esto es la integridad física y psíquica de la persona y el Art. 19 N°4 el derecho a la honra, respecto de los cuales se contempla la procedencia de la acción tutelar contemplada en el Art. 485 del Código del Trabajo. Otra similitud con el caso anterior es que se invoca como causal de despido el Art. 160 N°7 del Código del Trabajo, es decir termina el contrato sin derecho a indemnización alguna por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por parte del trabajador.

Los hechos en que se funda este fallo son los siguientes: La demandante trabajó durante alrededor de 8 años en Empresas Carozzi S.A como operaria de producción, siendo despedida con fecha 8 de octubre del año 2008 por haber sido sorprendida portando dentro de sus pertenencias un cuchillo cartonero de propiedad de la empresa . Hecho que se verificó al realizar una revisión del personal al término de la jornada laboral por guardias de Carozzi S.A., la cual había sido implementada para evitar hurtos.

La demandante sostuvo en su libelo que *“la empresa demandada desde hacía tiempo había implementado como política interna la denigrante medida de someter a sus empleados al escrutinio personal de su cuerpo y pertenencias a la salida del trabajo, como una forma de evitar posibles hurtos de material de la empresa, revisión que realizaba personal de seguridad masculino”*⁷⁴ Afirma además la trabajadora cesada de sus funciones que una vez que fue encontrado el artículo dentro de sus pertenencias *“el personal de seguridad no contento con revisar sus pertenencias hasta la saciedad, dispuso de su aprehensión temporal mientras daba cuenta a Carabineros de la situación, el que se*

⁷⁴ Véase Jurisprudencia Tribunales laborales de Valparaíso RIT T – 5 2008, pág. 1

constituyó en dependencias de la empresa y procedió a detenerla llevándola a la comisaría de Gómez Carreño, donde se la mantuvo detenida por 4 horas, tras lo cual fue liberada”⁷⁵, Afirmo además la actora que fue sindicada públicamente como ladrona en dicha oportunidad.

Sus argumentos para justificar este hecho fueron bastante difusos puesto que en primer término explicó que no supo cómo llegó el cuchillo a sus pertenencias, para posteriormente mencionar que tal vez alguien lo dejó ahí o finalmente tal vez el cansancio o algún descuido incidieron en que quedara en ese lugar. Atribuye la revisión del personal a un ejercicio abiertamente desproporcionado y abusivo de las facultades que la ley le confiere al empleador, habiéndola tratado casi como una delincuente vulnerando en lo más íntimo su dignidad como persona.

Se demanda que se declare el despido como vulneratorio de derechos, además de la indemnización por años de servicio, la sustitutiva del aviso previo, un aumento del 80% como sanción establecido en el Art. 168 inciso 1 letra C del Código del Trabajo, puesto que la aplicación de la causal del Art. 160 es indebida y finalmente la indemnización que contempla el procedimiento de Tutela de Derechos la cual oscila entre 6 y 11 meses de la última remuneración.

Por su parte la demandada, empresas Carozzi solicita se rechace la demanda en todas sus partes por las siguientes razones: El procedimiento del cual dispone la empresa para la revisión del personal a la salida de los turnos se ajusta a la ley y a los criterios sustentados por la Dirección del Trabajo.⁷⁶ El cual consiste en un sistema aleatorio, implementado con una luz errática, consistente en un mecanismo que enciende una luz verde o roja, en el primer caso la persona no es revisada y puede seguir su camino, en cambio si la luz es roja, se le revisan las pertenencias, haciendo hincapié en que no hay contacto corporal sino que sólo a través de un detector de metales, procedimiento que se realiza en una cabina cerrada por personal de guardias femenino o masculino, según lo elija el trabajador. Afirmo que

⁷⁵ Idem, pág. 2

⁷⁶ En este sentido, véase Dictámenes Dirección del Trabajo, ORD: 1366-79 y ORD: 2060-176 [en línea] <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/find-results.html> [consulta 02.03.09]

este procedimiento ha sido objeto de supervisión por la Inspección del Trabajo no habiéndose efectuado ningún reparo al mismo.

La demandada sostuvo además que no es la primera vez que la trabajadora había sido sorprendida sustrayendo implementos de la empresa, puesto que en otra oportunidad había sido amonestada por habersele encontrado dentro de otra revisión dentro de sus pertenencias una calculadora de propiedad de la empresa..

Dentro de los hechos a probar el tribunal estableció:

- 1. Si la actora fue objeto de actos atentatorios contra su integridad psíquica y honra al encontrársele entre sus pertenencias un cuchillo cartonero de propiedad de la empresa el 08 de octubre de 2008.*
- 2. Sistema de revisión corporal de los trabajadores implementada por la demandada- hecho y circunstancias- y si éste se encuentra incorporado al Reglamento Interno de la Empresa.*
- 3. Si la demandante fue sindicada públicamente como Ladrona ante sus compañeros de Trabajo.*
- 4. Si la actora incumplió las obligaciones que le imponía su contrato de trabajo, Circunstancias⁷⁷*

A partir de la prueba rendida y ponderada en juicio se desvirtuaron algunas de las afirmaciones efectuadas en el libelo por la actora, especialmente a partir de la prueba confesional, en que admitió que fue revisada por una guardia femenina, y que el procedimiento fue secreto, es decir, nadie más se enteró de que ella había sido sorprendida con un cuchillo cartonero de la empresa en sus pertenencias, puesto que luego de ser revisada, se le informó de dicha situación al jefe de seguridad, momento en el cual fue trasladada a una sala de espera, en la cual se mantuvo hasta la llegada de Carabineros, como era el procedimiento habitual en esos casos.

⁷⁷ Jurisprudencia Tribunales Laborales de Valparaíso, RIT T 5- 2008, pág. 6

Por otra parte se estableció que dicho procedimiento de revisión de personal se encuentra en el Reglamento Interno de la empresa y reviste características de generalidad y aleatoriedad, tal como lo ha exigido la dirección del trabajo en sus diversos dictámenes. Además la empresa sostuvo que el extravío de un elemento metálico dentro de la misma, implica seguir un riguroso protocolo de seguridad, con el correspondiente seguimiento para establecer donde pudo haber quedado el mismo, cuestión que ha implicado destruir producciones enteras porque puede ir en un chocolate o caramelo y puede ser nocivo para los clientes. De ahí que exista este riguroso sistema de control.

Finalmente el juzgador llega a la siguiente resolución:

“ Que con los antecedentes allegados al proceso por las partes, no aparece acreditado que el día 8 de octubre de 2008 con motivo de habersele encontrado a la actora a la salida de sus labores un cuchillo cartonero de propiedad de la empresa, la empleadora - en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce hubiese vulnerado el derecho a la integridad psíquica y a la honra de la trabajadora demandante, derechos constitucionales consagrados en el artículo 19 N°s. 1 y 4 de la Constitución Política de la República, por lo siguiente:

1.- Es un hecho de la causa que la empleadora tenía implementado sistema de revisión tendiente a evitar atentados contra el derecho de propiedad que le asiste, utilizando para el efecto, dispositivos de detección o revisión personal, el que era conocido por la actora y que describe detalladamente en la confesión prestada ante este tribunal, coincidente con la versión entregada por los testigos de la demandada.

2.- Que las declaraciones de los testigos María Pino y Cristián Molina, presenciales, legalmente examinados y que dan razón de sus dichos, producen convicción en esta sentenciadora de que, detectado el hecho dentro de la caseta, la actora fue trasladada a una sala de espera donde permaneció hasta la llegada de Carabineros coincidente ello con la declaración de la demandante en audiencia, al referir que en ese momento fue trasladada a otra sala al interior de la empresa, agregando: “y de ahí ninguna persona más, porque ahí se cierra la puerta y nadie más ve nada” y aún más, interrogada por el tribunal, dice, no haber recibido maltrato alguno.

3.- Que tampoco se advierte que la trabajadora haya sido públicamente sindicada como ladrona a vista y paciencia de sus compañeros de trabajo, en una suerte de pública medida

de escarmiento como lo señala el libelo, siendo estas afirmaciones desvirtuadas por la propia actora, quien en la confesión prestada dice no saber nada al respecto, lo que demuestra fehacientemente que ese hecho no existió.

4.- Que el sistema de revisión corporal implementado por la empresa conforme los antecedentes allegados a la causa, es aleatorio, seleccionado por mecanismo electrónico, impersonal porque no hay contacto físico entre los guardias y la persona que se revisa e incluso esta última puede elegir el funcionario control, cumpliendo de este modo con las normas y principios imperantes y con los requisitos exigidos por jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo sobre la materia.

5- Que dicho sistema se encuentra incorporado en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de las Empresas Carozzi en sus artículos 16 letras “w”, “y”, y 17 kk, señalando la penúltima disposición que “la sociedad estará facultada y obligada para solicitar la presencia de la Policía en el recinto ante la ocurrencia de un hecho ilícito comprobado, con el fin de dar cumplimiento a las leyes vigentes sobre la materia” y cuya aplicación no aparece arbitraria ante la instrucción de causa RIT 10671-2008, RUC 0800935371-3, iniciada el 28 de octubre de 2008, por hurto falta, seguido contra la actora donde el Ministerio Público en audiencia de fecha 19 de noviembre de 2008 comunicó su decisión de aplicar principio de oportunidad en el hecho investigado, según consta de certificado emitido por jefe de Administración de Causas del Juzgado de Garantía de Viña del Mar y carpeta de la causa singularizada.”

Por las razones anteriores la demanda en cuanto a la tutela de Derechos Fundamentales fue rechazada, sin embargo, en lo relativo a la declaración de despido como injustificado, indebido o improcedente se dio lugar a la demanda, por cuanto se estimó que la aplicación de la causal del Art. 160 N°7 del Código del Trabajo no fue fundada, esto porque la trabajadora se desempeñó por largos años trabajando para la empresa y que si bien el hecho constituye una falta reprochable, no es suficiente para considerar que se ha producido un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, es por esto que se dio lugar a las indemnizaciones correspondientes.

Si bien este fallo no presenta las características de acuciosidad del anterior, se asimila en cuanto a que en ambos casos presentan la peculiaridad de ser despidos vulneratorios de derechos, invocando en ellos la causal del Art. 160 N°7 esto es el incumplimiento grave de obligaciones que impone el contrato.

Se alega la vulneración a la integridad física y psíquica y la honra, por cuanto la trabajadora cesada de sus funciones sostiene que fue sorprendida con un cuchillo cartonero de propiedad de la empresa ente sus pertenencias, en una revisión habitual, sosteniendo que era una práctica denigrante, realizada por personal masculino, y que luego de haber sido sorprendida con dicho objeto fue sindicada a viva voz como ladrona dentro de la empresa.

Durante el transcurso del juicio se desvirtuaron varias de las afirmaciones de la actora, por cuanto había sido revisada por una guardia en una caseta privada y que no tuvo conocimiento acerca de que si este procedimiento se hizo o no público.

La empresa Carozzi sostuvo que este procedimiento tenía por único objeto evitar pérdidas dentro de la empresa, se regía por un procedimiento ajustado a la ley, el cual está debidamente incorporado en el reglamento interno de orden higiene y seguridad, siempre fue aleatorio y se basaba en la revisión de las pertenencias que hacía un guardia en una cabina cerrada, siguiendo un procedimiento preestablecido.

La aleatoriedad de este procedimiento y su inclusión en el reglamento interno de la empresa están totalmente acordes con lo dictaminado por la inspección del trabajo, por cuanto también se respetó la intimidad de la trabajadora al revisarla dentro de una caseta privada, como ya se dijo anteriormente.

En esta oportunidad las afirmaciones de la actora fueron ligeras, no llegando a ser probadas durante el curso del juicio, más bien fueron desvirtuadas por sus propios dichos, lo que dice relación con haber iniciado innecesariamente un procedimiento de tutela, puesto que la acción procedente en este caso no era la contemplada en el párrafo VI de la ley 20.087, sino que el procedimiento ordinario.

Indiscutiblemente se dio lugar a la demanda en cuanto a que los fundamentos del despido no eran suficientes, puesto que los hechos no justifican la gravedad que requiere la aplicación de la causal del Art. 160 N°7 del Código del trabajo, por lo que se condenó a la empresa a pagar las correspondientes indemnizaciones.

Sólo podría decirse que dicho procedimiento fuere atentatorio de derechos en el caso en que se realice por mero capricho a alguna persona en particular, sin procedimientos establecidos ni inclusión en el reglamento interno, en el caso de que se proceda a revisarla en público, o inclusive cuando se le hagan imputaciones que no correspondan a la realidad tanto a viva voz como en privado, cuestiones que no ocurrieron en este caso.

3.3 TERCER CASO

RIT T 4- 2008 Tribunales Laborales de Valparaíso

Demandante: Jorge Cabello Vergara

Demandado: SODIMAC S.A

Este último caso analizado presenta grandes similitudes con los anteriores, puesto que también se reclama que el despido es vulneratorio de Derechos Fundamentales, específicamente la garantía contemplada en el Art. 19 N°5 de la Constitución Política de 1980, esto es la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Nuevamente el contrato terminó por aplicación de la causal contemplada en el Art. 160 N°7 que es el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato.

Los hechos de la causa son los siguientes: El trabajador realizaba labores de vendedor en la empresa Sodimac. Mientras cumplía sus funciones realizó una especie de broma en la cual *“aparece el demandante tomando carrera, lanzándose contra un material que estaba en un punto de venta en uno de los pasillos del patio, material que corresponde a un aislante, encontrándose el espacio completamente ocupado y allí existe una especie de espacio central donde ésta se introduce completamente y desaparece”*⁷⁸

En dicha ocasión el video fue grabado por un celular de propiedad de un compañero de labores, quien posteriormente lo subió al portal público de Internet *Youtube*, el cual es de acceso universal. Sin embargo, el demandante sostiene que dicha información se obtuvo no de este portal, sino que de un *pendrive* de uso personal de propiedad del mismo donde se habría almacenado el video y que por lo tanto se habría vulnerado su Garantía Fundamental de Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

En este caso también se solicita se declare la nulidad del despido o en subsidio el despido injustificado, en el primer caso porque las cotizaciones provisionales no estarían pagadas y despido injustificado por la incorrecta o indebida aplicación de la causal.

⁷⁸ Jurisprudencia Tribunales Laborales Valparaíso, RIT T 4- 2008, Pág. 8

Por su parte SODIMAC S.A, solicita que se rechace la demanda en todas sus partes por las siguientes razones: Lo expresado por el actor no es efectivo, por cuanto el conocimiento del hecho se realizó a través del portal Youtube, en efecto “*Constantemente las distintas jefaturas van revisando el mencionado portal, con el objeto de encontrar algún video que pueda perjudicar a la compañía o que se detecten situaciones que puedan poner en peligro a los trabajadores o a los clientes*”⁷⁹

Afirma que no es efectivo que la información se haya obtenido de su pendrive, sino que él mismo reconoce que fue subida por su compañero a la página youtube, obteniendo la demandada el conocimiento del video por medios lícitos e idóneos.

Sostiene que la causal invocada para despedir al actor fue justificada puesto que dañó la mercadería, puso en riesgo su integridad física y la de los clientes, además infringió una serie de normas contenidas en el reglamento Interno de Orden, higiene y seguridad, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

Artículo 34: se considera como FALTA GRAVE: c) Causar intencionalmente o actuando con negligencia, daños a las instalaciones, bienes, productos y equipos de la Empresa.

Artículo 33: se establece como OBLIGACIÓN: n) Velar en todo momento por los intereses de la compañía, evitando pérdidas, mermas, producción deficiente, deterioros.

Artículo 54: se establece, en materia de higiene y seguridad, "que está PROHIBIDO: las bromas y los juegos que entrañen riesgos dentro del trabajo. Junto con todo lo anterior, en la descripción de cargo, la cual se encuentra firmada por el actor, se establece dentro de sus responsabilidades:

a) Cumplir con las normas y procedimientos generales de la empresa y las definidas en el Manual de Higiene y Seguridad.

*b) La correcta manipulación de los productos, evitando los daños a personas internas y externas, así como también, a sí mismo y los productos.*⁸⁰

⁷⁹ Idem, pág. 3

⁸⁰ Idem, pág. 4

Finalmente la demandada afirma que las acciones de nulidad de despido y despido injustificado son incompatibles entre sí, por otra parte se encuentra acreditado que se ha cumplido a cabalidad con las obligaciones previsionales del demandante, tampoco se ha fundamentado en el libelo por qué el despido sería injustificado.

En la causa se fijan como hechos a probar los siguientes:

1) Que la parte demandada accedió a una comunicación privada del actor y específicamente a un pendrive de su propiedad, vulnerando con dicha conducta la garantía constitucional contemplada en el N° 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Antecedentes de hecho que lo acredite. 2) Efectividad que el despido es nulo. Antecedentes de hecho que lo acredite. 3) Efectividad que el despido es justificado. Causal invocada, esto es, la contemplada en el N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo (Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo) y hechos en que se funda la causal. 4) Efectividad que al actor se le adeudan las prestaciones derivadas de la aplicación del fondo de cesantía solidario conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 52 de la Ley 19.728 y si se le pagó el mismo. Hecho que lo acredite.⁸¹

A partir de la prueba rendida en juicio fue posible concluir que el demandante reconoció expresamente que el conocimiento del video fue a través del Portal Youtube, tampoco pudo probarse que efectivamente existiera daño material o peligro para la integridad física del trabajador o clientes de la empresa.

Finalmente y a raíz de toda la prueba producida en juicio el “Sentenciador ha llegado a la convicción que efectivamente no se logró probar en este juicio que el denunciado tomó conocimiento de dicha grabación a través de un pendrive de propiedad del trabajador sino por el contrario, se acreditó que se accedió a ella a través de un medio de comunicación que efectivamente es público y de carácter universal, por lo que no habiéndose en la especie vulnerado la garantía constitucional contemplada en el N° 5 del artículo 19 de la Constitución Política de

⁸¹ Idem, pág. 6

la República, se deberá entonces rechazar la acción de tutela y la indemnización adicional solicitada, tal como se indicará en la parte resolutive de la sentencia.”⁸²

Se rechaza la demanda de Tutela de Derechos Fundamentales, por no encontrarse probados los hechos en que se funda, y por otra parte, al encontrarse acreditado el pago de las cotizaciones previsionales rechaza la acción de nulidad del despido, sin embargo lo declara injustificado, por cuanto *“se ha llegado a la convicción que el actor, al lanzarse sobre una espuma aislante, no incumplió gravemente las obligaciones impuestas por su respectivo contrato y por el Reglamento anteriormente mencionado, puesto que con dicha actuación no puso en riesgo su integridad física ni la de otras personas, ni dañó gravemente dicho producto ni tampoco fue él el quien grabo el video y lo subió al portal denominado “Youtube” en internet, por lo que no existiendo en la especie un hecho grave, es decir un hecho de tal magnitud, que justifique plenamente el cese de la relación contractual y teniendo además especialmente presente el carácter ocasional de esta infracción, los años de servicio prestados por el demandante y que no hubo incidencia en la marcha de la empresa, se deberá entonces acoger la demanda en cuanto declarar el despido injustificado y dar lugar a las indemnizaciones reclamadas”⁸³*

Nuevamente nos topamos con una vulneración a la garantía establecida en el Art. 19 N°5 de nuestra carta fundamental, en el cual la tecnología y el progreso tienen una influencia decisiva. En esta oportunidad el actor esgrimió que en el despido nuevamente invocando la causal del Art. 160 N°7 del código del trabajo se vulneró la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, sosteniendo que a raíz de un video contenido en su pendrive de uso personal fue despedido.

⁸² Idem, pág. 9

⁸³ Idem, pág. 10

En dicho video aparece haciendo una broma, en horario de trabajo, dentro de las instalaciones de la empresa, lanzándose sobre una especie de espuma aislante.

Broma que también fue grabada por un compañero de funciones y subida a una página web de acceso universal y público, esto es el portal youtube, cuestión que fue vista por gerencia de la empresa, costándole el trabajo.

Durante el juicio jamás pudo probarse que alguien haya sustraído dicho pendrive de algún casillero o pertenencia del trabajador, por lo que faltaría un elemento primordial al momento de reconstruir la responsabilidad en los hechos, por ello principalmente se desestimo la demanda en cuanto a la tutela de derechos. Por otra parte, dicho video dejo de tener el carácter de privado en el momento en que fue subido al portal youtube, teniendo acceso a él cualquier persona que estuviera en la web.

Al igual que en el caso anterior, sin desconocer el hecho de que se desestimó la demanda de tutela, se dio lugar a la declaración de despido injustificado, ello por las mismas razones de los casos anteriores: No se justificó la existencia de la causal invocada, puesto que en el juicio no se logró acreditar la existencia de algún daño material o daño a la integridad física del trabajador o algún cliente.

4. El reciente Dictámen Marco de la Dirección del Trabajo en la materia.⁸⁴

Con fecha 05 de junio de 2009 la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen ORD: 2210-035 en materia de Derechos Fundamentales que pretende servir de guía a las distintas Direcciones regionales para aunar criterios y uniformar formas de actuaciones futuras. Esto ocurre justo antes de que la reforma al procedimiento laboral entre a regir en la región metropolitana.

Dentro de sus motivaciones están *“Que, en atención a la máxima importancia que la vigencia de los derechos fundamentales en el trabajo supone, tal como dan cuenta la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos por el Estado de Chile, así como el reconocimiento de la plena vigencia de los mismos de cara al contrato de trabajo, por la doctrina de este Servicio –en especial desde 1992 en adelante-, así como por la modificación introducida en lo sustancial por la Ley 19.759 de 2001 y, más recientemente, por la reforma dispuesta por la Ley N°20.087 a los mecanismos procesales pertinentes para darle eficacia a los derechos fundamentales que las normas sustantivas reconocen, hacen necesario establecer un dictamen marco en materia de derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, que, recogiendo la nutrida jurisprudencia administrativa, la doctrina y la más reciente normativa legal sobre la materia, sirva de apoyo a los funcionarios de este Servicio que, en cumplimiento de sus funciones, hayan de conocer denuncias administrativas por vulneración de derechos fundamentales, investigarlas, mediar y, eventualmente, denunciarlas judicialmente, en el entendido que ello habrá de uniformar la actuación del Servicio en tales materias, contribuyendo con esto, a la necesaria certeza que sobre las mismas se debe otorgar a la comunidad”.*⁸⁵

A través de este instrumento se trata temas tan relevantes como lo es el concepto de Derechos Fundamentales, cómo pueden contraponerse los legítimos derechos del empleador con los del trabajador, aquellos derechos más susceptibles de ser afectados en la relación

⁸⁴ El texto completo aparece en el sitio web: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-96717.html>

⁸⁵ Dictamen Dirección del Trabajo, ORD: 2210 – 035 [En línea] www.dt.gov.cl [consulta 27.08.09].

laboral, para finalizar con una directriz en cuanto a criterios de ponderación en los mismos. Resulta de gran importancia que la Dirección haya sentado las bases de cómo debe funcionar este órgano a nivel nacional, ya que sostengo que la labor que realizará será de gran importancia al momento de ser receptor de alguna denuncia en que se vulnere algún Derecho esencial del trabajador y por su característica de órgano técnico es estrictamente necesario que la ayuda que se brinde al trabajador sea la oportuna y correcta.

Se ha abierto debate en cuanto a la existencia de este dictamen, así el abogado e integrante de la Comisión Laboral de la Confederación de la Producción y el Comercio Héctor Humeres sostiene que *“este tipo de “dictamen madre” no tenía precedentes. “La Dirección -explica- sólo abordaba aspectos específicos, de ahí la relevancia que tiene. Además, hay que considerar que esto refleja lo complicado que será resolver los conflictos entre trabajadores y empleadores relacionados con los derechos fundamentales en el marco de la reforma”. Asimismo, señala que dada la publicación de este dictamen las empresas no podrán argumentar desconocimiento frente a los señalados derechos”*.⁸⁶ Por otra parte, consultada la opinión de la Directora del Trabajo Patricia Silva M. ella sostuvo *“El dictamen lo que hace es sistematizar doctrina antigua y responde a una serie de consultas que han surgido, por ende, optamos por tener un sólo documento que permita que los empleadores ordenen sus facultades y criterios”*⁸⁷

El instrumento resulta de gran utilidad práctica porque recoge temas profusamente tratados por la doctrina laboral y constitucional, criterios establecidos a través del tiempo en los diversos dictámenes de la dirección del trabajo, además de las tendencias apreciadas en la jurisprudencia. Ello de antemano resulta una guía no tan sólo para los diversos directores regionales, sino que también aclara a los empleadores los criterios que seguirá la Dirección y probablemente los tribunales en la materia, con lo que daría un paso adelante en materia de Seguridad Jurídica y también ciertamente otorga certeza respecto de cómo actuará este

⁸⁶ HUMERES, Héctor. Nuevo Foco de Conflicto abre Dictamen que defiende los Derechos Fundamentales. *Diario Financiero*, 21 de julio 2009 [en línea] <http://www.revistasindical.cl/index.php?news=1279> [consulta 26.07.09]

⁸⁷ SILVA M, Patricia. Directora del Trabajo y Críticas a la Justicia Laboral. *Diario Financiero*, 24 de julio 2009 [en línea] http://df.cl/portal2/content/df/ediciones/20090724/cont_117703.html [consulta 27.07.09]

Servicio en lo futuro, aunque sin duda las implicancias prácticas se verán con el transcurso del tiempo y más específicamente una vez que empiece a operar la Reforma a la justicia Laboral en las Regiones más populosas de nuestro país.

Conclusión

En este trabajo se pretendió hacer un acercamiento crítico al procedimiento de tutela derechos fundamentales a partir de sus limitaciones, iniciando para dicho efecto un análisis de su génesis, y la justificación de su existencia, abordando para este cometido la historia de la ley en adelante.

Se realiza su contraste con la experiencia española, en el sentido de que dicha normativa fue tomada de base para la modificación de nuestro sistema, cuestión que fue reconocida por nuestros legisladores durante la tramitación de la ley 20.087.

A través de este recorrido se analizó el contexto en el que surgió el procedimiento especial de tutela, haciendo hincapié en las diferencias existentes entre el proyecto original y el texto definitivo de la ley, particularmente el Art. 485 del código chileno el cual difiere en aspectos sustanciales; Por otra parte se efectúa una inevitable comparación con el derecho español para de esta forma demostrar lo acotado que resulta nuestro procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

Sin desconocer el avance de la nueva judicatura laboral, luego de su análisis profundo, no queda más que concluir que el procedimiento de tutela no materializa la aplicación y reconocimiento de una gran cantidad de derechos fundamentales de los trabajadores, porque sus limitaciones en cuanto a la aplicación son innegables. Por otra parte tiene un concepto positivista y restrictivo de los derechos y libertades protegidas.

Una vez efectuado el análisis teórico del procedimiento de tutela se realizó un análisis minucioso de ciertas tendencias apreciadas en la tramitación de los procedimientos y cuales han sido los criterios utilizados por los jueces del trabajo al momento de fallar. Para ello se efectuó una acuciosa investigación tomando como punto de partida toda la jurisprudencia existente en tres regiones emblemáticas del país. Dentro de las conductas observadas se pudo analizar que existe una reiterada tendencia a no cumplir con requisitos formales de la demanda, normalmente se han rechazado por no estar bien fundadas, las partes solicitan prestaciones que no proceden y en la mayoría de los casos se demanda conjuntamente con prestaciones procedentes de un despido. Por otra parte la intervención de la dirección del trabajo en dichas causas ha sido bastante reducida.

Establecidas las limitantes teóricas primeramente, en contraste con las limitantes que se han dado en la práctica de este sistema de tutela de derechos, es posible concluir que su aplicación y procedencia están muy acotados y su eficacia como instrumento protector de derechos fundamentales ha sido casi mínima. Sostengo lo anterior debido a que una vez criticado el procedimiento desde el punto de vista positivo, lo fáctico no demuestra lo contrario, puesto que sólo en uno de los casos estudiados se ha cumplido con el objetivo del procedimiento.

Es posible afirmar que el legislador laboral ha quedado en deuda a través de este limitado procedimiento, porque las más de las veces el trabajador deberá seguir recurriendo de protección respecto de la vulneración de otros derechos no contemplados en el Párrafo VI, cuestión que sólo restablecerá sus derechos en la medida que ello sea posible, pero no contempla ninguna reparación pecuniaria

Para salvar las críticas antedichas se propone en primer lugar modificar el texto del Art. 485 del código del trabajo, haciéndolo extensivo a la protección de un mayor número de derechos fundamentales, libertades públicas y actos de discriminación tal como lo ha hecho su tantas veces comentado análogo español, el cual incluye dentro de la tutela derechos reconocidos en tratados internacionales.

En segundo lugar se ha apreciado que la intervención de la defensoría laboral ha sido bastante poco adecuada, al incurrir en errores recurrentes tales como demandas poco fundadas, incumplimiento de requisitos de la denuncia, peticiones que exceden con creces el ámbito de aplicación de este procedimiento. A partir de estas tendencias observadas es necesario concluir que la única posibilidad de salvar estas conductas es insistiendo en su calificación profesional y capacitación, debiendo al efecto invertir una mayor cantidad de recursos fiscales.

Como se pudo apreciar la intervención de la dirección del trabajo ha sido bastante paupérrima, lo que resulta inadecuado, habida cuenta del gran rol que cumplió antes de la entrada en vigencia de la nueva justicia laboral. Debería existir una mayor participación para de esta forma y a través de su personal ampliamente calificado y profesional refuerce el sistema de protección existente.

Finalmente propongo que para salvar los inconvenientes que presenta el procedimiento de tutela se haga una aplicación directa de los tratados internacionales, esto en virtud de lo dispuesto en el Art. 5 inciso segundo de la Constitución Política, el cual señala *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Este inciso incorporado el año 1989 a través de la ley 18.825 constituye un gran cambio en nuestro ordenamiento jurídico, esto significa en palabras de Francisco Cumplido⁸⁸ que: *“ 1. El enunciado de los derechos esenciales de la persona humana asegurados por la Constitución de 1980, no es taxativo, es decir, no sólo son tales los regulados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino todos los que sean necesarios para proteger la dignidad humana, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art.1º, incisos 1 y 4, Art. 5º inciso 2º, ambos Bases de la Institucionalidad y Art.19 inciso 1 y N° 26. 2. Habida cuenta que el Art. 5º de la Constitución establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, el poder constituyente derivado, el legislador, y el Presidente de la República y el Congreso Nacional al suscribir y ratificar un tratado, no pueden suprimir los derechos humanos garantizados, ni menoscabarlos. 3. Por la misma razón anterior si hubiere conflicto o contradicción entre derechos esenciales de la persona humana, el intérprete judicial, gobernante o administrador debe preferir el derecho humano más extenso compatible con el respeto a la dignidad humana.”*

A partir de lo dispuesto en este artículo tienen aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico los tratados internacionales que protegen los derechos esenciales de la persona humana, así por ejemplo: El Pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de

⁸⁸ CUMPLIDO Cereceda, Francisco. La reforma Constitucional de 1989 al inciso segundo del Artículo 5 de la Constitución. Sentido y alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia, *En Ius et Praxis*, V 9 N°1 año 2003 [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext#autor1 [consulta 02.03.09]

1966; la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica”, de 1969, además de diversos convenios de la OIT como por ejemplo el N° 87, 98, 151, entre otros.⁸⁹

En definitiva los tratados tienen eficacia directa en nuestra legislación, cuestión que no constituye sólo una declaración de principios sino que un deber del estado reconocida a nivel constitucional, por esto es que en virtud de la estructura jerárquica que presenta el ordenamiento jurídico es necesario que los derechos esenciales tengan aplicación y eficacia directa en nuestro país y aún cuando el Art. 485 parezca en principio no contemplarlos, debe entenderse que sí los incluye por una norma de mayor entidad que el Código del Trabajo, esto es, la Constitución Política de la República.

⁸⁹ Para mayor información véase: Listado de Tratados y Convenciones suscritos por Chile en materias comerciales y de derechos humanos, en los tratados Internacionaes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001.

ANEXO JURISPRUDENCIA

PRIMER CASO

PROCEDIMIENTO: Especial de Tutela Laboral

MATERIA: Tutela de derechos Fundamentales

DEMANDANTE: María Natalia Madrid Obregón

DEMANDADO: Sociedad de Profesionales Kronos Ltda.

RUC: 08-4-0001305-6

RIT: T-1-2008

Copiapó, quince de septiembre de dos mil ocho.-

VISTOS:

Que con fecha cuatro de septiembre recién pasado, ante este Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, se llevó a efecto audiencia de juicio oral en los autos R.I.T. T-1-2008, por despido vulneratorio de derechos fundamentales, solicitado en procedimiento especial de tutela laboral.

La demanda fue entablada por doña María Natalia Madrid Obregón, cédula de identidad 13.327.394-8, Ito administrativo, con domicilio en Avenida Copayapu N°2750, departamento 11, Copiapó, siendo asistida legalmente por su apoderado don Manuel Catalán Lagos.

La demandada Sociedad de Profesionales Kronos, RUT. 77.207.520-0, fue asistida legalmente y representada por el abogado Nelson Pérez López, con domicilio en Copayapu N°1296, Copiapó.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: *Argumentos y pretensiones del actor: Que la demandante solicitó que se declarase su despido como vulneratorio de derechos fundamentales y conforme a ello se estableciera la obligación de su ex empleadora de pagar las indemnizaciones que procedieran de conformidad al artículo 489 del Código del Trabajo.*

Fundó tal solicitud en la siguiente relación de hechos que efectuó: "con fecha cuatro de junio de dos mil siete, fue contratada por la empresa Sociedad de Profesionales Kronos Limitada, para cumplir funciones de Ito Administrativo, desempeñándose hasta la fecha de su despido en la faena de construcción, denominada Gran Casino de Copiapó, ubicada en calle Los Carrera N°2240, Copiapó, con un sueldo base de \$721.000, más gratificación por la suma de \$57.000, más una asignación de colación de \$52.500 y una asignación de movilización de \$33.600, lo que arrojaba un total de \$864.100".

"Con fecha dos de junio de dos mil ocho, su empleador le comunicó el término del contrato de trabajo por correo certificado, aplicando la causal señalada en el artículo 160 N°7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, fundado en que

supuestamente habría entregado información confidencial vía electrónica, sin autorización de sus jefes, a personal profesional de la empresa Salfa Construcciones, la cual era su fiscalizada“.

Agrega que los fundamentos entregados por el representante de la empresa, para invocar la causal de despido, demuestran que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad de todo tipo de comunicación privada, entre los que debemos considerar el sistema denominado MESSENGER, el que respalda en carpetas el contenido de las conversaciones sostenidas con otros contactos de una lista que cada usuario tiene, al cual solo se accede con una clave personal, la que nunca ha proporcionado a persona alguna, y menos a la empresa Sociedad de Profesionales Kronos Limitada, derecho que se encuentra protegido por lo dispuesto en el artículo 19 N° 5, de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 485 del Código del Trabajo.

Finalmente señala que no existe regulación alguna en el contrato de trabajo, ni en el reglamento interno que autorice a la empresa conocer el contenido de los correos enviados y recibidos por los trabajadores.

SEGUNDO: Contestación de la demanda: Que la demandada contestó la demanda en la forma y dentro del plazo contemplado en el artículo 452 del Código del Trabajo, aplicable supletoriamente por disposición del artículo 491 del mismo cuerpo legal, solicitando que ésta fuese rechazada en todas sus partes, con costas y que se establezca, por el contrario, que no habría en el despido efectuado, ninguna vulneración a la garantía contemplada en el N°5 del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República, específicamente, a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Fundamenta su solicitud en que carecen de sustento los dichos de la actora, en cuanto a que sufrió una trasgresión al derecho garantizado por la Constitución Política de la República, a saber el de la inviolabilidad de toda comunicación privada. Así relata que la empresa Kronos Limitada trabaja en la ciudad de Copiapó, contratada por la empresa española EGASA del Grupo Nervion, en labores de fiscalización técnica a la empresa Salfa Construcciones, que construye en esta ciudad el Gran Casino de Copiapó.

En ese entendido la señorita Madrid Obregón habría sido contratada por la empresa como ITO ADMINISTRATIVO; siendo responsable en dichas funciones de llevar a cabo una serie de acciones estratégicas y altamente sensibles.

En este contexto la actora habría conocido cabalmente el andamiaje administrativo de Kronos Limitada en Copiapó, y manejado información confidencial, cuya divulgación podría significar la pérdida de millones de pesos para su mandante ya referido.

No obstante lo anterior, la señorita Madrid Obregón, desde un computador de uso no exclusivo, en el cual cada usuario tenía las herramientas tecnológicas para restringir la información personal que manejare, envió información confidencial de la empresa a una funcionaria de la empresa contratista, y es más, habría entregado textualmente correos o mail electrónicos enviados por el jefe de proyectos de la empresa, don Jorge León. Reitera que esta información era confidencial y altamente sensible. Este hecho al ser descubierto y, teniendo en consideración que el reglamento interno de la empresa, recepcionado en su oportunidad por la actora, señala como deber de todo funcionario ”el respetar la

empresa y a su representante, en su persona y dignidad, actuando en todo momento con la debida lealtad; considerándose contrario a este deber, el transmitir o traspasar a otras empresas del rubro, informaciones de carácter privado de la empresa en que trabaja“, detonó el despido de la actora.

Explica finalmente, que la trabajadora no tomó en consideración que al dialogar electrónicamente por internet a través de un chat, que habría sido el modo en que se envió la información, el sistema crea una carpeta de respaldo que queda almacenada en la carpeta MIS DOCUMENTOS, debiendo restringirse dicha función cuando no se quiere que cualquier persona que use el equipo, tenga acceso a la información enviada, sin necesidad de poseer clave de entrada o de acceso. Lo anterior significó que de manera accidental haya sido sorprendida en su actuar. Por lo demás concluye, que a la actora ya se le había representado por la empresa múltiples veces que fuese más cuidadosa con su información privada.

TERCERO: Llamado a conciliación: Se llamó a las partes a conciliación, la que no fructificó en razón de la negativa de la demandada a aceptar cualquier reconocimiento de una vulneración de los derechos que se invocaron como conculcados. Luego ante el mandato consagrado en el artículo 495 del Código del Trabajo, por el cual el juez debe abstenerse de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales; este juzgador en particular, prefirió no invitar a la realización de ofrecimientos económicos.

CUARTO: La recepción de la causa a prueba: fijación de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Se determinó en base a las presentaciones de las partes, que no discutían la extensión de la relación laboral ni el monto de la remuneración que fue señalada por la actora; por lo anterior se estimó que los hechos a probar debían ser los siguientes:

- Efectividad que el despido se determinó, por el acceso a información, de carácter privado, de la actora, cuya conocimiento y utilización no era factible para la demandada, sino, con una trasgresión a la inviolabilidad de la comunicación privada.

- Para efectos del despido, labores que efectuaba la empresa demandada, entre ellas funciones específicas que cumplía la actora.

- Efectividad de haber enviado la actora, información confidencial de la demandada a un tercero, perteneciente a una empresa fiscalizada por esta, específicamente a Salfa Construcciones; eventuales consecuencias que ello podría generar para la demandada.

- Forma en que la demandada tomó conocimiento de la información que dio origen al despido. Efectividad de tratarse de información confidencial e importante.

- Efectividad de que el computador, desde el cual se extrajo la información en cuestión, era de uso no exclusivo de la actora y que en el reglamento interno de la empresa, se encuentra regulado, el envío y recepción de correo electrónico, que de alguna forma haga excepción al mandato constitucional de inviolabilidad de las mismas.

QUINTO: Ofrecimiento de medios probatorios: Que en orden a acreditar sus alegaciones la demandante ofreció e incorporó la siguiente documental: contrato de trabajo celebrado entre las partes; acta de comparendo de conciliación ante la inspección del trabajo e instructivo de uso de

elementos informáticos. Además rindió la confesional compuesta por la absolución de posiciones de don Jorge Godoy Frías. Por su parte y con el mismo objeto la demandada ofreció como documental a incorporar el reglamento interno de la empresa y un correo electrónico enviado por la demandante a un tercero; además rindió la testimonial compuesta por los dichos de don Francisco Omar Lagos Peralta y de don Jorge Godoy Frías, más la confesional de doña María Natalia Madrid Obregón. El tribunal en uso de sus facultades oficiosas ordenó a la demandada la incorporación de la carta de despido.

SÉXTO: Hecho Acreditado y valoración de la prueba: Que ponderada en forma libre la prueba y con respeto a los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, este Tribunal, llega al convencimiento en cuanto a que doña María Natalia Madrid Obregón fue contratada con fecha cuatro de junio de dos mil siete por la Sociedad de Profesionales Kronos Limitada, para cumplir funciones de Ito Administrativo. En ejercicio de dicho cargo le correspondía manejar la parte administrativa de la sociedad, ordenando, almacenando y archivando toda la documentación tanto en carpetas de papel como electrónicas. Su jefe directo era don Jorge Godoy Frías, quien se desempeñaba como Inspector Jefe y quien tenía además bajo su mando a un Ito en Terreno. La sociedad en su conjunto trabaja en la ciudad de Copiapó, mandatada por la empresa española Egasa del Grupo Nervión, en la fiscalización técnica de la empresa Salfa Construcciones que construye el Gran Casino de Copiapó.

Físicamente la actora y don Jorge Godoy Frías, compartían la misma oficina, utilizando la primera, un computador, al cual también tenían acceso otros de los funcionarios, incluido el mencionado Godoy Frías. En específico, la actora sabía que ese computador era utilizado por otras personas, ya que dicha unidad constituía el servidor.

En la sociedad demanda, si bien en un instructivo se señaló, respecto de los equipos que fueron puestos a disposición de los trabajadores, que estaba prohibido cargar software y hardware y que el uso de internet y envío de e-mail era restringido a las actividades a desarrollar en la empresa, en la práctica se permitía el uso de estas herramientas y sistemas de comunicación libremente, sin que existiese ningún tipo de regulación en cuanto a las condiciones, frecuencia y oportunidad para el uso de los mismos; en este entendido los trabajadores de la demandada, incluida doña María Natalia Madrid Obregón, regularmente y según sus posibilidades e intereses, utilizaban los equipos computacionales de la sociedad para comunicarse vía Messenger, e-mail y otros.

Que en el entendido anterior, doña María Natalia Madrid Obregón, mantuvo conversaciones vía messenger en forma frecuente, mientras trabajó en la empresa demandada, con doña Ema Pía Rivera Vergara, quien era su amiga y con quien incluso en el tiempo en que se produjo su despido compartía vivienda. La mencionada Rivera Vergara, prestaba servicios, como control técnico –mando medio, sin poder decisorio, ni facultades de administración-, para la empresa fiscalizada por Sociedad de Profesionales Kronos, esto es Empresa Salfa Construcciones, la que desarrollaba en ese entonces el proyecto de construcción denominado Gran Casino de Copiapó.

Se tiene de igual forma por asentado que en fecha no determinada del mes de mayo de dos mil ocho, doña María Natalia Madrid Obregón dentro de las conversaciones que mantuvo desde los equipos comunicacionales de la empresa, vía Messenger, desde su cuenta personal de correo electrónico, con doña Ema Pía Rivera Vergara le comentó asuntos propios del giro de ambas empresas fiscalizadora-fiscalizada, específicamente del siguiente tenor: pagina 35 y 36, MAYO, PIA_DE_LOS_ANGELES@HOTMAIL.COM "recién J. León le mandó un mail a Matías repesao" – envíamelo para verlo- "Estimado Matías: respecto a tu reclamo por la demora en la revisión de estados de pago y presupuestos de obras extras, que tiene con déficit de caja, y que según entendí, atribuyes a una mala disposición de la ITO, quiero reiterarte lo que ya te señalé al respecto, y que te resumo: 1.- Esta inspección no tiene ni actúa con ninguna intencionalidad para perjudicar o complicar a la Constructora. 2.- Cualquier eventual demora en alguno de estos procesos, sólo obedece a alguna dificultad puntual causada por necesidades o situaciones propias de obra, tales como: priorización puntual de otros requerimientos en beneficio del avance de la obra; generación de mayor cantidad de EP, por condición especial de contrato, generación y simultaneidad de gran cantidad de OOEE; algunas deficiencias en presentación de antecedentes de respaldo, disminución de nuestra disponibilidad efectiva, motivada por entregas demorosas y re entregas que podrían evitarse, etc. 3.- No obstante que las bases establecen que deberíamos revisar EP una vez entregados todos los antecedentes, incluidos los provisionales, justamente hemos diferido este proceso para facilitar, ayudar y agilizar el proceso; sin embargo y como podrás ver en el cuadro adjunto, siempre e independientemente de cuanto demorem en revisar los EP, uds. presentan una demora adicional a la presentación del resto de los antecedentes,, bastante importante en muchos casos (desde 7 a 37 días) que dilata y pospone el proceso de dar curso al periodo de pago de cada EP, según lo fijado por las bases, siendo este lapso de tiempo el más relevante en la generación del déficit que señalas. 4.- Respecto de las OOEE, afectadas por los mismos conceptos, te puedo asegurar que hacemos los mayores esfuerzos por ir resolviendo su situación con la mayor premura, en la medida que el proceso de EP, recepciones y cooperación de Uds. respecto a la información requerida, lo posibiliten así. En todo caso esperamos quedar al día con nuestra revisión a más tardar el 10 de junio. Esperando que los números te aclaren que las demoras mayores, no corren por nuestra cuenta ni intención, sino más bien dependen de Uds., te saluda Jorge León Navas, Jefe de Proyectos, Kronos Ltda.". "Prefiero enviarlo así por más cuidado, no le digas a Passi por que el mail era sólo para Matías y David R." – ya o.k.-.

En la misma línea anterior, se encuentra establecido que el correo antes referido fue enviado en forma personalizada, y por tanto exclusiva, por la actora a la mencionada señorita Rivera Vergara, no existiendo ninguna manifestación de voluntad, de ambas, tendiente a que esta conversación fuese conocida por terceros.

Que en fecha no determinada, pero anterior al día dos de junio de dos mil ocho, don Jorge Godoy Frías, buscando unos documentos que necesitaba, ingresó al computador de uso no exclusivo, que utilizaba doña María Natalia Madrid Obregón, en ausencia de ésta, utilizando para ello su

propio usuario, password o clave, y al dirigirse a la carpeta MIS DOCUMENTOS, ingresó a una carpeta llamada MIS LOOGS, donde se dio cuenta que se encontraban almacenadas una serie de conversaciones que había mantenido la señorita Madrid Obregón con terceros y que se habían respaldado sin el conocimiento y consentimiento de ésta. Luego de lo cual en vez de cerrar dicha carpeta y ponerlo en conocimiento de la afectada, decidió revisar todas las conversaciones que ésta había mantenido con terceras personas, correspondientes, por lo menos, a los últimos meses trabajados y consistentes, al menos, en más de treinta y cinco hojas, llamándole, especialmente la atención, la conversación reproducida previamente con la señorita Ema Pía Rivera Vergara de páginas 35 a 37, por conocer que se trataba de una funcionaria de la empresa fiscalizada por ellos. Acto seguido, en virtud de ese hallazgo y por estimar que ese actuar ponía en entredicho la confianza que se tenía a la referida trabajadora, se decidió despedirla, invocando para ello como causal un incumplimiento grave de las obligaciones laborales, que lo hicieron consistir, como reza la carta de despido, en la entrega comprobada de información confidencial por vía electrónica, sin autorización de sus jefes y por conducto totalmente irregular, a personal profesional de la Empresa Constructora Salfa Construcciones, de la cual son la inspección técnica.

Finalmente, se encuentra asentado con la prueba rendida, que ni en el contrato de trabajo ni en el reglamento de orden, higiene y seguridad de la empresa, existe una regulación expresa del uso de los medios tecnológicos –computadores y recursos que proporciona internet e intranet-, ni tampoco existe una regulación o procedimiento para la revisión de la información almacenada en los computadores que sean de carácter privado de los usuarios; en ese entendido, no existe prohibición alguna relativa a guardar información privada en una carpeta del computador, ni menos una norma que autorice a revisar esa información privada o a invocarla para establecer una sanción. Por el contrario, si queda asentado, que en dicho reglamento dentro de las obligaciones del trabajador está el respetar a la empresa y a sus representantes, en su persona y dignidad, actuando en todo momento con la debida lealtad. Considerándose infracciones a este deber el transmitir o traspasar a otras empresas del rubro, informaciones de carácter privado de la empresa. Asimismo, que dentro de las prohibiciones del trabajador no se contempla ninguna relativa al asunto debatido y que en un ítem denominado confidencialidad se señala que toda la información, ya sea de propiedad de la empresa o de sus clientes, que entregue Kronos a su personal para el desarrollo de sus funciones, así como también aquella información que se genere durante el desarrollo de los servicios es confidencial, por lo que no podrá ser entregada a terceros, ya sea en papel o en medios magnéticos, sin la autorización de la administración de Kronos o del representante del cliente. Por último en el ítem de Sanciones y Amonestaciones se contempla que las sanciones asociadas a las infracciones de las normas referidas son la amonestación; siendo la terminación del contrato una decisión que depende de la gravedad, poniéndose como ejemplo la falta de lealtad a la empresa en cualquier circunstancia.

a).- En cuanto a la alegación de que la información utilizada para fundar el despido se habría OBTENIDO con vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora, específicamente transgrediendo la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Al respecto no fue posible,

a través de la prueba rendida, formarse convicción, por carencia de medios probatorios que así lo demostrasen, que el conocimiento de las conversaciones privadas de doña María Natalia Madrid Obregón con terceros, se OBTUVO a través de medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales. En específico, no se logró acreditar, como lo alegó la demandante, que en algún momento alguien, aprovechando quizá un descuido de ella, ingresó a su correo privado, momentáneamente abierto y conectó la función de Messenger, destinada a respaldar en una determinada carpeta –MIS DOCUMENTOS-, sus conversaciones, para así poder revisarlas con posterioridad; menos se pudo establecer que, puntualmente, el día cuatro de junio de dos mil ocho, como lo señaló en la Inspección del Trabajo, ella no se haya conectado a Messenger, y que contrariamente amigos suyos hayan constatado lo contrario. En efecto, sólo la actora a través de su confesional señaló tal hipótesis, la que no pudo corroborarse, pero con lo cual, al menos, quedó totalmente claro, que ella no fue quien le pidió a dicho sistema de conversación que efectuara tales respaldos. Dicha hipótesis fue negada por quien habría realizado el hallazgo supuestamente accidental don Jorge Godoy Frías, sosteniendo que jamás incurrió en tal conducta y que si se produjo tal respaldo fue por desconocimiento de la trabajadora de cómo opera este tipo de sistema de comunicación unido a su propio descuido. Al respecto se refirió también uno de los testigos de la demandada, don Francisco Lagos Peralta, quien señaló que existen distintos tipos de versiones de dicho sistema de conversación, en unos de ellos sería necesario expresamente darle la función para que se produzca el respaldo; en cambio en otros no. Relativo a este punto ninguno de los deponentes ni absolventes pudo aclarar al tribunal que versión en específico sería la que está cargada en el computador en cuestión. Con lo anterior, al no haber quedado acreditado el supuesto de hecho –obtención con una vulneración tan evidente- que fundaría una exclusión valorativa de la prueba ingresada por la demandada –respaldo de conversaciones entre la actora y terceros-, necesariamente deberá desestimarse la solicitud esgrimida de que no se diera valor probatorio a dicho documento.

b).- En cuanto al establecimiento de los hechos que sí se dieron por probados. De un análisis íntegro de la prueba documental incorporada, este juzgador, llegó al convencimiento de que ambas partes casi coincidían en los hechos que fueron presentados al tribunal, no cuestionando con ello la información contenida en cada uno de los documentos, toda vez que lo que ellos contenían, reflejaban en gran parte lo expuesto por cada uno de los litigantes en su respectiva demanda y contestación de la demanda. En efecto, el contrato de trabajo incorporado, dio cuenta con claridad de los elementos básicos de la relación, esto es, inicio del contrato, naturaleza del mismo, funciones del trabajador, jornada, prestaciones y otros; a su vez el reglamento interno permitió formarse convicción de las obligaciones y prohibiciones que tenía el trabajador, como asimismo de las posibles sanciones que podían ir asociadas a sus incumplimientos. También ese mismo reglamento permitió constatar las omisiones, falencias o vacíos que éste presentaba en cuanto a la regulación de materias relativas al control, a través de medios idóneos y generales, con respeto a los derechos fundamentales del trabajador, de la utilización de la información privada que a través de los medios tecnológicos aportados por la empresa, pudiese enviarse a terceros o simplemente almacenarse en

esos equipos. A la misma constatación se pudo llegar a través del documento individualizado como Instructivo de la Empresa Kronos, el cual si bien hacía referencia específica, en un ítem, al uso de elementos de informática, fue desvirtuado por el resto de la prueba rendida, ya que tanto las absoluciones de don Jorge Godoy Frías, jefe de la trabajadora afectada -prueba de la demandante-, como la absolución de esta última -prueba del demandado-, coincidieron en que se utilizaba con perfecto conocimiento de toda la jefatura internet e intranet, para fines personales, sin mayor control ni objeción. Consecuentemente, no se discutió la efectividad de haberse mantenido, a través de Messenger, conversaciones entre la actora y doña Ema Pia Rivera Vergara, ni tampoco que, puntualmente, se haya mantenido la conversación que fue respaldada en el mismo equipo en la carpeta MIS LOOGS de la carpeta MIS DOCUMENTOS y que fue conocida a través del respectivo respaldo de conversación que se incorporó y que fuera referida al momento de dar por asentados los hechos fijados por el tribunal. Por último, los documentos carta de despido y acta en comparendo ante la Inspección del Trabajo, permitieron conocer cual fue la decisión, inspirada en las distintas interpretaciones que hicieron de los hechos ya referidos, por parte de doña María Natalia Madrid Obregón, que estimó que se vulneraba su intimidad al acceder a sus conversaciones privadas y de la Sociedad de Profesionales Kronos que vio en dicha información una entrega de información confidencial grave e intolerable.

SÉPTIMO: Razonamiento respecto a la carga procesal probatoria de la demandante: la exigencia de indicios. Según ya se ha esbozado, uno de los principios más fuertemente recogidos con la reforma procesal laboral, es el de la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores, siendo en esa vertiente de pensamiento que se justifican otros de los principios de la misma, como oralidad, intermediación, gratuidad, celeridad, oficialidad con función cautelar y probatoria del juez, etcétera. Con todo, el alcance de este principio de tutela judicial efectiva es mucho mayor del que aparece a simple vista y que en forma tan evidente se expresa en los principios recién apuntados; en efecto, existen otras consecuencias jurídicas, recogidas por nuestro legislador laboral, que son fruto directo de esta lógica de protección integral hacia la parte más débil. Por cierto que este posicionamiento normativo no es de creación propia de nuestro legislador, sino que viene aprehendido de un establecimiento serio y consolidado del derecho comparado, relativo al difícil escenario probatorio en que se encuentra el trabajador al momento de efectuar una denuncia por violación o lesión de derechos fundamentales, dificultad que evidentemente emana, como lo destaca nuestra doctrina, de la situación estratégica en que se encuentra el empresario sobre la prueba, derivado de la proximidad y dominio que tiene la mayoría de las veces sobre ella. El no reconocimiento de la situación antes descrita, hubiese significado una evidente merma al principio de tutela judicial efectiva referido, toda vez que habría contenido en si misma una traba procesal que colocaría muchas veces al trabajador en la imposibilidad de lograr un resultado judicial favorable. Es por ello, que haciéndose cargo de lo anterior, nuestro legislador laboral en el artículo 493, introdujo una reducción probatoria, consistente en la obligación del trabajador de presentar sólo indicios suficientes de la vulneración que alega. Esta técnica, como lo ha señalado José Luis Ugarte

Cataldo, no se trata de una inversión del onus probandi, ya que no basta la alegación de una lesión a un derecho fundamental, para que se traslade al empleador la carga probatoria, sino que sólo se alivia la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de la conducta lesiva, esto es, acredite hechos que generen la sospecha fundada, razonable, de que ha existido esta lesión.

Reconocido lo anterior, es necesario, en consecuencia, despejar como primer tema relevante si la demandante cumplió con este estándar probatorio exigido. Acá debe destacarse, que la carta de despido incorporada y que da cuenta de la causal y de los hechos esgrimidos para poner término a la relación laboral, alude directamente a la entrega –comprobada- de información por vía electrónica por un conducto irregular. Luego en el acta levantada ante la Inspección del trabajo la trabajadora reclama que esta información comprobada, a que alude la empresa, correspondería a una conversación instantánea que por Messenger tuvo con una amiga, la cual estima, se habría obtenido violando su contraseña de su cuenta particular, ya que en ningún momento ella autorizó a la empresa para leer su información privada y nunca ha respaldado sus conversaciones. En la misma acta introducida por la actora, se consigna la respuesta de la sociedad demandada, la que señala que efectivamente tiene pruebas escritas de una conversación electrónica entre la trabajadora y la funcionaria de Salfa Construcciones, documento en el que fundarían su decisión de despido. Agrega al respecto que en ningún momento se habría violado una clave o contraseña privada de la trabajadora, sino que se accedió a esta información a través de un respaldo generado en la carpeta MIS DOCUMENTOS, a la cual se habría llegado fortuitamente luego de la búsqueda de otros antecedentes. En el mismo sentido, la absolución de posiciones de Jorge Godoy Frías ilustró al tribunal en cuanto a que él con la demandante operaban un mismo computador, ya que estos no son de uso exclusivo y que cada funcionario de la empresa tenía una clave personal para ingresar a estos equipos. Los computadores estaban habilitados para navegar por internet y además se trabajaba con intranet para los asuntos de la empresa. Preguntado respecto a un correo personal de la trabajadora Madrid Obregón Nmadrid8@hotmail.com, señaló que conoció ese correo por que en una carpeta MIS LOGS de la carpeta MIS DOCUMENTOS en el escritorio del computador, existían archivos de este correo a los que accedió, sin requerir de una clave. Señala que encontró esa información de casualidad, buscando información propia; agrega que al ver esa información, le llamó la atención, por lo que revisó unos dos o tres días de conversaciones; ahí encontró la conversación que invocó como fundante del despido, la cual al verla inmediatamente se dio cuenta que correspondía a una conversación entre la señorita Obregón con Ema Pía.

Del análisis de la prueba anteriormente referida, este juzgador tiene por establecido, que existen antecedentes suficientes, para al menos estimar a priori, que eventualmente, el despido de María Natalia Madrid Obregón pudiese estar fundado en la utilización de información de carácter privado, toda vez que queda en evidencia que esta información correspondía a una conversación entre la trabajadora afectada y un tercero, la cual circunstancialmente quedó respaldada en una carpeta del escritorio del computador, pero que en ningún caso, ello significa, que por esa situación, la

información pasa a transformarse en pública, ya que para que ello pudiese estimarse, necesariamente, se requeriría una manifestación de voluntad de la parte emisora y receptora, o al menos de una de ellas; por lo que a falta de dicha manifestación debe entenderse que la información sigue siendo privada, ya que en ella por las características que envuelve –comunicación electrónica escrita y directa de una persona determinada a otra, también determinada, por un medio cerrado– demuestra una voluntad tal de excluir del conocimiento de lo comunicado a terceros, que de haberse estimado que alguien podría haber interferido en dicha comunicación, conociéndola de cualquier modo, lo más probable es que no la hubiesen realizado. A mayor abundamiento, el ciudadano común y corriente, en muchas de las actividades que desarrolla a diario, en ámbitos de privacidad, lo hace bajo la confianza, con la razonable expectativa, de que este sector de su vida no será interferido por terceros, ya que la sola posibilidad de que ello suceda, le haría moldear su comportamiento a tal extremo que su libertad para determinarse y comportarse no sería tal, ya que sería temeroso de que saliera a la luz, lo que él ha querido que sea secreto. Así respecto a la inviolabilidad de los medios de comunicación se ha señalado que ella descansa sobre los principios de autonomía, dignidad e intimidad de la persona, que se traduce en una esfera de derecho formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona, que normalmente están sustraídos del conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asiente en ese conocimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ante esta colisión de derechos, debe primero consultarse en la legislación nacional, si es que existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por vía de la subsunción. La verdad es que no existe tal norma, sólo podemos encontrar como referencia las normas dispersas que van conformando los poderes de dirección y disciplina referidos –artículo 12, 24, 153 y otras- y el inciso segundo del artículo quinto del Código del Trabajo que señala que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. A lo anterior debe sumarse el inciso final del artículo 154 del cuerpo legal citado a propósito de las menciones que obligatoriamente debe contener el reglamento interno de la empresa, que dispone que toda medida de control, sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la imparcialidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador. En conclusión, si bien encontramos normas que aluden a esta tensión, no existe ninguna que en definitiva la resuelva para el caso concreto, con lo cual queda excluida la posibilidad de resolver subsumiendo el caso concreto en esa determinada norma general. A partir de ello, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, se ha impuesto el método de la ponderación guiado por el principio de proporcionalidad en sentido amplio, creado por la jurisprudencia alemana, principalmente a partir de los escritos de Robert Alexy, el cual consiste básicamente en pesar los derechos y bienes en juego, persiguiendo que cada derecho se sacrifique por el otro en la menor medida posible y sólo en la medida que ese sacrificio sea racional y no afecte el ya mencionado núcleo esencial de los derechos fundamentales.

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

d) *El Juicio de Adecuación.- A través de esta valoración se busca establecer que la medida sea idónea, apta para el fin perseguido por el empleador; con lo cual la restricción al derecho*

fundamental del trabajador permite alcanzar un fin empresarial legítimo. En nuestro caso en estudio, la pregunta pertinente es si es legítimo que el empleador pretenda controlar los medios tecnológicos –equipos de computación- que siendo de su dominio, pone a disposición de los trabajadores para el desarrollo del trabajo mismo; luego más específico que ello, que además desee controlar las herramientas que proporciona el sistema computacional, pero que no son gratis, sino que tiene un costo para él, como los son por ejemplo internet y otros; y finalmente la pregunta que nos interesa, si es legítimo que el empleador quiera evitar que información propia de su giro y en casos confidencial sea conocida por terceros. Claramente la respuesta a estas tres interrogantes es afirmativa, con lo cual podemos constatar que detrás de este reconocimiento está presente la protección al derecho de propiedad del empleador; luego es requisito preguntarse si es apto o idóneo para lograr tal protección, la fiscalización y control que realice el empleador al uso de los equipos y a la información que se envíe desde ellos a terceros; en otras palabras, si con revisar los respaldos de las conversaciones que los trabajadores tienen a través del sistema Messenger con terceros, se puede evitar que no se traspase información privada y sensible para la empresa y, además, que no se de un uso inadecuado a estas herramientas, por ejemplo, que no se cumplan las labores por pasar todo el día en un chat. La respuesta evidente es que a través de esa fiscalización y control, se llega, sin duda, a evitar que a través de estos medios electrónicos no se cumplan estas legítimas expectativas del empleador; en el caso concreto, la lectura efectuada por don Jorge Godoy Frías del respaldo de la conversación por Messenger entre doña María Natalia Madrid Obregón y un tercero, sin su consentimiento y, su posterior utilización contra ella, evidentemente le permiten proteger a la empresa de que ésta no haya estado traspasando información confidencial de Sociedad de Profesionales Kronos Limitada a cualquier tercero, incluida la Constructora Salfa; incluso esta revisión, le permite saber cuanto estuvo conectada a Messenger y con ello, con quienes se relacionó y cuanto tiempo no dedicó a su labor efectiva dentro de la empresa.

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

f) *El Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto.- Finalmente a través de esta valoración se busca establecer que la limitación al derecho fundamental del trabajador sea racional, no desproporcionada, que se pueda justificar tanto el objetivo de la medida como sus efectos. Así de partida, queda inmediatamente excluida la posibilidad de limitar el derecho fundamental en su núcleo esencial, sometiéndolo a exigencias o restricciones que lo hagan irrealizable. Así en este caso, sería inaceptable bajo todo punto de vista que se hubiese producido el conocimiento de la información utilizada por el empleador, a través de la obtención dolosa de la contraseña o password, o introduciendo otro mecanismo en las mismas condiciones que violaran la privacidad.*

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

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

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

Vayamos a nuestro caso concreto. La prueba documental rendida, como ya se analizó, en ninguna parte ilustró a este juzgador en el sentido de que se haya establecido en el reglamento interno, que las conversaciones electrónicas de los trabajadores, efectuadas desde equipos computacionales de la empresa, serían respaldadas en archivos que convertirían esta información en pública. Si se hubiese establecido tal advertencia, quizá ello pudiese haber llegado a justificar la utilización contra el emisor de su información, ya que éste sabría desde antes que existe esa posibilidad y por lo mismo habría moldeado su actuar a tales exigencias. Es dable preguntarse entonces, si alguien podría pensar que la señorita Madrid Obregón, de haber sabido que existía tal advertencia en el reglamento

interno ¿habría reproducido a su amiga ese mail de don Jorge León Navas, poniendo en riesgo su trabajo?, evidentemente que no. Y si emitió esa comunicación y tantas otras más, lo hizo, que duda cabe, en la confianza de que dicha conversación se mantendría en el ámbito de lo estrictamente privado. Ilustrador al respecto son los dichos de la misma afectada cuando afirma que en ese periodo ella vivía con Ema Pía –la receptora de la información- y que de haber querido hacer algo malo – traspasar información confidencial- sin que fuese conocido por sus jefes, podría perfectamente haber esperado que llegase el término de la jornada para luego en el hogar entregarle esa información; por el contrario si lo hizo a través de Messenger fue en la confianza de que nadie sabría de esta conversación por que entendía que era privada –de hecho se lee en el respectivo respaldo de la conversación que pide que esto no lo comente a nadie pues fue enviada exclusivamente a Matías y David R-. Conclusión de lo anterior, es que la actividad de don Jorge Godoy Frías, presenta un primer problema para auto justificarse, cual es el hecho de que si es que se quería ejercer ese control debía estar previsto en el reglamento interno y no lo estaba. Así no basta en este punto, el compromiso y lealtad mostrado hacia la empresa por don Francisco Omar Lagos Peralta, cuando señaló que en todos los trabajos estaría prohibido almacenar información personal dentro de los equipos de la empresa y que a su juicio, la información personal pasa a ser pública cuando se deja en el disco duro de un computador, ya que a ella puede acceder cualquiera. Evidentemente el razonamiento vertido por él, pierde sustento frente a la interpretación ya efectuada por la Dirección del Trabajo y por lo demás, porque él no reconoce que un respaldo de una conversación por Messenger sigue dentro del ámbito de lo privado, toda vez que como se refirió no se ha manifestado consentimiento de hacerlo público y porque de una simple ojeada él y don Jorge Godoy Frías, como ambos lo reconocieron, pudieron ver en el encabezado, antes de revisar el contenido, que era una comunicación dirigida por doña María Natalia a doña Ema Pía. Lo prudente habría sido cerrar dicha comunicación y haber dado cuenta a su compañera de trabajo de que se había producido accidentalmente ese respaldo; o siendo desconfiados ¿qué fines se perseguían leyendo sus conversaciones?, pareciera que más allá del morbo que ello pudiese representar, finalmente se produjo una inaceptable desviación de la inocente lectura, pasando a constituirse en el fundamento de la desconfianza y la consecuente pérdida de la fuente laboral.

Luego la actividad del empleador, a través del señor Godoy Frías, no solo es cuestionable en la forma que se ha planteado, también en lo que sigue: luego de revisar el contenido de todas las conversaciones respaldadas de la señorita Madrid Obregón, sin su consentimiento, como se estableció no menos de 37 HOJAS, se determina utilizar éstas en su contra, según ellos por la gravedad de los hechos que contenían y que significaron una pérdida de confianza intolerable, en palabras de don Jorge Godoy Frías, ya que ellos tenían estrategias importantes que no podía ser desviadas a canales no autorizados, ya que ello les podría significar perder el contrato con su mandante, etcétera; no obstante y fundando supuestamente la causal invocada ”entrega comprobada de información confidencial a personal profesional de Salfa por un conducto irregular“, sólo se incorporó, como se estableciera en el considerando sexto, el correo extensamente descrito en el

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

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

Con lo razonado, este juez, como lo expresará en lo resolutivo, estima que el demandado no ha dado suficientes fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, por lo que necesariamente

deberá instarse por la protección del derecho fundamental del trabajador, materializando con ello lo tutela judicial efectiva del mandato contenido en el inciso primero del artículo quinto del Código del Trabajo, que ha dispuesto que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. La norma citada viene a ser sin duda, el correlato laboral, del principio de vinculación directa, contenido en el inciso segundo del artículo sexto de nuestra Constitución Política de la República, el cual dispone que sus preceptos – entre ellos los derechos y garantías reconocidos- obligan tanto a titulares como integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo. .

NOVENO: Determinación del monto de la indemnización sancionatoria.- Nuestro nuevo procedimiento de tutela ha venido a crear un cause procesal para la protección de derechos no patrimoniales, vinculados, más que al intercambio de servicios por dinero, a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano. Con todo, frente al reconocimiento de lo complejo y agotadoras que pueden ser las relaciones entre particulares en el ámbito de la empresa, luego de destruida la comunidad de intereses, es que se ha privilegiado por sobre el reintegro laboral, lo cual sería lo único que dejaría verdaderamente indemne un despido vulneratorio, el establecimiento de una indemnización sancionatoria, que va de seis a once meses de la última remuneración mensual. Establecida la extensión del tramo por el legislador, corresponde al juez fijar en concreto el quantum de la sanción, donde éste en particular, tendrá en consideración, que la trabajadora perdió su empleo, a raíz de esta vulneración, a días de cumplir un año de servicio, lo que le habría significado una indemnización por tal concepto, correspondiente a una remuneración; luego lo determinante debe ser la gravedad de la vulneración efectuada por el empleador, la que se determina a partir del derecho fundamental afectado, de la intensidad de afectación del mismo y de la conducta que haya tenido la sancionada en relación al debido respeto que se debe tener de este tipo de derechos; todo ello lleva a estimar que la sanción debe ser moderada, pero no el mínimo legal, como se expresará en lo resolutive.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V.- En razón de haber tenido motivos plausibles para litigar no se condena en costas a la demandada.

Devuélvase a los intervinientes, las pruebas aportadas.

Ejecutoriada que sea la presente sentencia, remítase copia de ella a la Dirección del Trabajo, a través de la Inspección Regional de Copiapó respectiva. Además, cúmplase lo resuelto en ella dentro de quinto día, en caso contrario pasen los antecedentes a la unidad de cumplimiento ejecutivo del Tribunal.

Regístrese y comuníquese.

R.U.C. 08-4-0001305-6

R.I.T. T-1-2008

Dictada por don César Alexanders Torres Mesías, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

SEGUNDO CASO

Valparaíso, veintisiete de febrero de dos mil nueve.

VISTOS, OIDOS Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que doña NORA LIDIA REYES ARRIAGADA, cesante, domiciliada en Población Los Aromos, Pasaje 1, Casa 2, San Roque, Valparaíso, interpone denuncia en Procedimiento de Tutela Laboral en contra de su ex empleadora EMPRESA CAROZZI S.A., representada legalmente por don LEOPOLDO BASCUÑAN MARIN, empresario, ambos domiciliados en Camino Internacional N° 2825, Viña del Mar, a fin de que se declare que en el marco de la relación laboral que los vinculó, fue vulnerada en sus derechos fundamentales consagrados en los numerales 1 y 4 de la Constitución Política de la República, y se condene a la demandada a pagarle las prestaciones, beneficios e indemnizaciones que se señalan, en base a las consideraciones que expone. Fundamentándose expresa que con fecha 01 de agosto de 2001 ingresó a prestar servicios para la demandada mediante contrato de trabajo suscrito entre las partes, para desempeñarse como ayudante general de producción, en cualquiera de las dependencias de la demandada, función que desempeñó en forma permanente hasta que fue despedida. Su jornada de trabajo comprendía 48 horas semanales, las que se distribuían de lunes a sábado en turnos intercalados diurnos y nocturnos, con una remuneración mensual, para los efectos del artículo 172 del Código del Trabajo, que ascendía a la suma aproximada de \$350.000 mensuales, la que comprendía sueldo base, gratificaciones y asignación de movilización. Agrega que el 08 de octubre de 2008 fue despedida en forma injustificada, agregando que el día anterior, esto es, 07 de octubre de 2008, le correspondía realizar turno nocturno en la empresa demandada, el que se iniciaba a las 23.00 y concluía a las 07.00 horas. Dice que la empresa demandada desde hacía tiempo había implementado como política interna la denigrante medida de someter a sus empleados al escrutinio personal de su cuerpo y pertenencias a la salida del trabajo, como una forma de evitar posibles hurtos de material de la empresa, revisión que realizaba personal de seguridad masculino. Acota que tras concluir su jornada de trabajo el 08 de octubre de 2008 pasó por el área de seguridad de la empresa a fin de someterse a la revisión, y para su sorpresa, el personal de seguridad encontró entre sus pertenencias un cuchillo cartonero de propiedad de la empresa que se le había proporcionado para realizar su labor diaria como ayudante general de producción u operaria. Afirma que ante este hallazgo, el personal de seguridad no contento con revisar sus pertenencias hasta la saciedad, dispuso su aprehensión temporal mientras daba cuenta a Carabineros de esta situación, el que se constituyó en dependencias de la empresa y procedió a detenerla llevándola a la comisaría de Gómez Carreño, donde se la mantuvo detenida por 4 horas, tras lo cual fue liberada. Añade que la experiencia vivida fue traumática y sobre todo absurda, ya que el incidente se debió a un lamentable error y en ningún caso a una posible figura de hurto frustrado. Argumenta que las razones por las cuales asegura esto, es porque la medida de revisión de las pertenencias y cuerpo del personal al finalizar la jornada estaba implementada en la empresa

desde hace bastante tiempo, por lo que era conocida; porque habría resultado manifiestamente absurdo exponerse a la pérdida de su fuente laboral por un cuchillo cartonero cuyo precio en el comercio formal no supera los cinco mil pesos; y porque a mayor abundamiento, la remuneración que percibía le habría permitido adquirir no sólo uno, sino varios cuchillos cartoneros, si los hubiera necesitado. Por lo anterior expone que la razón y el buen criterio indican que aquel adminículo fue puesto por otra persona en sus pertenencias o bien lo dejó allí sin percatarse, y considera que esta última alternativa resulta atendible si se considera que la jornada que estaba cumpliendo al verificarse el incidente era nocturna, lo que se traducía que a la hora de concluir su jornada de trabajo, se encontraba muy cansada, destacando sus 53 años de edad.

Señala que el día 09 de octubre de 2008 después de haber sido liberada de su detención se dirigió a la empresa demandada a fin de aclarar esta situación con el jefe de personal, don Carlos Vera, persona que verbalmente y sin aceptar explicación alguna procedió a despedirla. A consecuencia del despido, con fecha 20 de octubre de 2008 interpuso Reclamo N° 515/2008/7158 en la Inspección del Trabajo de Valparaíso, quedando citada a comparendo de conciliación para el día 03 de noviembre, y que en dicho comparendo, al que compareció la demandada debidamente representada, declaró lo siguiente: a) que efectivamente la actora trabajó para ella desde el 01 de agosto de 2001 al 09 de octubre de 2008; b) que la causal invocada por la demandada para despedirla fue la contemplada en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, y 3) que la causal de despido se fundó en el hecho de haberse encontrado entre sus dependencias personales un cuchillo cartonero marca “Maxisafe”, incumpliendo con ello normas del reglamento interno.

Afirma que el artículo 485 del Código del Trabajo establece que el procedimiento de Tutela Laboral se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral, por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República, en el artículo 19, y que entre las garantías constitucionales que tutela el legislador en éste, se encuentran las contempladas en los numerales 1 inciso 1° y 4°. El primero asegura a todas las personas “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”, y en el numeral 4° “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Acota que el artículo 485 del Código del Trabajo señala en su inciso 3° que “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados, cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el ejercicio de aquellas sin justificación suficientes, en forma arbitraria y desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”. Los antecedentes expuestos, dice, dan cuenta de un ejercicio abiertamente desproporcionado o abusivo de las facultades que la ley confiere al empleador, especialmente en lo que dice relación con las atribuciones de orden disciplinario y correccional, propias del vínculo de dependencia y subordinación, y que el excesivo y desproporcionado celo con el que obró la empresa ante el hallazgo de un simple cuchillo cartonero entre sus pertenencias, se condice con el tratamiento que eventualmente se podría dar a un delincuente habitual, mas no con el

que le corresponde recibir a quien sirvió a la demandada en forma continua, leal y honrada, por más de siete años. Sostiene también que la medida de apremio adoptada por la demandada, además de excesiva y desproporcionada, ha vulnerado garantías fundamentales cuya salvaguarda expresamente tutela el legislador laboral, como son su integridad física y su honra, ya que tras el hallazgo del cuchillo cartonero fue públicamente sindicada como ladrona, y que tras ello, a vista y paciencia de sus compañeros de trabajo, fue conducida y retenida en una sección de la fábrica, mientras personal de seguridad se contactaba con Carabineros, y que en ningún momento se le dio la posibilidad de dar explicaciones, aún cuando rogó ser escuchada, y que mucho menos se le dio la posibilidad de efectuar algún tipo de llamada telefónica. Dice que a raíz de la violación a las garantías constitucionales y el posterior despido indebido, injustificado e improcedente de que fue objeto, la demandada deberá pagarle las siguientes indemnizaciones, prestaciones y beneficios: 1) indemnización por años de servicios ascendente a la suma de \$ 2.450.000; 2) indemnización sustitutiva de aviso previo equivalente a la suma de \$ 350.000; 3) aumento del 80% de acuerdo a lo establecido en el artículo 168 inciso 1º, letra c) del Código del Trabajo, ascendente a \$ 1.960.000 y 4) indemnización no inferior ni superior a once meses de la última remuneración mensual, sumas todas con los intereses y reajustes establecidos por los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

Que en subsidio, deduce demanda en juicio ordinario del trabajo en contra de su ex empleadora Empresas Carozzi S.A. y solicita se declare que su despido fue injustificado, indebido e improcedente por las mismas consideraciones expuestas en lo principal, ya que el citado despido no reviste los caracteres de gravedad y magnitud suficientes como para justificarlo, y porque además se ha infringido la obligación de aviso previo contemplada en el artículo 162 inciso 1º del Código del Trabajo. En consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de las siguientes indemnizaciones, prestaciones y beneficios: 1) indemnización por años de servicios por \$ 2.450.000; 2) indemnización sustitutiva de aviso previo por \$ 350.000; 3) aumento del 80% de acuerdo al artículo 168 inciso 1º, letra c) del Código del Trabajo por \$ 1.960.000 y 4) feriados indemnizatorio y compensatorio por los dos últimos años trabajados, sumas que deberán determinarse en la etapa de cumplimiento de la sentencia, más reajustes e intereses legales y costas.

SEGUNDO: Que don SERGIO ARZE ROMANI, abogado, mandatario judicial de EMPRESAS CAROZZI S.A., ambos domiciliados en Cochrane N° 803, oficina 502, Valparaíso, contesta la demanda solicitando su rechazo en todas sus partes, con expresa condenación en costas, y expone que es efectivo que doña Nora Lidia Reyes Arriagada prestó servicios para su representada entre el 01 de agosto de 2001 hasta el 09 de octubre de 2008, en calidad de operadora de máquina y que su remuneración mensual, para los efectos del artículo 172 del Código del Trabajo, ascendía a la suma de \$ 350.000, pero no es efectivo que su representada haya vulnerado los derechos fundamentales de la actora, como tampoco, que el despido haya sido injustificado, sino que éste se ajustó plenamente a derecho. Afirma, respecto a los derechos fundamentales de la demandante, que el procedimiento que la empresa dispone para la revisión del personal a la salida de los turnos se ajusta plenamente a la ley y a los criterios que la Dirección del Trabajo ha establecido en los distintos dictámenes al

respecto, y que por lo tanto dicho procedimiento no tenía el carácter de denigrante, como así tampoco comprendía un “escrutinio personal”, como lo señala la actora. Dice que dicho sistema está implementado con una luz errática consistente en un mecanismo que enciende una luz roja o una verde cuando el trabajador pulsa un botón, y que la luz roja obliga al trabajador a pasar por una cabina cerrada tanto para hombres como para mujeres para que muestren el contenido de sus bolsillos, de eventuales bolsas transparentes que se usan para transportar los artículos de uso personal, como toallas o ropa interior. Por tanto, dice, el sistema de revisión es aleatorio y no dirigido a personas en especial, y el trabajador que entre o salga sin portar ningún bolso no tiene obligación de pulsar el botón de luz errática. En cuanto a la persona del trabajador, ésta es sometida a una revisión corporal solamente con un detector de metales, pero evitando el roce del instrumento con el cuerpo. Expresa que en la empresa existen guardias femeninos y masculinos atendiendo las cabinas, de manera que no es efectivo que guardias masculinos revisen corporalmente a personal femenino de la empresa, y que de hecho, fue precisamente una guardia femenina quien encontró el cuchillo cartonero a la trabajadora. Asimismo, dice, es falso lo que afirma la actora en cuanto a que “desde hacía un tiempo, había implementado como política interna, la denigrante medida de someter a sus empleados al escrutinio personal de su cuerpo y pertenencias a la salida del trabajo”, toda vez que siempre ha existido una política de revisión aleatoria, la que es acorde con la ley y los reglamentos, y que de esta manera, no se observa que su representada haya podido vulnerar la integridad psíquica o la honra de la trabajadora. Que para su representada lo único cierto es que la actora fue sorprendida tratando de sacar en forma subrepticia un bien de propiedad de la empresa, respecto de lo cual no pudo dar una versión satisfactoria, como tampoco lo hace en su demanda, agregando que, por otra parte, jamás su representada sindicó a la actora públicamente como una “ladrona”, y que esto es ciertamente una conjetura personal que realiza la trabajadora para dar un mayor dramatismo a una situación bastante acotada y clara. Además aclara que la actora no menciona ningún hecho ilícito de parte de algún representante de la empresa en virtud del cual su honra o integridad psíquica hayan podido ser afectadas. Por último destaca que el procedimiento de revisión utilizado por la empresa ha sido en varias ocasiones fiscalizado por la Inspección del Trabajo, sin jamás haber sido objeto de observaciones.

En cuanto al despido de la trabajadora, expresa, éste se fundamenta en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo. Añade que conforme la carta de aviso de despido, los hechos que fundamentan el despido consisten, que según el informe del supervisor de vigilancia don Cristián Molina Pincheira, en revisión de salida el día 08 de octubre de 2008, a las 07.25 horas, la actora fue sorprendida sacando dentro de su cosmetiquero personal, desde el interior del recinto de la empresa, de manera oculta y sin autorización, un cuchillo cartonero de seguridad marca “Maxisafe”, de propiedad de la empresa, y que las personas presentes en estos hechos fueron don Cristián Molina, supervisor de vigilancia y la guardia femenina que encontró el cuchillo cartonero, doña Susana Pino. Hace también presente, que la actora en septiembre de 2008 había sido amonestada por un hecho similar, cuando trató de

sacar de manera oculta una calculadora de propiedad de la empresa. Acota que la trabajadora no pudo dar ningún tipo de respuesta coherente respecto de esta situación, y así, en un primer momento manifestó que se le había quedado el cuchillo por error entre sus pertenencias, y que también señaló que no sabía cómo había llegado hasta ahí ya que estaba muy cansada, para finalmente insinuar en su demanda, que alguien lo habría colocado entre sus pertenencias, de lo cual se desprende que la decisión de su representada de despedir a la actora se ajustó plenamente a derecho.

TERCERO: Que se llamó a las partes a conciliación y ésta no se produjo.

CUARTO: Que el tribunal fijó como hechos a probar, los siguientes:

- 1.- Si la actora fue objeto de actos atentatorios contra su integridad psíquica y honra al encontrársele entre sus pertenencias un cuchillo cartonero de propiedad de la empresa el 08 de octubre de 2008.*
- 2.- Sistema de revisión corporal de los trabajadores implementada por la demandada- hechos y circunstancias - y si éste se encuentra incorporado al Reglamento Interno de la Empresa.*
- 3.- Si la demandante fue sindicada públicamente como ladrona ante sus compañeros de trabajo.*
- 4.- Si la actora incumplió las obligaciones que le imponía su contrato de trabajo, Circunstancias.*

QUINTO: Que con el fin de acreditar sus asertos, la demandante incorporó en audiencia de juicio, los siguientes documentos: 1) acta de audiencia de procedimiento simplificado, de 19 de noviembre de 2008, RIT 10671-08, RUC 0800935371-3; 2) reclamo N° 515/2008/7158 presentado ante la Inspección del Trabajo de Valparaíso, de fecha 20 de octubre de 2008; 3) acta de comparendo de conciliación celebrado con fecha 03 de noviembre de 2008; 4) copia de contrato de trabajo suscrito por las partes con fecha 01 de agosto de 2001; 5) copia de impresión obtenida de pagina web www.duerto.com en la que se exhibe tanto copia como modelo del cuchillo cartonero, similar al encontrado entre las pertenencias de la denunciante y 6) estuche en cuyo interior fue encontrado el cuchillo cartonero y 7) certificado de antecedentes de la demandante.

SEXTO: Que la demandante rinde prueba CONFESIONAL y en esta diligencia, el representante de la demandada don Leopoldo Bascuñán Marín, Rut: 5.256.102-7, señala que es gerente de producción de la planta de Reñaca, correspondiéndole la tuición y dirección de la misma, tanto de la unidad productiva como de la unidad administrativa.

Refiere que en el año 2008, a la salida de la señora Nora Reyes, le fue solicitada por la vigilancia, abriera sus pertenencias para mostrar qué llevaba dentro de ellas, esto se hace fundamentalmente porque enfrentan innumerables casos en que las personas sustraen productos de la compañía. Por ello, como norma general permiten al personal que coman todos los chocolates y todos los caramelos que deseen durante su turno laboral, no hay absolutamente ninguna restricción, pero sí se les ha reiterado en diversas oportunidades, en procesos de instrucción, que se les recomienda y se les solicita que no saquen ningún chocolate del establecimiento, porque eso va en contra de lo que está establecido en el reglamento interno de la compañía. Un mes antes de la fecha de los acontecimientos, la señora Nora iba con una calculadora que era de la compañía. Hace presente que la demandante había recibido capacitación. Relata que en esa oportunidad cuando se le encuentra el

cuchillo cartonero dentro de su cosmetiquero, la guardia le pidió que la abriera, y la señora en un primer momento no escuchó o no quiso escuchar, ya que se fue inmediatamente, ante lo cual se le reiteró la petición, sacando la señora Nora un desodorante con una cajita y cuando la guardia mira advierte que hay un cuchillo cartonero, artículo que a la compañía demoró en ubicar, aproximadamente cuatro años, ya que constituye un elemento de seguridad para que los trabajadores no se accidenten, porque son de un filo retráctil, es decir, cuando se empuja una palanca se puede cortar y cuando se suelta, el cuchillo se esconde; este elemento sin duda alguna era o es de la compañía. De esa forma se procedió, como correspondía, y ante dicha situación, que para la empresa era una reincidencia, respecto de la cual se había escrito, comunicado e insistido personalmente por el encargado de personal don Carlos Rivera, no cabía sino aplicar el procedimiento. Ese fue el motivo, sin considerar el valor del utensilio, sino el hecho en sí.

Explica que el día 8 de octubre estaba en la planta, en su oficina a la hora en que ocurrieron los hechos ya que llega normalmente temprano (7:15, 7:25 o 7:45 horas) cuando terminan los turnos de noche y los buses se están retirando con el personal. En lo relativo a las medidas adoptadas por la empresa dice que ésta tiene procedimiento escrito el que señala cuando debe llevarse a cabo. Reconoce no estuvo presente, pero sí le informaron que se había encontrado a una persona con un cuchillo cartonero de propiedad de la compañía, que lo llevaba en su cosmetiguera y que se había aplicado el procedimiento habitual. Los vigilantes proceden a llamar a Carabineros cuando es una reincidencia de este tipo, y se sigue el conducto regular. Destaca que este procedimiento fue cambiado, ya que antiguamente cuando la persona caía por primera vez se llamaba a Carabineros, añadiendo que quisieron flexibilizarlo para hacer conciencia en las personas que no procede que se lleven objetos de la compañía.

En lo relativo a la destrucción o extravío de un cuchillo cartonero que se le pregunta, manifiesta que ello debe ser comunicado de inmediato a la jefatura y después se hace un seguimiento para establecer dónde pudo haber quedado, ya que siguen una norma de calidad llamada BCHSP, están certificados a nivel continental o mundial, y eso significa que cualquier elemento metálico que se pierda en la planta hay que buscarlo porque puede ir en un chocolate o en un caramelo, y puede ser nocivo para los clientes. Por dicha razón han tenido que abrir producciones completas hasta encontrar los elementos metálicos perdidos.

Afirma que al interior de la empresa se implementa un sistema de capacitación de personas en lo laboral, pero en lo que es ético se demuestra en los hechos, y cuando una persona falta a la ética y esto llega a la compañía eso, no admite su calificación; él avalúa si la persona hace bien su trabajo. Manifiesta que la actora es una operaria normal, que hacía su trabajo correctamente, por eso trabajó durante los años que lleva en la compañía, y cuando le tocó trasladarse de Santiago hacia acá, la empresa la incorporó a la planta de Reñaca, ella rinde un promedio normal de trabajo, pero en la otra parte, reitera, no lo califica.

Reconoce que la empresa no envió carta a la Inspección del Trabajo cuando sorprendieron a la demandante, la primera vez, con una calculadora, dice de propiedad de la empresa, por una

situación de corazón, porque quieren que las personas entiendan a través de una palabra y no someterlas a acusaciones para que mejoren su conducta, por eso llevaron al departamento de personal a don Carlos Vera, quien conversa con las personas, les dice que esto no corresponde, que no lo hagan.

SEPTIMO: Que la demandante se vale de la prueba TESTIMONIAL y presenta los atestados de doña Mirna Alarcón Reyes y doña Jocelyn Vega Quiroz, hija y nuera de la actora, respectivamente, quienes declaran que el 8 de octubre de 2008, le encontraron a la actora un cuchillo cartonero que ocupaba en su trabajo dentro de un estuche transparente donde ponía sus lentes y carné, lo que sucedió por error, por el apuro que tenía para tomar el bus, ya que había cumplido turno de las 23:00 a las 07:00 horas (agrega la testigo Vega que además debía entregar la máquina al operador que la sucedía y éste no llegaba). Y cuando la guardia le encontró el cuchillo, la llevaron a una sala interior de la misma empresa, llamaron a Carabineros, quienes tardaron como una hora, y posteriormente se la llevaron a la Comisaría de Gómez Carreño donde estuvo como cuatro horas detenida, ella estaba preocupada, asustada, ya que nunca se había encontrado en una situación como ésa.

Ambas dicen que se enteraron de lo declarado por los dichos de la actora y que ésta quedó muy mal después de los hechos, porque ha trabajado toda su vida, siempre ha sido una persona responsable, jamás la han acusado de algo que le genere problemas con la justicia o de algún robo o hurto. Ahora no quiere comer, llora con facilidad, está nerviosa e irritable.

OCTAVO: Que, por su parte, la demandada rinde prueba INSTRUMENTAL y presenta carta aviso de término de contrato de trabajo remitida a la actora con fecha 09 de octubre de 2008; formulario de envío de correo certificado dirigido a la actora con igual fecha y Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la Empresa Carozzi.

También esta parte requiere oficios al Ministerio Público y al Juzgado de Garantía de la ciudad de Viña del Mar, a fin de que se remita carpeta investigativa de causa RUC 0800935371-3, el primero, e informe del estado actual del proceso RIT 1067-08, por hurto-falta (en custodia) los que se cumplieron y fueron puestos en conocimiento de las partes, en audiencia especial.

NOVENO: La demandada requiere la CONFESION de su contraparte y en ésta la actora reconoce que conocía el sistema de revisión personal que utiliza la empresa a los trabajadores, indicando que revisan a las personas, lo que llevan, los bolsillos, les hacen dar vuelta la ropa, todo ello con el detector de metales. Lo anterior opera cuando se lleva cualquier cosa en la mano, en caso contrario, los trabajadores pulsan un botón y salen por otro lado, es decir, sin revisión.

Explica que antes del 8 de octubre de 2008 siempre fue sometida a revisión por parte de la empresa a la salida de su turno, al igual que todos los trabajadores, asegurando que no denunció a la empresa ante la Inspección del Trabajo, no pudiendo hacerlo porque todos los dependientes son revisados, explicando que eso se realiza en las casetas (hay como cinco) y en ellas están presentes sólo la guardia y la persona que es revisada, señalando que a ella le tocó con una mujer, se trata de

revisión personal, no puede haber otra persona.

Reconoce también que el cuchillo cartonero que fue encontrado entre sus pertenencias era de la empresa.

Interrogada sobre la hora que se le efectuó la revisión, dice que ese día el otro operador que debía asumir no llegó, porque él debe estar como cinco minutos antes para que ella pueda entregarle el turno y simplemente no arribó, y por eso marcó a las siete 7:08 horas la tarjeta, indicando que como se encontraba manchada con chocolate y no podía salir así, tomó el estuche, su tarjeta, salió de prisa para bañarse, ya que los buses que la dejan en la puerta de su casa, salían a 7:25 horas; entonces agarró el bolso, echando sus cosas sin fijarse.

Señala que cuando le encontraron el cuchillo cartonero se sintió tan impresionada que casi se desmaya, y que mientras llegaba Carabineros, estuvo en la sala de espera y cuando ellos se presentaron, más o menos una hora después, como a las nueve, ella no atinaba a nada. Interrogada sobre si la demandada publicitó su situación ante los demás trabajadores, contesta que nada sabe al respecto. Sostiene que es la primera vez que le encuentran entre sus pertenencias algo de la empresa, agregando que se va a referir a la calculadora a que alude la empleadora y dice que esa calculadora era suya, porque las de la empresa son de otro tipo.

Su mandatario le solicita aclaración y la absolvente contesta que al momento de ser revisada había otros trabajadores que se estaban retirando a esa hora. Más adelante agrega, llegó el guardia de seguridad para decirle que tenía que irse a la sala de espera y cuando llegó Carabineros, la llevaron a otra sala interior y ahí ninguna persona más, porque se cierra la puerta y nadie más ve nada.

El tribunal pregunta al absolvente si recibió algún maltrato al momento de ser revisada y dejada en la sala de espera, ya sea golpes, malas palabras u otros, a lo que responde negativamente.

DECIMO: Que la demandada se vale de la prueba TESTIMONIAL y presenta los atestados de:

a) María Susana Pino Almonacid, RUT 9.208.971-1, guardia de seguridad que trabaja para AELIN Seguridad en la Planta de Reñaca y presta servicios en Carozzi, realizando entre otras cosas revisión, porque es guardia recepcionista.

Sostiene conoce a doña Nora Reyes Arriaga porque en más de una ocasión la había correspondido revisarla, lo que también hizo el día ocho de octubre a la salida de su turno, ya que pasó por su caseta. El procedimiento es el saludo, después se cierra la puerta de la caseta, estando solamente ella y la testigo; ella llevaba una bolsa con ropa de trabajo y un cosmetiquero, le pidió que le mostrara la bolsa, sacó todas las cosas, las extendió porque ese es el procedimiento y después procedió a guardarlas. Entonces le pidió que le mostrara el cosmetiquero, y la señora igual tomó todas sus cosas y se dirigió a la puerta; entonces le reiteró la petición, se devolvió y dejó el cosmético sobre la mesa, pidiéndole que lo abriera y sacara las cosas a lo que ella accedió a medias, entonces le dijo que por favor sacara todas las especies, exhibió un desodorante o algo personal, luego le pidió que las moviera y pudo ver que llevaba un implemento que era de la empresa, un cuchillo

cartonero. Le preguntó qué hacía allí, respondiéndole que se le fue, disculpe y se puso a llorar, entonces la dejó en la caseta y la testigo salió a buscar a su jefe, Christian Molina Pincheira, al área de revisión donde hay un sistema aleatorio, informándole que en la caseta 3 había una señora que portaba un cartonero de la empresa y nadie más se enteró de la situación.

El procedimiento lo tomo él, tiene entendido que la llevó a una sala de recepción, es el procedimiento habitual que se lleva en la empresa. Más adelante explica que los trabajadores a la salida de la empresa, no deben portar carteras ni paquetes, sólo la ropa de trabajo y útiles personales, siendo éstos los que se les revisa, porque todos los demás elementos están en sus casilleros. Señala que ella revisa hombres y mujeres, pero eso lo deciden los mismos trabajadores, porque afuera hay unos carteles que dicen femenino y otro masculino, es decir la persona que va a pasar por caseta determina quién lo revisa. Precisa la testigo que ella se ubica en la entrada de la caseta y comienza a pasar el personal, entonces la persona que quiere pasar por la suya, la saluda, entra y la testigo cierra la puerta; agrega que para la salida del trabajador, existe otra puerta, por el otro lado; en el interior hay una mesita donde la persona pone todas sus pertenencias, pidiéndosele que saque todas las cosas de la bolsa, las que son transparentes para que sea más fácil el control, se tiende la ropa y se revisan los bolsillos;

b) Cristián Andrés Molina Pincheira, 13.633.385-8, supervisor de seguridad, quien trabaja en empresas Carozzi ubicadas en camino Internacional desde el 2001. Manifiesta que la señora Susana Pino, le informa que hay una persona que va saliendo con un artículo de propiedad de la empresa sin autorización, verifica la situación, se trataba de un cartonero, de los mismos que están al interior de la compañía y lo llevaba oculto en un artículo donde guardan útiles de aseo, personales. Le hace las consultas a la persona para saber si estaba autorizada para poder retirarlo, le señala que no y en base a eso la hace esperar en una sala de espera, verifica con la planta si habían autorizado ese retiro, y como el resultado fue negativo, se procedió conforme lo estipulado internamente en la empresa cuando hay un hecho ilícito. Se llama a Carabineros, siempre que haya un hecho ilícito comprobado.

Describe el gabinete de inspección como una sala que tiene una puerta de entrada y una puerta de salida, sin ventanas, y una mesa donde se dejan las cosas que lleva la persona consigo y cuando lo llama la guardia él va, verifica, diciéndole a la entrevistada que debe ir a la sala de espera y que le consta que en el caso de la actora nadie más se enteró del hecho.

Las personas salen de la empresa, pasan por un sistema de revisión aleatorio, si les sale verde, sin revisión, y pasan directamente a los casilleros exteriores donde guardan sus artículos personales y a la persona que le sale rojo debe pasar por el gabinete de inspección donde hay personal masculino y femenino a su cargo; cuando ingresan al gabinete muestran o declaran todas las cosas que llevan consigo y el o la guardia que los revisa tiene que verificar que todo lo que llevan sean artículos personales y nada sea de propiedad de la empresa.

En este procedimiento está prohibido el contacto corporal entre el guardia y el trabajador, destacando que en las puertas de los gabinetes de inspección hay un letrero que dice quien está

revisando si es un guardia femenina o masculino, entonces la persona elige con quién pasar.

Hay un organismo de control o selección aleatoria, es un artículo eléctrico que la persona toca y puede salir verde o rojo, entonces la persona no sabe ni tampoco el testigo que le va a tocar; y

c) Carlos Vera Miranda, RUT N° 7.171.843-3, contador auditor, jefe departamento de personal, empresas Carozzi, quien es el jefe de personal de empresas Carozzi, hace 16 años, refiere que la actora fue desvinculada por faltas graves a las obligaciones que impone el contrato de trabajo, que consistieron en faltas, producto de sacar de la planta sin autorización un artículo de propiedad de la empresa, hecho que le fue informado en la mañana del día de los hechos cuando ella iba saliente de noche, lo que se determinó previa consulta con los abogados y la jefatura. La señora Reyes, dice, apareció en su oficina a las 10 de la mañana aproximadamente del día 9 de octubre, preguntándole cuál era su situación actual, entonces le manifestó que le remitiría una carta por correo certificado dándole a conocer la voluntad de la empresa que era poner término a su contrato por los hechos que relató.

UNDECIMO: Que los intervinientes formularon las observaciones a la prueba rendida conforme lo dispone el artículo 454 N° 9 del Código del Trabajo.

DUODECIMO: Que con los antecedentes allegados al proceso por las partes, no aparece acreditado que el día 8 de octubre de 2008 con motivo de habersele encontrado a la actora a la salida de sus labores un cuchillo cartonero de propiedad de la empresa, la empleadora - en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce hubiese vulnerado el derecho a la integridad psíquica y a la honra de la trabajadora demandante, derechos constitucionales consagrados en el artículo 19 N°s. 1 y 4 de la Constitución Política de la República, por lo siguiente:

1.- Es un hecho de la causa que la empleadora tenía implementado sistema de revisión tendiente a evitar atentados contra el derecho de propiedad que le asiste, utilizando para el efecto, dispositivos de detección o revisión personal, el que era conocido por la actora y que describe detalladamente en la confesión prestada ante este tribunal, coincidente con la versión entregada por los testigos de la demandada.

2.- Que las declaraciones de los testigos María Pino y Cristián Molina, presenciales, legalmente examinados y que dan razón de sus dichos, producen convicción en esta sentenciadora de que, detectado el hecho dentro de la caseta, la actora fue trasladada a una sala de espera donde permaneció hasta la llegada de Carabineros coincidente ello con la declaración de la demandante en audiencia, al referir que en ese momento fue trasladada a otra sala al interior de la empresa, agregando: “y de ahí ninguna persona más, porque ahí se cierra la puerta y nadie más ve nada” y aún más, interrogada por el tribunal, dice, no haber recibido maltrato alguno.

3.- Que tampoco se advierte que la trabajadora haya sido públicamente sindicada como ladrona a vista y paciencia de sus compañeros de trabajo, en una suerte de pública medida de escarmiento como lo señala el libelo, siendo estas afirmaciones desvirtuadas por la propia actora, quien en la confesión prestada dice no saber nada al respecto, lo que demuestra fehacientemente que ese hecho no existió.

4.- *Que el sistema de revisión corporal implementado por la empresa conforme los antecedentes allegados a la causa, es aleatorio, seleccionado por mecanismo electrónico, impersonal porque no hay contacto físico entre los guardias y la persona que se revisa e incluso esta última puede elegir el funcionario control, cumpliendo de este modo con las normas y principios imperantes y con los requisitos exigidos por jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo sobre la materia.*

5- *Que dicho sistema se encuentra incorporado en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de las Empresas Carozzi en sus artículos 16 letras “w”, “y”, y 17 kk, señalando la penúltima disposición que “la sociedad estará facultada y obligada para solicitar la presencia de la Policía en el recinto ante la ocurrencia de un hecho ilícito comprobado, con el fin de dar cumplimiento a las leyes vigentes sobre la materia” y cuya aplicación no aparece arbitraria ante la instrucción de causa RIT 10671-2008, RUC 0800935371-3, iniciada el 28 de octubre de 2008, por hurto falta, seguido contra la actora donde el Ministerio Público en audiencia de fecha 19 de noviembre de 2008 comunicó su decisión de aplicar principio de oportunidad en el hecho investigado, según consta de certificado emitido por jefe de Administración de Causas del Juzgado de Garantía de Viña del Mar y carpeta de la causa singularizada.*

DECIMOTERCERO: Que por lo anterior, en el caso sub lite no se dan los supuestos legales que llevaron al legislador a introducir el procedimiento tutelar en sede laboral, y la demanda a este respecto será denegada.

DECIMOCUARTO: Corresponde al tribunal pronunciarse acerca de la demanda subsidiaria de despido injustificado, el que la demandada funda en los hechos conocidos por el tribunal con ocasión de la acción de tutela, aplicándosele por ello, según carta de despido, “la causal establecida en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave a las obligaciones que impone el contrato, cuestión que daña y perjudica gravemente a la empresa, tanto económicamente, como en la confianza depositada en Ud. para cumplir con sus obligaciones contractuales”. No obstante lo resuelto en la demanda principal de tutela laboral, esta sentenciadora - en aplicación del principio pro trabajador y teniendo presente que la actora laboró por más de siete años para el empleador, ejecutando bien su trabajo, lo que hizo que éste le brindara la oportunidad de seguir trabajando para su empresa cuando la actora debió cambiar su residencia a esta Región, según lo declara el representante de la sociedad demandada en audiencia ante este tribunal - estima que el hecho de que se trata, si bien es una falta reprochable, no reviste en este contexto, el carácter de un incumplimiento grave de las obligaciones que le impone el contrato y que amerite la aplicación de la causal de caducidad del mismo invocada. En efecto, fue un solo acto constitutivo de falta, en toda la relación laboral, atendido que la situación de la calculadora que la demandada alude como agravante en su carta de despido, no ha resultado suficientemente acreditada, especialmente si se considera que allí se señala que fue amonestada, por escrito, recientemente por una situación similar, en circunstancias que el Reglamento Interno de la empresa dispone que se dejará constancia de la amonestación escrita en la hoja del vida del trabajador en su artículo 21 inciso sexto,

documentos éstos que no fueron ofrecidos ni aportados por la demandada y que no pudieron dejar de estar a su disposición.

Por estas consideraciones, el despido se declara injustificado y se hará lugar a las indemnizaciones por dicho concepto impetradas y para tal efecto se considerará como última remuneración mensual percibida por la trabajadora, la suma de \$ 350.000 porque hubo acuerdo a ese respecto.

DECIMOCUARTO: Que, finalmente, se ordenará el pago de los feriados legales y proporcional demandados porque se ha estimado como tácitamente admitido por la demandada que ésta los adeuda, conforme lo dispone en artículo 454 N° 1 inciso 7° del Código del Trabajo.

Y visto lo dispuesto por los artículos 19 N°s 1 y 4 de la Constitución Política de la República, 2, 7, 63, 153, 160, 162, 168, 172, 173, 446 a 459, 485 a 495 del Código del Trabajo, reglas de la sana crítica, principios pro trabajador y Ordinarios de la Dirección del Trabajo N°s. 3.347-132 de 13.06.96; 8.605-323, de 11.12.95 y 6.305 de 10.11.97, del Inspector Comunal del Trabajo Santiago Norte, se declara:

I.- Que no ha lugar a la denuncia en procedimiento de tutela laboral;

II.- Que se acoge la demanda subsidiaria por despido injustificado y la demandada deberá pagar a la actora \$ 350.000 por indemnización sustitutiva de aviso previo; \$ 3.920.000 por indemnización por años de servicio, ya aumentada en un 80% y \$ 536.900 por feriados legales y proporcional demandados..

III.- Las sumas ordenadas pagar deberán serlo con los intereses y reajustes señalados en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

IV.- Que cada parte pagará sus costas.

V.- Ejecutoriada que sea esta sentencia, cúmplase con lo dispuesto en ella dentro de quinto día. En caso contrario, certifíquese dicha circunstancia y pasen los antecedentes al Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

RIT: T-5-2008

RUC: 08-4-0005395-3

Pronunciada por doña Edith Simpson Orellana, Juez Titular, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, veintisiete de febrero de dos mil nueve.

TERCER CASO

Valparaíso veintisiete de febrero de dos mil nueve.

VISTO, OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO.

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso comparece JORGE CABELLO VERGARA, empleado, domiciliado en calle Independencia N° 1334 Villa Alemana, quien interpone denuncia en juicio de tutela laboral en contra de su ex empleadora SODIMAC S.A., sociedad del giro comercial, representada legalmente por MARÍA ANGÉLICA FOLLERT FOLCH, se ignora profesión u oficio, ambos domiciliados a en calle Limache N° 3119, Viña del Mar.

El denunciante señala que se le ha despedido vulnerando derechos fundamentales puesto que su empleador, para invocar la causal, esto es, la de incumplimiento grave de las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo, ha accedido a un video no mediante un "medio masivo como el aludido portal de Internet Youtube, sino que directamente de un artefacto de almacenamiento electrónico de datos de su propiedad - conocido como pendrive" que olvidó en el trabajo y que jamás público, ni tampoco en el mismo destruyó mercadería de la empresa. Añade que respecto a eventuales riesgos a su persona resultan improcedentes toda vez que se trataba de una teatralización y en modo alguno siendo un acto estrictamente privado podría haberse lesionado la imagen comercial de la demandada.

Afirma que la demandada, al acceder sin su consentimiento a su información electrónica, ha vulnerado el N° 5 del artículo 19 de la Constitución Política que asegura a todas las personas "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada".

Añade además que para legitimar este acto, con posterioridad, se le obligó bajo amenazas a firmar una declaración cuyo contenido y alcances no se le permitió conocer.

Por lo anterior solicita el pago de la indemnización adicional establecida en el inciso 4° del artículo 489 del Código del Trabajo, en el monto de 11 meses de la última remuneración o aquélla inferior que se estime procedente.

En subsidio, al tenor del 7° inciso del artículo 7° del Código del Trabajo, deduce demanda en juicio de ordinario laboral por despido injustificado por los siguientes fundamentos:

- 1.- Que ingresó a prestar servicios con fecha 27 de marzo de 2006, en calidad de Operativo de Venta.*
- 2.- Que su remuneración mensual era variable, cuyo monto bruto promedio ascendía a la suma de \$ 247.614.-*
- 3.- Que su contrato era de plazo indefinido.*
- 4.- Que el día 29 de agosto de 2008, fue despedido invocándose la causal contemplada en el N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, esto es, "grave incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato".*

5.- *Que dicha separación no ha tenido la virtud de poner término al contrato de trabajo, atendidos los requisitos que establece el artículo 162 del Código del Trabajo, toda vez que no se han pagado regularmente las cotizaciones previsionales de cada periodo. Es más, la propia demandada reconoce como fecha de ingreso el 27 de marzo de 2006, pero niega para efectos del pago de cotizaciones previsionales.*

6.- *Que existe una deuda de cotizaciones previsionales por el periodo trabajado. Por ello, el despido realizado no ha tenido la virtud de poner término al contrato de trabajo.*

7.- *Que solicita el pago de las cotizaciones previsionales sobre las remuneraciones aludidas, además de las remuneraciones que se devenguen a partir del día 29 de agosto de 2008, más las cotizaciones previsionales respectivas, a fin de lograr convalidar el despido.*

8.- *Que para el caso de estimarse nulo o válido el despido, o de haberse convalidado el mismo o en el evento de su futura convalidación solicita se declare desde luego que se ha invocado injustificadamente la causal legal para proceder a su separación.*

Finalmente solicita que el demandado sea condenado a pagar:

1.- *Remuneraciones habidas entre la fecha de la aparente terminación del contrato y del pago de las cotizaciones previsionales adeudadas y del envío de la correspondiente comunicación, ello conforme a lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo.*

2.- *Cotizaciones previsionales sobre las remuneraciones aludidas.*

3.- *Reajuste e interés máximo convencional sobre las prestaciones respectivas, y*

4.- *Las costas de la causa.*

5.- *De estimarse nulo o válido el despido, o de haberse convalidado el mismo o en el evento de su futura convalidación, solicita declarar el despido injustificado para proceder a su separación, ordenando el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, ascendente a la suma de \$247.614.-; la indemnización por 2 años de servicio ascendente a la suma de \$495.228.- el aumento de un 80%, o aquél que se determine de acuerdo al mérito del proceso*

6.- *Presentaciones del seguro de cesantía establecidas en la Ley 19.728 Especialmente las derivadas de las aplicaciones del fondo de cesantía solidario, que deberán ser del cargo del empleador en la especie, y conforme lo dispuesto en los art. 52 y 13 del texto legal indicado.*

7.- *Reajuste e interés máximo convencional sobre las prestaciones respectivas, y 5.- Las costas de la causa.*

SEGUNDO: Que Juan Carlos Corvalán Reyes, abogado, en representación de Sodímac S.A. contesta la demanda deducida en juicio de tutela laboral en contra de su representada solicitando sea rechazada, por las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1.- *Que el actor reclama que su despido se habría realizado en vulneración a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República, específicamente el artículo 19 N° 5, esto es, "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada".*

Fundamenta lo anterior, en la circunstancia que su representada habría tomado conocimiento de un

video realizado por el actor, en una de sus instalaciones, a través de su "pendrive" que había olvidado en la tienda y no a través del portal Youtube.

2.- Que lo expresado por el actor en su demanda no es efectivo, ya que su representada tomo conocimiento del mencionado video a través del portal público de Internet Youtube. En efecto, constantemente las distintas jefaturas van revisando el mencionado portal, con el objeto de encontrar algún video que pueda perjudicar a la compañía o que se detecten situaciones que puedan poner en peligro a los trabajadores o a los clientes.

3.- Agrega que en una reunión con las tiendas de la Quinta Región, entre ellas aquella donde el actor prestaba servicios, se mostró el video y en ese momento, y no a través del mencionado pendrive, tanto el Gerente de la tienda como el Subgerente de Operaciones tomaron conocimiento del mismo.

4.- Junto a lo anterior y en absoluta contradicción con lo planteado en la demanda, sostiene que el actor, en una declaración realizada con fecha 20 de Agosto de 2008, señala que su compañero Alejandro Estay subió el video a Youtube para así poder mostrárselo. Asimismo, el trabajador Alejandro Estay, quien grabó el mencionado video, señala en su declaración de fecha 20 de Agosto de 2008 que subió el video a Youtube, haciendo presente que la pagina Youtube es pública y de acceso universal.

5.- A la luz de los antecedentes mencionados señala que no es efectivo lo aseverado por el actor, en cuanto a que se -" habría accedido a su "pendrive" personal para ver el video", violándose de esa forma la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política, ya que, de las declaraciones de los trabajadores involucrados y lo expuesto por esta parte, demuestran que se tomó conocimiento del video a través de un medio público y no privado.

Pero además la demandada contesta la demanda por despido injustificado, solicitando sea rechazada, con costas, en virtud de las siguientes consideraciones de hecho y derecho:

1.- Señala que el actor fue despedido por aplicación del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, ya que, al realizar el video, que posteriormente fue subido a Youtube, tal como lo señalan en su declaración el demandante y el trabajador que filmó el video, dañó la mercadería que está para la venta en el lineal; tenía puesto el uniforme de trabajo; se hizo en horario de funcionamiento de la tienda, y puso en riesgo su integridad física como la de nuestros clientes y agrega que la conducta anterior, junto con ser temeraria y arriesgada, infringió las normas y políticas de la compañía.

2.- En efecto, sostiene el demandado que en el contrato de trabajo del actor, cláusula cuarta, se dispone que "En el desempeño de su cargo el trabajador se obliga especialmente a cumplir en forma estricta el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, y cualquier otra política, norma o procedimiento que establezca la Empresa"

en tal sentido, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la compañía, dispone:

Artículo 34: se considera como FALTA GRAVE: c) Causar intencionalmente o actuando con negligencia, daños a las instalaciones, bienes, productos y equipos de la Empresa.

Artículo 33: se establece como OBLIGACIÓN: n) Velar en todo momento por los intereses de la compañía, evitando pérdidas, mermas, producción deficiente, deterioros.

Artículo 54: se establece, en materia de higiene y seguridad, "que está PROHIBIDO: las bromas y los juegos que entrañen riesgos dentro del trabajo. Junto con todo lo anterior, en la descripción de cargo, la cual se encuentra firmada por el actor, se establece dentro de sus responsabilidades:

a) Cumplir con las normas y procedimientos generales de la empresa y las definidas en el Manual de Higiene y Seguridad.

b) La correcta manipulación de los productos, evitando los daños a personas internas y externas, así como también, a sí mismo y los productos.

Como se podrá apreciar por SS, existen una serie de normas que fueron infringidas por el actor al momento de realizar el video, de las cuales estaba en conocimiento, lo que demuestra la correcta aplicación de la causal. Por otro lado, el actor reconoció que su actuar fue incorrecto.

3.- Añade que el actor, al demandar despido injustificado, confunde dicha acción con la de nulidad, ya que, bajo la acción de despido injustificado, solicita la declaración de nulidad, en circunstancias que ambas acciones son incompatibles. En efecto, si el actor demanda despido injustificado, se parte de la base de que el despido es válido y ha producido todos sus efectos, esto es, poner término a la relación laboral, pero lo que se discute es la correcta o incorrecta aplicación de la causal de despido.

En cambio, si el actor solicita la declaración de nulidad de su despido, significa que éste no ha producido todos sus efectos para su completa validez, por lo que el vínculo laboral aún se mantiene vigente.

El demandado hace presente que las acciones de despido injustificado y nulidad de despido son incompatibles entre sí y absolutamente distintas, por lo que el actor no puede, bajo la acción de despido injustificado, solicitar la declaración de nulidad. Es más, afirma que nuestro ordenamiento jurídico ha regulado expresamente la acción para solicitar la declaración de nulidad de un despido, acción que no ha sido interpuesta por el demandante.

4.- Relacionado con lo anterior, hace presente también que en la especie las cotizaciones previsionales del actor se encuentran íntegramente pagadas. En efecto, si bien el contrato del actor esta fechado el 1º de Abril de 2006, aun cuándo ingreso el 27 de Marzo, por un tema de Operación en el proceso de pago de remuneraciones, los días trabajados en el mes de marzo, así como las impositivos, se pagaron en el proceso del mes de abril.

5.- En cuanto a la supuesta injustificación del despido del actor, sostiene que este último, únicamente se limita a declarar que se invoco de manera injustificada la causal, pero no fundamenta sus dichos, esto es, no señala el por qué sería injustificado su despido. De lo anterior, considera que en este caso se desprende que el actor estaría reconociendo lo incorrecto de su actuar, y que la supuesta injustificación estaría dada por la forma en que mi representada tomo conocimiento del video, que como ya se indicó, fue por medios lícitos e idóneos.

6.- En cuanto a las remuneraciones, cotizaciones y reajustes solicitados por aplicación del artículo 162 incisos quinto y siguientes del Código del Trabajo, señala que no corresponde su pago ya que, las cotizaciones previsionales del actor están íntegramente pagadas.

7.- Respecto de las indemnizaciones solicitadas por el actor, más sus respectivos reajustes, no corresponden por la correcta aplicación de la causal.

TERCERO: Que con fecha 28 de enero de 2009 tuvo lugar la audiencia preparatoria con la asistencia de la parte demandante, JORGE CABELLO VERGARA, asistido por su apoderado GUSTAVO BURGOS VELASQUEZ y de la parte demandada, SODIMAC S.A., asistida por su apoderado MARIA DE LA PAZ RIVERO.

Por su parte, con fecha 16 de febrero de 2009, tuvo lugar la audiencia de juicio oral.

CUARTO: Que llamadas las partes a conciliación respecto de las bases propuestas por el Tribunal, ésta no se produce.

QUINTO: Que los hechos a probar son los siguientes: 1) Efectividad que la parte demandada accedió a una comunicación privada del actor y específicamente a un pendrive de su propiedad, vulnerando con dicha conducta la garantía constitucional contemplada en el N° 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Antecedentes de hecho que lo acredite. 2) Efectividad que el despido es nulo. Antecedentes de hecho que lo acredite. 3) Efectividad que el despido es justificado. Causal invocada, esto es, la contemplada en el N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo (Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo) y hechos en que se funda la causal. 4) Efectividad que al actor se le adeudan las prestaciones derivadas de la aplicación del fondo de cesantía solidario conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 52 de la Ley 19.728 y si se le pagó el mismo. Hecho que lo acredite.

SEXTO: Que en la audiencia preparatoria, la denunciante ofreció los siguientes medios de prueba, todos los cuales fueron rendidos en la audiencia de juicio:

1.- PRUEBA DOCUMENTAL DEMANADANTE: Consistente en:

a.- Nota de despido, en copia, de fecha 29 de agosto de 2008.

b.- Contrato de Trabajo celebrado por las partes.

2.-PRUEBA CONFESIONAL: Comparece OSCAR MANCILLA VARGAS, respecto del cual la denunciada no presenta ningún documento en el cual conste que se le haya designado como mandataria con facultad para absolver posiciones en lugar y a nombre de ella, por lo que no se admite su comparecencia conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del N° 3 del artículo 454 del Código del Trabajo pero por lo señalado precedentemente y siendo una facultad del Tribunal no se presumen como efectivos los hechos objeto de la prueba, conforme a lo dispuesto en el N° 3 del artículo 454 del Código del Trabajo.

SÉPTIMO: Que la denunciada, en la audiencia preparatoria, ofreció los siguientes medios de prueba, todos los cuales fueron rendidos en la audiencia de juicio.

1.-PRUEBA DOCUMENTAL: Consistente en:

a) Carta de despido de fecha 29 de agosto de 2008.

- b) Declaración voluntaria del Trabajador de fecha 20 de agosto de 2008.*
- c) Declaración voluntaria del trabajador Alejandro Estay Yamet, de fecha 20 de agosto de 2008.*
- d) Liquidaciones de las 3 últimas remuneraciones del demandante.*
- e) Certificados de pagos de cotizaciones previsionales y de cesantía desde el mes de abril hasta la fecha de término de la relación laboral.*
- f) Reglamento Interno de la empresa SODIMAC.*
- g) Comprobante de uso de feriado legal.*

2.-PRUEBA CONFESIONAL Comparece el denunciante, JORGE CABELLO VERGARA, ya individualizado, quien previo juramento, declara al tenor de las preguntas que se le formulan en audiencia.

Señala el absolvente que el video apareció en internet y lo vio el Gerente Zonal el cual dio aviso al Gerente de la tienda.

Reconoce el demandante que el conocimiento del video fue a través de un portal de internet llamado "Youtube" y que se accedió a éste a través de un portal público.

Se le exhibe al actor una declaración voluntaria, ofrecida y rendida como prueba instrumental, respecto de la cual reconoce estampada en ella su firma, su fecha, 20 de agosto de 2008 y su contenido y específicamente reconoce que en dicho instrumento manifestó que estaba con Alejandro Estay en horario de colación, y que dicha circunstancia su compañero lo habría grabado con su teléfono celular, haciendo una especie de humor, en un pasillo de la tienda, un día sábado y su compañero, para mostrarle el video, lo subió a Youtube haciendo presente que ambos estaban conscientes de que ello fue un error por lo que pidieron disculpas sinceras.

Agrega el absolvente que estos hechos son efectivos pero niega que él haya grabado el video y que lo haya subido a Internet, manifestando que no sabía que lo habían subido.

Sostiene además en su declaración que conoce el Reglamento Interno de la empresa y que existe la obligación de cuidar los materiales de la empresa, afirma que el mencionado video aparece lanzándose sobre una espuma, sostenida con 2 pilares a los costados de fierro y que al efectuar esta conducta no existió riesgo de golpearse puesto que el espacio era grande.

Se le exhiben al demandante, el Reglamento Interno de la empresa y la carta de aviso de despido, documentos ofrecidos y rendidos como prueba instrumental, respecto de los cuales reconoce su firma y la recepción de los mismos.

Finalmente declara que trabajó para su contraparte 2 años y 6 meses y reconoce que desde el inicio hasta el término de la relación laboral, se le pagaron íntegramente sus cotizaciones previsionales y de salud y se le exhibe certificado de pago de cotizaciones previsionales, rendido como prueba documental y reconoce que sí están pagadas.

3- PRUEBA TESTIMONIAL: Se ofreció la declaración de OSCAR MANCILLA VARGAS, Gerente de tienda, domiciliado en calle Easman N° 22 Limache, quien previo juramento, declara al tenor de las preguntas que se le formulan en audiencia.

Señala el testigo que conoce al actor puesto que lo contrató el año 2006 para trabajar en la tienda que dirige.

Sostiene que en el hotel “Gala” en el mes de agosto del año pasado, citaron a una reunión a todas las Gerencias y otras Directivas de Santiago y el Gerente Regional presentó un video, pues se conectó a Youtube, y en ese momento se enteró que había un video de unos trabajadores de la tienda, siendo dicho portal de carácter público.

Respecto de las imágenes que mostraba el video, declara que en éste aparece el demandante tomando carrera, lanzándose contra un material que estaba en un punto de venta en uno de los pasillos del patio, material que corresponde a un aislante, encontrándose el espacio completamente ocupado y allí existe una especie de espacio central donde ésta se introduce completamente y desaparece, siendo el título del video “El Succionado”.

Afirma que el actor desaparece de la cámara y después vuelve a salir.

Añade que el aislante es blando y muy deteriorable puesto que es una espuma y entiende que esto se hizo como gracia o como un chiste.

Hace presente que detrás de la esponja, en el sector del patio, había madera, específicamente una barrera completa de madera de 5 metros de altura y si el trabajador hubiese llegado hasta ella se podría haber golpeado la cabeza, sufriendo alguna contusión cervical, pero además manifiesta que existe en dicho lugar pilares laterales que efectivamente no iba a tocar pues se encontraban a 1 metro y medio de distancia de ambos trabajadores.

Declara que no es política de la empresa revisar los lockers y que el despido fue justificado porque el trabajador, con su conducta puso en riesgo su integridad física, por haber dañado mercadería de la empresa, ya que el aislante fue manchado y se le rompió un nylon que tenía en el centro y por haber subido el video al portal Youtube pero aclara que el trabajador de apellido Estay fue el que lo subió a dicho portal.

OCTAVO: Que concedida la palabra a los apoderados de las partes para efectuar sus respectivos alegatos de clausura y observaciones a la prueba, la abogado de la parte demandante señala, respecto a la demanda de tutela, que si este video existiera y se encontrara en “Youtube”, sería tan fácil como disponer de un computador y exhibirlo en la audiencia o bien haber dispuesto de una copia, como se hizo en la reunión de los Gerentes.

Sostiene que en el juicio se debe acreditar que el despido es justificado, cuestión que la demandada no ha realizado, por no haber exhibido el video, el cual muestra al trabajador realizando las acciones que derivaron en el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato y que a la vez derivaron en su despido.

Afirma que sólo existe la declaración de un testigo y la absolución del propio demandante, el cual señala que no se encontraba realizando una actividad riesgosa, que no dañó el material y de acuerdo a lo que señala el testigo de la demandada, el que habría grabado el video fue el Sr. Estay, quien a su vez habría subido dicho video, por lo que el actor no habría realizado ninguna de las acciones.

Por otra parte, en cuanto al daño del material, señala que en la audiencia no se ha exhibido ningún comprobante, foto para acreditar el supuesto daño, además el trabajador no sufrió daño alguno, por lo que estima que el despido fue injustificado por no haberse acreditado por la contraria la existencia del supuesto video, no obstante que se ha sostenido en reiteradas oportunidades que es de acceso público por lo que se podría haber exhibido.

Por su parte, la apoderado de la demandada señala que la demandante debió probar que la demandada accedió a una comunicación privada, lo que no se acreditó, por el contrario, se probó que se accedió a un portal de carácter público y que de alguna manera, en ningún caso se hizo revisión de pendrive o artículos personales del denunciante.

Del mismo modo, sostiene que se acreditó en base a 2 pruebas, esto es la propia absolución del Sr. Cabello, quien señaló y reconoció la conducta en el acta que se le exhibió, denominada “Declaración voluntaria del Trabajador”, en la cual se establecieron las conductas que dieron lugar al futuro despido, por lo que no se acreditó la infracción de la garantía constitucional del artículo 19 N° 5.

Agrega además que se acreditó en forma contundente que el despido fue justificado y que de la propia declaración del testigo se estableció el carácter grave y de qué manera circunstanciada se fueron cometiendo las conductas por parte del trabajador, pero también que dicha conducta se encuentra contemplada en el contrato de trabajo como asimismo en su regulación en el Reglamento Interno el cual fue acompañado en autos y reconocidos por el trabajador y además se incluyó en el contenido de la carta de despido y la actora tampoco probó de que manera se produjo la infracción y por último en cuanto a la solicitud de declarar nulo el despido, se encuentra acreditado con el certificado de cotizaciones previsionales el cumplimiento de todas las obligaciones previsionales y de salud.

NOVENO: Que tanto la doctrina como la jurisprudencia de los Tribunales del Trabajo están contestes que la acción de nulidad de despido y la acción por despido injustificado son acciones que son compatibles, por lo que la afirmación de la demandada en cuanto a que éstas serían incompatibles debe ser desestimada.

DÉCIMO: Que con el mérito de las declaraciones voluntarias de los trabajadores Luis Mancilla y Alejandro Estay de fecha 20 de agosto de 2008 y rendidas como prueba instrumental, de la declaración prestada por el absolvente en la cual reconoce que el video fue subido a un portal público de internet denominado “Youtube” y de la declaración del testigo Oscar Mancilla Vargas quien, en su calidad de Gerente de tienda, estuvo presente cuando en una reunión, el Gerente Regional se conectó a este portal y exhibió el mencionado video, oportunidad en la cual tomó conocimiento de esta situación, este Sentenciador ha llegado a la convicción que efectivamente no se logró probar en este juicio que el denunciado tomó conocimiento de dicha grabación a través de un pendrive de propiedad del trabajador sino por el contrario, se acreditó que se accedió a ella a través de un medio de comunicación que efectivamente es público y de carácter universal, por lo que no habiéndose en la especie vulnerado la garantía constitucional contemplada en el N° 5 del artículo 19

de la Constitución Política de la República, se deberá entonces rechazar la acción de tutela y la indemnización adicional solicitada, tal como se indicará en la parte resolutive de la sentencia.

UNDÉCIMO: Que con el mérito de la carta de aviso de despido, del certificado de pago de cotizaciones previsionales y de cesantía, de la declaración prestada por el absolvente al examinar en audiencia dicho certificado y reconocer el pago de las mismas y de lo informado por A.FP. HABITAT, se ha llegado a la convicción que el demandado, al despedir al actor, cumplió con lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo, puesto que despidió al trabajador el día 29 de agosto de 2008 y efectuó el pago la respectiva cotización el día 10 de septiembre de 2008, razón por la cual la demanda de nulidad también debe ser desestimada.

DÉCIMO SEGUNDO: Que con el mérito del contrato de trabajo suscrito por las partes, de la carta de aviso de despido, del Reglamento de Higiene y de Seguridad de la empresa SODIMAC, de las declaraciones voluntarias de los trabajadores Luis Mancilla y Alejandro Estay, de la declaración prestada por el absolvente y de la declaración prestada por el testigo Oscar Mancilla Vargas, se ha llegado a la convicción que el actor, al lanzarse sobre una espuma aislante, no incumplió gravemente las obligaciones impuestas por su respectivo contrato y por el Reglamento anteriormente mencionado, puesto que con dicha actuación no puso en riesgo su integridad física ni la de otras personas, ni dañó gravemente dicho producto ni tampoco fue él el quien grabo el video y lo subió al portal denominado "Youtube" en internet, por lo que no existiendo en la especie un hecho grave, es decir un hecho de tal magnitud, que justifique plenamente el cese de la relación contractual y teniendo además especialmente presente el carácter ocasional de esta infracción, los años de servicio prestados por el demandante y que no hubo incidencia en la marcha de la empresa, se deberá entonces acoger la demanda en cuanto declarar el despido injustificado y dar lugar a las indemnizaciones reclamadas, tal como se señalará en la parte resolutive de este fallo.

DÉCIMO TERCERO: Que la parte demandante no rindió ningún medio probatorio tendiente a probar que efectivamente tenía derecho a percibir prestaciones derivadas de la aplicación del fondo de cesantía solidario de conformidad a lo dispuesto en los artículos 13 y 52 de la Ley 19.728, razón por la cual también se deberá rechazar la demanda en tal sentido.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 38 incisos 3° y 4°, 446 y siguientes y 503 y siguientes del Código del Trabajo y artículo 23 del DFL N° 2 SE DECLARA:

I.- Que se rechaza la denuncia de tutela laboral y la indemnización adicional del inciso 2° del artículo 489 del Código del Trabajo, por no haberse probado en la especie la vulneración de la garantía constitucional contemplada en el N° 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

II.- Que se rechaza la demanda de nulidad despido.

III.- Que se acoge la demanda deducida por el actor en contra de SODIMAC y se declara su despido injustificado, en consecuencia, se condena al demandando a pagar al actor:

1- *La suma de \$ 247.614 por concepto de indemnización sustitutiva por falta de aviso previo.*

2- *La suma de \$ 495.228 por concepto de indemnización por años de servicio.*

3- *Recargo de un 80 % conforme a lo dispuesto en la letra c del artículo 168 del Código del Trabajo.*

IV-. *Que a las sumas anteriormente indicadas se le deberán aplicar los intereses y reajustes, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.*

V-. *Que se rechaza la demanda en cuanto a las prestaciones derivadas de la aplicación del fondo de cesantía solidario conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 52 de la Ley 19.728.*

VI-. *Que no se condena en costas al demandado por no haber sido totalmente vencido en este juicio.*

Remítase copia de la sentencia a la Dirección del Trabajo para su registro, conforma a lo dispuesto en el inciso final del artículo 495 del Código del Trabajo.

Regístrese, Notifíquese y Archívese en su oportunidad.

RIT T-4-2008.

RUC 08- 4-0004999-9.

Dictada por don JUAN TUDELA JIMÉNEZ, Juez Suplente, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso,

BIBLIOGRAFIA

Textos Citados

ABARCA Correa, Fernando. Los Derechos fundamentales del trabajador en la empresa. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Chile. año 2002.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España. 2001

Bases Fundamentales Para la Reforma de la Justicia Laboral y Provisional [en línea] http://www.cejamericas.org/doc/documentos/bases_fundamentales.doc, [consulta 01.07.09]

Confederación de la producción y comercio. Proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral. [en línea] <<http://www.cpc.cl/pdfs/Procedimiento%20laboral.pdf>>, [consulta 20.03.09]

CUMPLIDO Cereceda, Francisco. La reforma Constitucional de 1989 al inciso segundo del Artículo 5 de la Constitución. Sentido y alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia. En Ius et Praxis, V 9 N°1 año 2003 [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext#autor1 [consulta 02.03.09]

Diario Financiero [en línea] www.df.cl

DICTÁMENES dirección del trabajo. [en línea] < www.dt.gob.cl >

EVANS de la Cuadra, Enrique. Los Derechos constitucionales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1993

GAMONAL Contreras, Sergio. El procedimiento de tutela de derechos laborales. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. 2007.

GUTIÉRREZ Adarme, María Paz. Derechos Fundamentales Laborales, su tutela en el nuevo procedimiento laboral y recursos relacionados. Tesis (licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, facultad de Derecho, 2006.

Historia de la ley 20.087 [en línea] < www.bcn.cl > [consulta 12.03.09]

Jurisprudencia corte de apelaciones y Corte suprema [en línea] < www.microjuris.cl >

Jurisprudencia tribunales laborales [en línea] < www.poderjudicial.cl >, consulta [01.04.09]

Legislación laboral española [en línea] < <http://vlex.com/tags/legislacion-laboral-espa-ola-30308> > [consulta 02.05.09]

Ley 20.087 “sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo”, [en línea], <www.bcn.cl>

LIZAMA Portal, Luis. Derecho del trabajo. Editorial Lexis Nexos. Santiago, Chile. 2003.

LIZAMA Portal, Luis y UGARTE Cataldo, José Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales en la empresa. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, Chile. 1998.

LIZAMA Portal, Luis. La Discriminación Laboral en Chile. Apuntes de clase Escuela de Derecho Universidad De Chile [en línea] <https://www.ucursos.cl/derecho/2005/1/D128D0766/2/.../60493>[consulta 02.07.09]

MÉNDEZ Serqueira, Gabriel. Reforma al procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Escuela de Derecho. 2007.

Organización Internacional del Trabajo En Chile [en línea] <http://ns.oitchile.cl/index.php>

PALAVECINO, claudio. La carga de la prueba en el procedimiento de tutela laboral. Revista semana Jurídica, N°380 año 2008.

PARADA Montero, John Alfredo. Los Derechos fundamentales del trabajador como límite al poder de dirección del empleador. Tesis (licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2003

Proyecto de ley Procedimiento especial de tutela derechos fundamentales [en línea] <www.bcn.cl>, [visita 25.03.06]

SAEZ Carlier, Luis Felipe. El reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la empresa en las reformas laborales. Boletín Oficial Computacional Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile, N° 154, 2001.

SEPÚLVEDA Guajardo, Geraldine. Nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales, protección jurisdiccional ley 20.087. Análisis experiencia Española. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2007.

THAYER Arteaga, William y NOVOA Fuenzalida, Patricio. Manual de derecho del trabajo. Tercera edición, editorial jurídica. Santiago, Chile. 1997.

UGARTE Cataldo, Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral. Boletín Oficial Dirección del trabajo N°139, año 2000 [en línea] <www.dt.gov.cl> [visita 30.04.06]

Textos de Apoyo

ARAYA Figueroa, Rodrigo y FUENTES Navarrete, Ismael .La jurisprudencia del recurso de protección. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1998.

BARRERA Hennings, Alejandra y FLORES Jopia, Eduardo. El Artículo 5 de la constitución política de la República y los derechos humanos laborales. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2002.

BILBAO Ubillos, Juan María. La eficacia de los derechos Fundamentales Frente a particulares. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 1997

CAAMAÑO Rojo, Eduardo. La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Revista de Derecho, Facultad de Ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, volumen XIX, julio. 2003

DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo. Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina.1968.

DE VICENTE Pachés, Fernando. El derecho del trabajador al respeto de su dignidad. Colección estudio, Consejo Económico y Social 1ª edición, Madrid, España. 1998

FERNÁNDEZ González, Angel. Principio Constitucional de Igualdad ante la ley. Fundación Fernando Fueyo, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile. 2001

FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, España. 2001.

GAMONAL Contreras, Sergio. Introducción al Derecho del Trabajo. Editorial jurídica Conosur, Santiago, Chile. 1998

GARCÍA Martínez, Roberto. Derecho del trabajo y Seguridad Social. Teoría general de los Principios e instituciones del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina. 1998

GARCÍA Torres, Jesús. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial Civitas 1º edición, Madrid, España. 1986.

GASMURI Riveros, Consuelo. La justicia del trabajo en Chile; realidad y perspectivas. Departamento de Estudios Dirección del trabajo, Cuaderno de estudios N°1 año 2004 [en línea] <www.dt.gob.cl>, [visita 04.05.06]

GUTIÉRREZ Rosa, Ximena, “El contenido ético-jurídico del contrato de Trabajo”, apuntes Derecho del trabajo, universidad de Chile, Santiago, Chile. año 2000

HALPERN Montecino, Cecily. Los convenios de la Organización internacional del trabajo y el Derecho Laboral y de la seguridad social en Chile. Revista Actualidad Jurídica (2), Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile. 2000

HUIDOBRO Salas, Ramón. Antecedentes de algunos derechos fundamentales. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1990.

HUMERES Noguera, Héctor. Reforma laboral ley 19.759. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2001.

KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho”, editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina. 1999.

MEJIA Viedman, Sergio. Convenios Internacionales del Trabajo: El compromiso del país. Revista Temas Laborales del Departamento de Estudios de la Dirección del trabajo, Santiago, Chile. 2001.

MEJIA Viedman, Sergio y LIZAMA Portal, Luis. Reformas Laborales su contenido e impacto en la Empresa Ley 19.759. Editorial Cono sur, lexis nexis Chile, Santiago, Chile. 2001.

MELIS Valencia, Christian. En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales. Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, abril. 2001.

- MONTT Balmaceda, Manuel. Principios de Derecho Internacional del Trabajo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 1984
- MONTT Balmaceda, Manuel. Principios de Derecho Internacional del trabajo, la OIT. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 1998.
- MONTOYA Melgar, Alfredo. El poder de dirección del empresario. Editorial Doménech, Madrid, España. 1965
- MUJICA Rodríguez, Rafael. Las obligaciones en el contrato de trabajo. Wilma Editores, 2ª edición, Caracas, Venezuela. 1968.
- PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos Fundamentales. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, España. 1999.
- PEÑA, Carlos. Sobre el concepto y fundamento de los Derechos Humanos. Revista Derecho y Humanidades II, Santiago, Chile. 1995
- ROVIRA Viñas, Antoni. El abuso de los derechos fundamentales. Ediciones Península, Serie Universitaria, Barcelona, España. 1983
- SAUCA, José María. Problemas actuales de los derechos fundamentales. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España. 1994.
- SOTO Kloss, Eduardo. El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 1982
- THAYER Arteaga, William. Hacia una nueva cultura laboral. Fundación científica y tecnológica Asociación Chilena de seguridad, Santiago, Chile. 1999.
- TORREJÓN Cantuarias, Ximena. El proceso de positivización de los derechos humanos. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Concepción, Chile. Universidad de Concepción, Facultad de Derecho. 1990.
- UGARTE Cataldo, Luis. Los derechos fundamentales después de la reforma laboral. Boletín Oficial de la dirección del Trabajo, diciembre. Santiago, Chile. 2001.
- VERDUGO, Mario. Derecho Constitucional. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 1996
- VERDUGO Marinkovic, Mario; PFEFFER Urquiaga, Emilio. Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, Chile. 1994.
- VILLA Vega, Diego. Discriminación por material genético. Tesis (Licenciatura en Ciencia Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Año 2000.
- WALTER Errázuriz, Francisco. Derecho del Trabajo y relaciones de trabajo. Editorial Universitaria, Santiago, Chile. 2003.