



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

**LA LIBERTAD DE TRABAJO Y SU PROTECCIÓN EN LA ACCIONES
DE PROTECCIÓN Y EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA.**

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

PEDRO PABLO OLEA ARAMBURU

Profesor Guía: SR. CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES

SANTIAGO, CHILE
JUNIO DE 2013

Tabla de contenidos

Introducción	1
1. Conceptos	5
- Libertad de trabajo y su protección	5
- Autonomía de la Voluntad	8
- Orden Público Laboral	15
- Acción de protección	17
- Procedimiento de tutela de derechos fundamentales	21
- Subcontratación laboral y servicios transitorios	24
- Cláusulas de no competencia	33
- Principio de la realidad	33
2. Los conceptos dentro del ordenamiento jurídico nacional	37
- Libertad laboral y derecho al trabajo	37
- Orden Público Laboral y su ampliación por el derecho procesal	51
- La teoría de Alexy	59
3. La libertad de trabajo y su protección en la acción de protección	83
- Breve referencia a la acción de protección	83
- El fracaso de la acción de protección	86
- Votos disidentes	98
- El caso Codelco. Triunfo de la legalidad y fracaso de una ley.	105
4. La libertad de trabajo y su protección en el procedimiento de tutela	118
- Características del Procedimiento de tutela	118
- La confusión de los denunciantes	133
- La libertad de trabajo desde el contrato y su tutela	138
- Jurisprudencia	145
- Libertad de trabajo y ius variandi funcional	165
5. Conclusiones.	173
6. Bibliografía	185

Introducción

El Derecho del Trabajo en Chile se debe interpretar desde una triple dimensión: administrativa, judicial y dogmática. Desde estos tres puntos de observación, la norma laboral obtiene su contenido y se hace inteligible para sus destinatarios. Naturalmente en numerosos casos se llega a resultados menos esclarecedores, cuestión que da fuerte margen para que quien se sitúe en su momento como intérprete de la norma laboral, pueda darle un sentido más propio de puntos de vista ideológicos que respecto a los valores del ordenamiento.

Podría pensarse que lo anterior se agrava si se considera que cada punto de vista de interpretación tiene a su vez distintos matices doctrinarios, pero la sensación transversal es que existen ciertos sectores que representan en bloque una posición doctrinaria. Así por ejemplo, se ha escrito que “En las últimas décadas el empleador como principal obligado en materia laboral se ha venido enfrentando cada vez más a una mayor limitación en sus actuaciones debido a una expansión del orden público laboral. (...) tal densidad obedece a una oscura e ideológica actividad de la agencia pública

Dirección del Trabajo y a una doctrina no menos ideologizada y cerrada en principios políticos y de bienestar, que en no raras ocasiones chocan con categorías dogmáticas que reflejan un diseño institucional propio de un Estado de Derecho”¹ y en otro trabajo, focalizado en la génesis y principios inspiradores del procedimiento laboral “(...)se ha arrojado una espesa cortina de humo que oculta la dimensión político-ideológica del proceso, cuya discusión a propósito de las reformas ha quedado inhibida, incluso en los propios órganos de deliberación democrática, a favor del dictamen de la ciencia pura (que traspasado el velo de Maya es pura ideología). Para bien de la corriente procesal dominante, se ha omitido en Chile la saludable discusión acerca de si estas reformas respetan la necesaria coherencia que debe existir entre el sistema procesal definido por el legislador democrático y los valores republicano-constitucionales que delimitan el ejercicio del poder soberano en un Estado de Derecho”².

El objetivo de la presente tesis es entregar distintos conceptos de libertad de trabajo y de su protección, para luego hacer referencia al desarrollo de este

¹ Hormazábal Valdés, Mauricio. “La unidad del Derecho como defensa de las expectativas del empleador en la aplicación del orden público laboral”, tesis para optar al grado académico de Magíster, Escuela de Graduados de la Universidad de Chile, Santiago, Agosto 2011, p. 2.

² Palavecino Cáceres, Claudio. “Sistemas Procesales e Ideologías” Revista Derecho y Humanidades N° 17, 2011, ISSN N° 0716-9825, p. 13-30, disponible al 08 de abril de 2013 en [\[http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16973/17699\]](http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16973/17699)

concepto dentro de la historia de nuestro ordenamiento, procediendo después a analizar comparativamente el procedimiento de tutela con la acción de protección, para terminar con las inferencias y conclusiones de ese análisis, en particular respecto a cómo han influido en la facultad para limitar la libertad laboral por parte del empleador, todo siempre bajo este particular ambiente que rodea al derecho laboral.

1. Conceptos

En esta primera parte, se entregarán sucintamente definiciones de los conceptos empleados en este trabajo.

1.1) Libertad de Trabajo y su protección: la Constitución asegura a todas las personas la “libertad de trabajo y su protección”. El inciso segundo señala que “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

1.1a) Posición liberal: La libertad de trabajo consiste simplemente en la abstención a imponer una relación laboral. Se sostiene que este enfoque fue adoptado por el constituyente, al eliminar expresamente el derecho al trabajo de la Constitución. Lo anterior, siguiendo a Sergio Diez sería “una libertad y no un derecho al trabajo, porque no implica que se pueda exigir al Estado o a los particulares un puesto laboral”³. En otros términos, no se trata de una garantía, sino de una esfera del individuo respecto de la cual el Estado toma el deber de abstenerse a intervenir y el positivo de combatir intervenciones de terceros. Existiría entonces una obligación del Estado para con cierto nivel de actividad, pero no habría compromiso en relación a

³ DIEZ URZÚA, SERGIO, Personas y Valores, Editorial Jurídica de Chile, 1999, página 156.

los resultados de dicha actividad. Sin embargo, podría dar pie para que se alegue inconstitucionalidad por omisión.⁴

1.1b) Posición que reconoce un Derecho al Trabajo: Una parte de la doctrina sostiene que existe un germen de derecho social en la noción de justa retribución. La citada noción “naturalmente envuelve el derecho a pactar al menos ciertas bases nucleares, mínimas y esenciales del contrato de trabajo”⁵. Lo anterior debe entenderse en concordancia con el artículo 20 de la Constitución Política de la República que consagra la acción de protección que limita el resguardo del número 16 del artículo 19 a la libre contratación y a la posibilidad limitada de que se pueda prohibir un trabajo. En efecto, es sabido que el recurso de protección se establece, como regla

⁴ BULNES LUZ, “La Inconstitucionalidad por Omisión”, Estudios Constitucionales, Año 4 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2006, pág 251 a 264. La autora define el concepto como “*institución jurídica procesal por la que se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de un órgano del poder público que ha omitido cumplir un deber concreto que la Constitución le asigna expresa o tácitamente de manera que un precepto constitucional resulta ineficaz por su falta de desarrollo, lo que produciría la vulneración constitucional*”.

Lo anterior, puede verse en el voto disidente del Ministro Viera Gallo “Que al efectuar esta omisión, el legislador desconoce la función social del trabajo, deja sin protección a la dignidad del trabajador y falta, así, al deber del Estado de amparar sus derechos, conforme lo establece el Artículo 2° del Código del Trabajo como lógica consecuencia del Artículo 19 N° 16° de la Constitución Política, que asegura la protección del trabajo y, por consiguiente, de quienes lo realizan y prescribe perentoriamente la justa retribución por la labor desempeñada.” Fallo del Tribunal Constitucional Rol 2199-2011, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad inciso primero artículo 25 del Código del Trabajo.

⁵ FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo y GARCIA GARCIA, José Francisco. COMPATIBILIDAD ENTRE EL DERECHO A LA LIBRE CONTRATACIÓN Y LA FIJACIÓN DE SALARIOS POR LEY (A PROPÓSITO DE LA LEY N° 20.281 SOBRE SUELDO BASE). *Rev. chil. derecho* [online]. 2010, vol.37, n.2 [citado 2013-04-16], pp. 343-376

Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372010000200006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. doi: 10.4067/S0718-34372010000200006.

generalísima, para resguardar los derechos individuales dejando fuera los derechos sociales, salvo en relación al medio ambiente.

1.1c) Posición que reconoce un Derecho al Trabajo desde el Bloque Constitucional: Esta posición prescinde de las normas internas, para darle un contenido al artículo 19 N° 16 diferente al texto positivo, donde convivirían junto a la libertad de trabajo una garantía al Derecho al Trabajo. El bloque constitucional se define de la siguiente manera, siguiendo a Nogueira Alcalá “El bloque de derechos fundamentales queda configurado, como lo hemos ya determinado en el primer capítulo del primer tomo de este texto, por:

- a) Los que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad;
- b) Los derechos implícitos.
- c) Los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*; el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario y el derecho internacional consuetudinario.”⁶

⁶ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EFECTIVOS EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO. *Estudios constitucionales* [online]. 2009, vol.7, n.2 [citado 2013-04-16], pp. 143-205

Desde esta perspectiva, existe un Derecho al Trabajo en virtud del artículo 6 y siguientes del Pacto de Derechos Económicos y Sociales del cual Chile es parte desde 1972.

1.2) Autonomía de la voluntad: Es “una facultad o poder que la ley reconoce a los particulares para regular sus intereses, actuando según su propio juicio, y responsabilizándose por las consecuencias de su comportamiento, sean ventajosas u onerosas”.⁷ Se descompone en los siguientes principios⁸:

A) Libertad contractual, que se descompone en: A.1) Libertad de conclusión, que permite a las partes decidir libremente: i) si contrata o no lo hace; ii) que tipo de contrato celebra, y iii) la contraparte con quien se vincula. A.2) Libertad de configuración interna, por el cual se puede fijar el contenido de la convención y las cláusulas que reflejen en mejor forma la voluntad de las partes.

. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. doi: 10.4067/S0718-52002009000200007.

⁷ VIAL del Río, Víctor. Actos Jurídicos y Personas: Teoría General del Acto Jurídico. 3ª Ed. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2 Vol. Vol. I. Pag 53.

⁸ LOPEZ Santa María, Jorge. Los Contratos: Parte General. 2ª Ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1998. 2 Vol. Vol. I. Pag 234.

Para el Derecho Laboral, la libertad contractual en relación a la conclusión estaría consagrada a nivel constitucional gracias al artículo 19 N° 16, la acción de protección y a nivel legal, a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, existen zonas de la regulación laboral donde la vigencia de este principio es dudosa, en especial después de la ley 20.123 sobre subcontratación y empresas de servicios transitorios. Por último, existen límites internos al principio como son la no discriminación y la protección legal del trabajador dependiente, conceptos tratados más adelante.

En relación a la libertad de configuración interna, en el derecho laboral existen cláusulas esenciales (artículo 10), permitidas y prohibidas. Existe libertad de configuración interna tanto respecto a la relación laboral mientras no se infrinjan los mínimos establecidos en el artículo 5 del Código del Trabajo, norma fundamental para explicar luego el concepto de Orden Público Laboral. Para efectos del tema tratado ahora, sirva como ejemplo el siguiente extracto jurisprudencial:

“(…) Las normas que se dicen infringidas, han sido correctamente aplicadas por los jueces de la instancia y están acordes con lo resuelto reiteradamente

por esta misma sala en juicios similares sobre la materia, en el sentido que el principio de autonomía de la voluntad que rige en plenitud en la actividad contractual civil, se encuentra seriamente restringido en otras áreas del derecho, particularmente en lo laboral, donde el artículo 5° del Código del Trabajo, establece el principio de la irrenunciabilidad de los derechos establecidos por las leyes laborales mientras subsiste el contrato de trabajo”⁹

B) Consensualismo, según el cual la oralidad es suficiente para obligar a las personas, por lo que es posible que existan contratos verbales, que se expresan en el aforismo "solus consensus obligat".

En Derecho Laboral, el artículo 9 consagra este principio pero exige para méritos probatorios que dicho contrato conste por escrito, estableciendo sanciones para quien no firme. Si el empleador no firma, se le sancionará con multas. Si el trabajador no firma, entonces podrá recurrirse a la Inspección, frente a la cual el trabajador deberá optar entre firmar o bien probar que contrató en condiciones distintas. Por último, si no se firmó

⁹ Recurso de casación en el fondo recaído en autos rol 1.861-97, rechazado por la Exma. Corte Suprema con fecha de 14 de Julio 1997.

dentro de los plazos legales (por regla general 15 días), entonces se tendrán como estipulaciones del contrato las que declare el trabajador.

Por otro lado, el consensualismo se ve seriamente limitado en atención al Orden Público Laboral, que fija un mínimo sobre el cual las partes podrán libremente pactar, que en caso de contravención dará efectos distintos según estos mínimos antes que eliminar el acto jurídico írrito del ordenamiento a través de la nulidad. A modo de ejemplo, existen innumerables casos en los cuales el consenso llegado por las partes en orden a relacionarse bajo las normas de derecho privado común, se ve distorsionado a través del principio de la realidad (artículo 8 del Código del Trabajo) que a través del factor de imputación de subordinación y dependencia quita valor al acuerdo inicial, para favorecer al supuestamente más débil de la relación jurídica.

Se ha llegado a sostener que en ausencia de dicho artículo, pasarían a regir las normas de interpretación generales contenidas en el Código Civil, artículos 1560 y siguientes, bajo los cuales si efectivamente era la intención de alguna de las partes abusar de formas jurídicas para eludir responsabilidades laborales, entonces igualmente el juez tendría que llegar a esta hipótesis de conversión que sin embargo actualmente está obligado a

realizar en atención a el principio de la primacía de la realidad, quitando valor a los acuerdos entre partes. En este sentido, el profesor Ugarte ha escrito “Dicha norma no hace sino que reforzar la idea del artículo citado (el artículo 7) en el sentido de que verificado los elementos de una relación laboral, debe entenderse, no presumirse, la existencia de un contrato de trabajo.”¹⁰

C) Fuerza obligatoria, se traduce en la metáfora empleada por Bello, en cuanto a que los pactos deben honrarse y cumplirse, puesto que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, que se le reconoce bajo el aforismo "pacta sunt servanda".

En Derecho Laboral, este principio tiene serias modificaciones a través de la institución del *ius variandi*. “(C)onsiste en la facultad que tiene el empleador para variar, en ciertas condiciones, la modalidad de la prestación de servicios, ya sea en lo referente a la jornada, el lugar o la naturaleza del trabajo. Haciendo de esta forma excepción al principio inspirador, consagrado en nuestra legislación contractual y consagrado en el artículo 1545, según el cual el contrato es ley para las partes contratantes y no puede modificarse sin el consentimiento de dichas partes o por causas legales

¹⁰ UGARTE, José.” El nuevo Derecho del Trabajo”. Editorial Universitaria. 2007. p 62.

(...)”¹¹.

D) Efecto relativo de lo acordado, vinculando sus derechos y obligaciones a quienes son parte en el contrato, sin que se pueda afectar a terceros, a quienes no les empece, surge así el latinismo "res inter alios acta", que se refuerza en la norma antes recordada, en que el contrato es una ley sólo para los contratantes.¹²

En Derecho Laboral, existen importantes ejemplos donde éste principio no corre. En primer lugar, el contrato colectivo, en virtud del artículo 346 del Código del Trabajo. Al respecto, la jurisprudencia administrativa ha dicho:

“También es posible advertir que el supuesto fundamental del aporte previsto en el artículo 346 del Código del Trabajo, según lo dispone expresamente ese precepto legal, es que los beneficios que le sean extendidos por el empleador al trabajador le resulten aplicables. Así, dicho precepto señala que los trabajadores a quienes el empleador le hiciere extensivos los beneficios estipulados en el instrumento colectivo respectivo,

¹¹ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Francisco. “El contrato de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo”. Editorial Legal Publishing, 2008, Santiago p.86

¹² Se siguió para esta categorización el muy didáctico fallo de la Corte Suprema, Primera Sala, considerando 3°, redacción Ministro Sergio Muñoz, N° Ingreso 6536-2011.

deberán efectuar un aporte al sindicato que los hubiera obtenido "a contar de la fecha en que éste se les aplique".¹³

Por otro lado, existen casos donde el contrato como hecho social es ordenado a tenerse por desconocido, como por ejemplo en casos de “abuso de personalidad jurídica” o en los que procede el “levantamiento del velo corporativo”. Como botón de muestra, la jurisprudencia ha sentenciado:

“Que en la confrontación de los hechos de esta causa con las normas previstas en los artículos 3 y 4 del Código del Trabajo en examen y lo razonado, se evidencia que en el caso de autos se está en presencia de un "holding". En efecto, ya está dicho que las empresas individualizadas, aparte de tener la calidad de relacionadas, se ordenan bajo una misma dirección, lo que las hace actuar ante los trabajadores y terceros como unidad económica”¹⁴.

En último lugar, existe un caso surgido desde la dictación de la Ley 20.123, la cual a juicio de parte de la doctrina viene en quebrantar el efecto normal del contrato de trabajo contenido en el artículo 7 del Código.

¹³ Dirección del Trabajo, dictamen N° 1967-021 del 25-Abr-2012.

¹⁴ Corte Suprema, causa rol 4005-2002, de fecha 13 de Agosto de 2003

“Sin embargo, la ley desplaza la responsabilidad por obligaciones laborales y de la seguridad social que afectan al empleador hacia terceros ajenos al contrato de trabajo. Se pone al empresario que contrata o subcontrata obras o servicios en una disyuntiva: o ejerce una suerte de policía laboral respecto de sus contratistas y subcontratistas o se convierte, en términos prácticos, en empleador de los trabajadores de éstos. Elija lo uno o lo otro, en ambos casos resultará garante, con su patrimonio, del cumplimiento de obligaciones ajenas. La ley altera, de esta manera, el efecto relativo del contrato de trabajo(...)”¹⁵

1.3) Orden Público Laboral: Concepto cuyas base positiva se encuentra en el artículo 5° del Código del Trabajo, al disponer una autonomía de la voluntad pero limitada a cláusulas esenciales o mínimas. Para empezar la caracterización, menester es primero señalar que de acuerdo a Cea, el orden público económico consiste en “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para

¹⁵ PALAVECINO CÁCERES, Claudio “El fundamento de las responsabilidades empresariales surgidas del trabajo externalizado. Análisis crítico.” Publicado en La Semana Jurídica, N°319, 18-24 de diciembre 2006, pp. 6-7

regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución.”¹⁶

Siguiendo a Hormazábal, componen este elemento la libertad de trabajo y su protección, caracterizando dentro de él, otro orden público de características propias denominado Orden Público Laboral. Refiriéndose a estos elementos correlativamente, señala: “La primera, en tanto queda como un coto vedado al legislador laboral, el derecho de todo particular a la libre contratación y a la libre elección del trabajo. En segundo lugar, la protección del trabajo justifica las diversas intervenciones públicas en el contrato de trabajo, con el objeto de asegurar la dignidad y libertad del prestador de servicios personales.”¹⁷ Siguiendo al mismo autor, bajo el entendido que dentro del orden público económico el efecto de su contravención es la nulidad absoluta del acto, el orden público laboral tendría una forma distinta de operar, variando los efectos de los actos írritos en vez de suprimirlos. En palabras de Hormazábal “En este orden de ideas, la limitación de la autonomía de la voluntad en el orden público general es total, mientras que en el orden público laboral únicamente se proyecta en un

¹⁶ CEA EGAÑA, José. Tratado de la Constitución. Editorial Jurídica de Chile. 1988, p. 71.

¹⁷ HORMAZÁBAL VALDÉS, Mauricio. “La unidad del Derecho como defensa de las expectativas del empleador en la aplicación del orden público laboral.” Tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile, Santiago, 2011.

sólo sentido: no se puede negociar por debajo de las pautas mínimas que fija la ley, pero si por encima de ellas. En el primer caso la nulidad del acto es absoluta, en el segundo caso ante la violación en el orden público laboral, se produce la sustitución de la cláusula en cuestión por la disposición violada.”¹⁸

1.4) Acción de protección: Antes de la reforma procesal laboral, la acción de protección constituía el mecanismo de tutela más importante dentro del ordenamiento jurídico. El titular de esta acción es quien a causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufre de privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que se indican en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Según la doctrina constitucional consiste en “una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que pueden experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares.”¹⁹ El profesor Nogueira la caracteriza como “un

¹⁸ Íbid, pág 7.

¹⁹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Derecho Constitucional” Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Santiago. Pág 332.

mecanismo de gran eficacia, por consistir en un procedimiento rápido, informal, inquisitivo, unilateral, concentrado, abierto y provisorio”²⁰.

Sin embargo, la acción de protección parece haber fallado en la tutela de los derechos laborales. En definitiva, la mayoría de las acciones de protección fueron intentadas en interés de revisar la constitucionalidad del proceder administrativo al supervigilar la ejecución del contrato laboral. En este sentido, es paradigmático el fallo de comienzos de década que califica como inconstitucional obligar a la escrituración al empleador “Por consiguiente, en el caso en estudio, la autoridad administrativa violó este derecho constitucional (libertad de contratación) al desconocer el contrato de prestación de servicios a que se ha hecho referencias, al pretender exigir a la recurrente que escriturara contratos de trabajo al personal dependiente de la prestadora de servicio”²¹. Al respecto es decidor el trabajo de Pérez Silva “El recurso de protección en materia laboral (1991-1993)” en Revista Chilena de Derecho, Volumen 21 N° 1, págs. 143-158 de 1994, donde claramente se nota el corte exclusivamente pro empleador de las acciones de protección. Dicho fracaso se describe por los profesores Palavecino y

²⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El Recurso de Protección en Chile”, Gaceta Jurídica N° 230, Agosto, 1999, p.9.

²¹ Watt’s Alimentos S.A., contra Inspector Provincial del Trabajo Maipo-San Bernardo, Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de Abril de 1993 Rol N° 103-92, confirmada por Corte Suprema.

Devillaine “Por otra parte, la acción constitucional de protección, que es el instrumento de cautela por excelencia de las garantías constitucionales en Chile y que, en cuanto tal, debería de haber desempeñado un papel significativo en el reforzamiento de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales de los trabajadores, no cumplió tal función. Salvo casos aislados, la cautela constitucional no ha ofrecido hasta ahora auténtica protección a los derechos fundamentales del trabajador. Lo cual contrasta con el hecho que la misma cautela sí ha venido operando eficazmente en resguardo del empleador frente a actos arbitrarios o ilegales de la Dirección del Trabajo en el ejercicio de su función fiscalizadora”.²² En palabras del profesor Gamonal “Aunque es perfectamente posible que la Dirección pueda incurrir en algún exceso, la acción de protección debiera corregir esta situación en base a un análisis de más de fondo, y no meramente formalista en contra de una supuesta fiscalización rígida.”²³

Finalmente, atendido a las especiales características del derecho del trabajo, se ha contemplado la necesidad de establecer un nuevo procedimiento

²² DEVILLAINÉ GÓMEZ, Franco y PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral” en La Semana Jurídica N° 382, Noviembre de 2008.

²³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LAS FACULTADES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO “ en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N° 2, 2001, pp. 70-85

laboral que dé cuenta de estos matices diferenciadores, generando un canal eficaz y efectivo para este tipo de pretensiones. Al respecto, a nivel comparado se ha dicho que “la concepción del derecho del trabajo, también de derecho procesal del trabajo, como ordenamiento compensador e igualador de desigualdades materiales o reales, no sólo permite, sino que también demanda, la especialización del proceso laboral y el establecimiento de tratamientos procesales diferenciados en beneficio del trabajador”²⁴

Esto ha tenido como corolario la instauración del procedimiento de Tutela en el ordenamiento nacional laboral. Estableciendo como causa de esta nueva legislación la ineficacia de la acción de protección se refiere Ugarte “En el caso chileno, la acción de amparo constitucional –el recurso de protección– no produjo en casi 30 años de existencia jurisprudencia alguna en materia de derechos fundamentales inespecíficos del trabajador. En rigor y sin dejar en el ámbito laboral la única y casi exclusiva jurisprudencia de protección es a favor de las empresas y en contra de la Dirección del Trabajo –por razones o de libertad de trabajo o de derecho de propiedad–.

²⁴ CASAS BAHAMONDE, M.E.; “La Reforma de la Legislación Procesal Laboral: los Recursos en la Ley de Procedimiento Laboral”; España; REDT N°46, 1991; p.197, citado por UGARTE, “El nuevo derecho...” 2007.

Es harto obvio que ello no se debió a que la empresa chilena fuera especialmente escrupulosa en el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, sino que históricamente el legislador nacional nunca se preocupó de establecer ni normas sustantivas que establecieran dichos derechos ni procesales que le dieran cauces procesales efectivos a los mismos. Todo hasta la reforma procesal laboral de la Ley N° 20.087.”²⁵

1.5) Procedimiento de tutela: Uno de los adalides de la reforma procesal laboral es la instauración de un procedimiento para encauzar las pretensiones laborales de los trabajadores que hayan sido lesionados en sus derechos fundamentales. Así aparece en el Mensaje del proyecto de ley, donde S.E. el Presidente de la República indica “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 también en su condición de persona (...) Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material,

²⁵ UGARTE CATALDO, José Luis. PRIVACIDAD, TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. *Estudios constitucionales* [online]. 2011, vol.9, n.1 [citado 2013-05-15], pp. 13-36 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. doi: 10.4067/S0718-52002011000100002.

sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos”.²⁶

Para los profesores Walter y Lanata, previo a esta instancia “La Dirección del Trabajo había hecho lo suyo al sancionar la lesión concreta a determinado derecho con multas a la entidad transgresora, pero se observaba la ausencia de un procedimiento especial y efectivo que evitara la prosecución de la actividad transgresora de estos derechos, muchas veces llegándose a recurrir al autodespido como forma de sanción, lo que implica sin embargo que, si bien el trabajador puede obtener cierta indemnización, pierde indebidamente su fuente laboral, unido ello a la verdadera indefensión que se sitúa el trabajador cuya antigüedad en la empresa no lo habilita para el referido pago.”²⁷

Ahora bien, este procedimiento se aplica sólo si la lesión ocurrió en la relación laboral y por aplicación de las normas laborales. Distintivo es que se trata sólo de algunos derechos fundamentales, mencionados en el artículo 485 del Código del Trabajo (vida e integridad física y psíquica, respeto y protección vida privada y pública y honra personal y familiar,

²⁶ Mensaje N° 4-350, 22 de Septiembre de 2003, punto III, N° 8.

²⁷ WALTER DÍAZ, Rodolfo y LANATA FUENZALIDA, Gabriela. “Régimen Legal del Nuevo Proceso Laboral Chileno” Sexta Edición, Legal Publishing Chile, Santiago, 2009.

comunicaciones privadas, libertad de conciencia, libertad de expresión y libertad de trabajo). También aplica para conocer de actos discriminatorios en razón del artículo 2 del Código del Trabajo, a excepción del asunto precontractual, como para prácticas antisindicales.

Para el punto que nos interesa, esto es la libertad de trabajo, necesario precisar que sólo aplica en los siguientes casos:

- La libertad de trabajo y su protección. Salvo que el trabajo 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.
- La libre contratación y elección del trabajo con una justa retribución.
- La libertad de afiliación y desafiliación a alguna organización o entidad.

Respecto a este procedimiento, es relevante mencionar que no procede la acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos, lo que exige que los despidos indebidos, injustificados o improcedentes se interpongan en subsidio. Por otra parte, se pierde legitimación activa para iniciar el procedimiento si antes se intentó una acción de protección. En el caso contrario, una acción de protección

posterior a iniciado el procedimiento de tutela, al existir un tribunal que conoce de la causa, se tiene el problema sujeto al amparo del derecho, por lo que se rechaza su interposición.

6) Subcontratación laboral y servicios transitorios: Los conceptos anteriores se enmarcan dentro de la tendencia de descentralización productiva de las empresas, fenómeno definido por la profesora Rojas como “La descentralización productiva se plantea principalmente por las nuevas formas de organización de las empresas: de una parte la empresa se reorganiza en entidades jurídicas más pequeñas, manteniendo en todo caso una dirección común, de la otra, se plantea una ‘tercerización’ de las actividades tanto principales como accesorias de las mismas empresas, en cuanto éstas son contratadas o subcontratadas, o son realizadas por empresas de trabajo temporal o por trabajo a domicilio”.²⁸

Entonces, dentro de la tercerización de actividades, encontramos los fenómenos de subcontratación laboral y el suministro de trabajadores, ambos regulados en Chile por la Ley 20.123. Para Diaz ²⁹“es en la lógica de

²⁸ ROJAS MIÑO, Irene, “Los desafíos actuales del derecho del trabajo en Chile”, Revista Ius et Praxis Año 12 N° 1, 2006, ver especialmente pp. 242 y 243.

²⁹ DIAZ GARCIA, L. Iván “Aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el suministro de trabajadores” Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 2, 2010, pp. 353 – 382 ISSN 0717 – 2877.

la tercerización que se inscriben las figuras jurídicas denominadas subcontratación y suministro de trabajadores. Estas situaciones consisten, en esencia, en que dos empresas se relacionan entre sí bajo las normas del Derecho civil o comercial con miras a que una parte de la actividad productiva de la primera sea cumplida por trabajadores que tienen una relación contractual de carácter laboral con la segunda.”

Ambas figuras laborales configuran en Chile lo que se conoce como relaciones jurídicas trilaterales, cuya característica principal es un acuerdo civil o comercial entre empresas para que una asuma funciones a su cuenta y riesgo dentro de la otra empresa. En palabras del profesor Ugarte “la actividad desplazada hacia fuera de la empresa, es asumida por una empresa, en principio, distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de ésta última, que prestan servicios en los hechos para ambas”.³⁰

³⁰ UGARTE, JOSÉ LUIS, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, 2004, Santiago, Chile, p.91.

La subcontratación laboral consiste en que una empresa dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un trabajo o servicio determinado. El suministro, por su parte, consiste en que una empresa, cuyo giro es el suministro de trabajadores, pone a disposición de otra empresa, por un precio determinado y en forma transitoria, los servicios de sus trabajadores, reteniendo para sí la calidad de empleador.

Las diferencias en ambas pueden conceptualizarse en cuatro puntos, siguiendo a Astete³¹:

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

³¹ ASTETE MELLA, Claudia, "Protección de los Derechos Fundamentales bajo el Procedimiento de Tutela Judicial, en el Marco de la Tercerización Laboral" Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Profesor Guía Sr. Luis Lizama Portal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.

empresa usuaria y la empresa suministradora sólo tiene por objeto el suministro de trabajadores.

3. En la subcontratación los materiales y las herramientas de trabajo que utiliza el trabajador son de propiedad de la empresa contratista, en el suministro de trabajadores, en cambio, la propiedad corresponde a la empresa usuaria.

4. La subcontratación laboral puede importar una relación triangular de trabajo (empresa principal-empresa contratista-trabajadores) como cuadrangular de trabajo (empresa subcontratista), en el suministro de trabajadores la relación sólo puede dar lugar a una forma triangular de relación laboral (empresa suministradora-empresa usuaria-trabajadores).

Ahora bien, respecto a lo que interesa para méritos de esta tesis es relevante señalar que respecto a la subcontratación la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales es clara, puesto que la potestad de mando es ejercida de forma directa por la empresa contratista. Al respecto el Código es claro en prescribir en su artículo 183-E "Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo I al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el

trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador."

Pero como se expone en el punto uno de la lista de diferencias recién descrita, en la empresa de servicios transitorios la potestad de mando es ejercida por la empresa usuaria, respecto de la cual el trabajador no tiene sino una relación fundada en una situación de hecho. En palabras de Caamaño "En efecto, es la EU quien, a pesar de no ser formalmente parte empleadora en esta relación jurídica laboral de carácter triangular, detentará en la práctica los poderes de dirección y control sobre los servicios que preste el trabajador transitorio, según se señala de manera explícita por los artículos 183-X y 183-W del CdT, y serán precisamente estas potestades de las que carece la EST, las que podrían lesionar los derechos fundamentales del trabajador en caso de ejercerse de manera arbitraria o desproporcionada."³²

Lo anterior supone respecto una duda razonable respecto a las Empresas de Servicios Transitorias y su legitimación pasiva en una acción de tutela de

³² CAAMAÑO ROJO, Eduardo "La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios", Revista lus et Praxis Año 13 Nº 2, 2007. en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07180122007000200008&lng=es&nrm=iso [visitado el 11/05/2013].

derechos fundamentales, puesto que al no ejercer la potestad de mando, de alguna forma pueden entenderse siempre exentas de finalmente las lesiones a estos derechos de parte de la empresa usuaria. Para Astete, el artículo 485 del Código del Trabajo “(...) no se ha encargado de limitar el ejercicio de la acción en contra del empleador, sino que nos señala que podremos accionar cuando la vulneración de un derecho fundamental protegido se produzca con ocasión del ejercicio de las facultades reconocidas por ley al empleador.” Dicha opinión la extrae de la lectura de los profesores Ugarte y Lizama quienes declaran “La Ley 20.087 que crea el procedimiento de tutela no establece, en rigor, quién es exactamente el sujeto pasivo de dicha acción sino que en diversas disposiciones de dicha ley da a entender que debe ejercerse contra quien ejerce las facultades del empleador. En efecto, el artículo 485 de hecho, al establecer como la denominada prueba indiciaria, en el artículo 493, se hace referencia no al empleador, sino al denunciado, y en la sentencia definitiva la ley nuevamente omite la referencia al empleador, ya que señala que deben indicarse las medidas concretas de reparación a que se encuentra obligado el infractor.”³³

³³ LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile, p.107.

Esta situación sin embargo, motiva la redacción del artículo 183-Y “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.” La norma recién descrita, en opinión de este autor, viene en reafirmar algo de suyo evidente cual es el respeto a los derechos fundamentales por parte de acá en específico, la empresa usuaria, una simple aliteración del artículo 5 y que no resuelve ningún problema.

La cuestión central, resulta de escoger entre una interpretación finalista o literal del artículo 485, como lo expone Caamaño: “En efecto, si se asumiera una interpretación literal del artículo 485 inciso 3 del CdT habría que entender el término “empleador” en base al concepto contenido en el artículo 3 letra a) del mismo texto legal, vale decir, “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo.” Por tanto, en la subcontratación de servicios personales el empleador es la EST y no la EU, de acuerdo a la definición del contrato de trabajo de servicios transitorios contenido en el nuevo artículo 183-R del CdT. Esta interpretación basada únicamente en el tenor literal de las normas citadas podría resultar

tremendamente peligrosa, ya que haría ilusoria la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores transitorios frente a la conculcación de estos por la EU, lo que transformaría a la disposición del artículo 183-Y del CdT en una norma meramente declarativa.”³⁴

La inclusión de esta categoría se justifica desde el punto de vista del sujeto llamado a responder frente a una lesión de derechos fundamentales con ocasión de la relación laboral. ¿Es el empleador o la usuaria/contratista? La respuesta es relevante tanto para la libertad contractual desde el matiz de que nadie puede imponer contratos y por lo tanto se excluyen también las cargas contractuales, como para el trabajador que tiene un derecho al trabajo que al menos se consagra a través de las acciones pertinentes emanadas del ordenamiento jurídico, y que para su eficacia debe existir claridad respecto de la legitimación pasiva de cada una de ellas.

Para ello es relevante tener en cuenta el artículo 183-B que preceptúa:

"La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que

³⁴ CAAMAÑO ROJO, Eduardo., op. cit.p.190.

correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural."

Por otro lado, la sanción a la falta de requisitos para la procedencia de la subcontratación laboral y suministro de trabajadores, viene a ser justamente

la imputación de la relación laboral a la empresa principal en el supuesto de que se encubra una cesión ilegal de trabajadores.

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478.

1.6) Cláusulas de no competencia: Limitación a la libertad de trabajo que implica la pervivencia de obligaciones de no hacer en relación al giro de la empresa surgidas fruto de la relación laboral. Durante la vigencia de la relación laboral se discute si debe constar por escrito o basta el principio de buena fe para considerarla exigible. Como se verá, su infracción depende de un conjunto de factores que los jueces de fondo deben considerar al momento de fallar. Misma situación pero circunscrita a la técnica contractual encontraremos cuando se busque hacer efectiva la cláusula en el periodo post-contractual.

1.7) Principio de la realidad: En palabras de Plá “El significado de este principio es la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o

las apariencias. En materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos, formularios e instrumentos de control”.³⁵ La Corte Suprema ha fallado al respecto “Entre los principios imperantes en materia de Derecho del Trabajo, y que sirven de inspiración al Derecho positivo en esta rama, se encuentra el de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (los Principios del Derecho del Trabajo. Américo Plá R.)”³⁶ Para Hormazábal “Sin embargo, el principio de primacía de la realidad que responde a una concepción de justicia social, nos permite observar que los seres humanos están enfrentados a circunstancias muy dispares que afectan la libertad de contratación y, por ende, que el paradigma de la igual libertad de voluntad que satisface el estándar de justicia en la modernidad no es real” Luego el mismo autor considera que “el principio de primacía de la realidad opera sobre el elemento volitivo del acto, porque permite superar el

³⁵ Plá, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Desalma. Buenos Aires. 3ª ed. 1998. p. 313

³⁶ Corte Suprema, Cuarta Sala, N° de ingreso 21950-1987, 16 de marzo 1987.

querer aparente y declarado de las partes celebrantes del contrato de trabajo, en atención a la afectación que produce en su libre arbitrio las circunstancias materiales, incluso, conociendo el afectado, gravemente por las circunstancias, la naturaleza jurídica real del contrato celebrado.”³⁷ Sin embargo, y quizás en contra de otros autores, el artículo 8 del Código del Trabajo habla de “presunción”. Se ha sostenido que “dicha norma (artículo 8º) no hace sino que reforzar la idea del artículo citado (artículo 7º) en el sentido de que verificado los elementos de una relación laboral, debe entenderse, no presumirse, la existencia de un contrato de trabajo.”³⁸ Pero si se “entiende” y no se “presume” entonces el principio de realidad se transforma en una norma de adjudicación anticipada antes que en una prueba que seguramente juega a favor de la pretensión del trabajador.³⁹ La norma del artículo 8 del Código del Trabajo no puede aprehenderse sin entender que existe una “realidad procesal” y otra cotidiana. Entonces lo que es “una realidad procesal” puede efectivamente ser controvertido. De ahí que si un acto jurídico es en apariencia una compraventa, pero en la realidad fue donación, de la sola lectura del contrato no es descabellado

³⁷ HORMAZABAL VALDES op.cit

³⁸ UGARTE CATALDO, José Luis. “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria, 2007. p 62

³⁹ Aunque considerar las presunciones como prueba es discutido en derecho procesal.

pensar que el Juez se inclinará por pensar que efectivamente fue una compraventa. Pero si se logran allegar pruebas que señalen que la intención era una donación, entonces el Juez estará a la verdadera intención de las partes antes que a lo formal. La diferencia entre el modelo de civil y el laboral radica en que en esta última sede el Magistrado debe entender que configurados los elementos del artículo 7 del Código del Trabajo, se debe presumir la relación laboral. No significa que ésta exista en la realidad, controversia que normalmente tocará al empleador plantear. De esta forma, el artículo 8 del Código del Trabajo, al establecer dicha presunción, viene en predeterminar para la adjudicación la intención de las partes. Esto, en virtud de la naturaleza tutelar para el trabajador de esta rama del Ordenamiento, que debe velar por lo tanto fórmulas de huida del Código del Trabajo, como también evitar los trabajadores comiencen en pos de la necesidad de encontrar trabajo, a abdicar de sus derechos laborales.

2. Los conceptos dentro del Ordenamiento Jurídico nacional.

2.1 Libertad Laboral y Derecho al Trabajo

La libertad laboral está recogida en nuestro ordenamiento en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, donde se establecen en sus cinco párrafos distintos derechos y garantías.

En la Constitución de Mayo de 1833 se establecen ciertos principios que siguen presentes en el ordenamiento jurídico nacional. En primer lugar, en su artículo 12 N° 2 se prescribía “la admisión a todos los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes”, lo cual habla de un Estado garante de la igualdad ante la ley como empleador, aunque no hace mención al sector privado. Respecto de este sector, en su artículo 153 señala “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo esija el interés nacional, i una lei lo declare así”, lo que implica básicamente una norma de abstención del Estado, permitiéndose restringir el “trabajo o industria” sólo en determinados casos, en miras del bien común. Por último, es meritorio

hacer referencia al artículo 132 que culmina el fin de la esclavitud en Chile al dictaminar que “En Chile no hai esclavos, i el que pise su territorio queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni naturalizarse en la República.”.

Antes de proseguir describiendo como tales principios toman forma en la Constitución de 1925, es relevante señalar que durante ese período a través de los distintos códigos que se comienzan a desarrollar, en especial el Código Civil, se contienen diversas normas protectoras de los trabajadores, que comienzan a ver dentro del derecho positivo republicano los primeros indicios de dirigismo contractual. En opinión del profesor Thayer “Los trabajadores del Chile republicano quedaron muy desguarnecidos, situación que se fue lentamente atenuando con el proceso de codificación que tomó todo el siglo XIX. En esos códigos chilenos, y alguna vez fuera de ellos, se contemplaron las primeras normas laborales y previsionales nacidas de Chile como país independiente. Ejemplos: el famoso párrafo VII, del Título XXVI del Libro IV del Código Civil (1855) sobre criados domésticos; disposiciones propias de su especialidad en otros códigos que le siguieron (factores de comercio, contrato de embarque, seguridad en las minas, privilegio de pobreza, inembargabilidad de ciertos bienes sociales

básicos), una ley de jubilación de empleados civiles (1857), Caja de Ahorros (1861), municipalidades (1891), reglamento de matrícula de gente de mar (1898), etcétera.”⁴⁰

En los albores del siglo XX además, podemos observar la promulgación de la ley N° 3.557 de 1919, el mismo año en que se celebró la primera conferencia del organismo, en virtud del Tratado de Versalles en Junio de 1919. Por otra parte la mayor influencia de la “cuestión social”, tendría expresiones políticas en el discurso de Alessandri Palma y las leyes laborales promulgadas el 8 de Septiembre de 1924 que posteriormente durante Ibáñez se refundarían en el Código del Trabajo, en 1931.

Durante este nuevo ambiente, se promulgó la Constitución de 1925, en la cual se mantienen los principios rectores de la Carta Magna precedente. Así por ejemplo De esta forma, el artículo 10 número 4 aseguraba a todos los habitantes la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada

⁴⁰ THAYER ARTEAGA, William, “Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral chileno”, en: Revista de Estudios Públicos, N° 54, 1994, p. 225.

habitante un mínimo de bienestar adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia.

Así, en esta nueva Carta Fundamental se consagra un mínimo de contenido social donde se “otorgaba el carácter de garantía constitucional a la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refiere a la habitación sana y a las condiciones de vida, de forma tal de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de sus familias, señalando que la ley regulará esta organización.”⁴¹

Lo anterior a juicio de Silva Bascuñán es una respuesta a una “crisis de la orientación liberal de la sociedad, de la política y de la economía”⁴². Para el profesor Irureta Uriarte “el constituyente del año 1925 incorpora en la Carta Fundamental los principios del socialismo de estado y responde a la

⁴¹ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, “Análisis sucinto de las Normas Constitucionales vigentes en materia de Derecho Laboral en Chile” [en línea], p.3 y ss., disponible al 16 de abril de 2013 en [http://captura.uchile.cl/dspace/bitstream/2250/2021/1/Trabajonormasconstitucionales_FWAlker.pdf]

⁴² SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, Primera Edición, pág 301.

concepción de que al propio Estado le corresponde la función dinámica, impulsora del progreso y del bienestar”.⁴³

Naturalmente que durante este período constitucional, el hito más relevante es la promulgación del Código del Trabajo, caracterizado por Thayer de la siguiente manera:

- 1) Distingue entre obreros y empleados, según preponderancia esfuerzo físico sobre intelectual.
- 2) Excluye a los funcionarios públicos y de empresas estatales independientes del Código.
- 3) Régimen sindical restringido, sólo para particulares, sin posibilidad de federarse o confederarse.
- 4) Estado controla sindicatos a través de concesión personalidad jurídica, finanzas obligatoriamente llevadas en el Banco Estado etcétera.⁴⁴

Este panorama social fue intensificado durante el gobierno del Presidente Salvador Allende Grossens, quien durante el año 1971 formuló una serie de

⁴³ IRURETA URIARTE, Pedro, “Consecuencias para la libertad de trabajo de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 N° 3, 1992, p. 491.

⁴⁴ THAYER ARTEAGA, William, *íbid*, p. 229.

reformas, conocidas como “Estatuto de Garantías”, que siguiendo a Walker pueden resumirse en:

- 1) La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y a su familia, un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.
- 2) El derecho a sindicarse de acuerdo a sus actividades o en su industria o faena, gozando los sindicatos, las federaciones y confederaciones sindicales de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley, y siendo libres para cumplir sus propios fines.
- 3) Se garantizaba el derecho de huelga, debiendo regularse ésta por la ley.
- 4) Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.⁴⁵

Para Irurieta, el Estatuto de Garantías es esencial para comprender luego la conformación constitucional de la libertad del trabajo en la constitución de

⁴⁵ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, op. cit. Pág 4.

1980. Según este autor “El inciso 1° del número 16 del artículo 19 reconoce su origen en un proyecto de reforma presentado al Congreso Nacional en el año 1964. En efecto, en el año 1965 se aprobó por la Cámara de Diputados una amplia reforma constitucional que, si bien no prosperó y quedó detenida en su segundo trámite constitucional en el Senado (aun cuando alcanzaron a aprobarse en la Comisión de Reformas Constitucionales de esa corporación), sirvió de base al proyecto que diera lugar, posteriormente, al Estatuto de Garantías del año 1971 (Ley N° 17.398) [...] En esta perspectiva, la Constitución de 1980 no hizo más que mantener una norma que se inició en 1964 y que la Constitución de 1925 consagró luego de la reforma impulsada por la Ley N° 17.398”.⁴⁶

La Constitución de 1980 protege el derecho a la libre contratación como también a la libre elección de un trabajo. En principio esto implica que a nadie se le puede imponer un trabajador o un empleo⁴⁷, abarcaría tanto al trabajador privado como independiente⁴⁸, la ley se encargaría de definir que trabajos requerirán grado o título universitario y las condiciones para

⁴⁶ IRURIETA URIARTE, Pedro, op. ci p. 493

⁴⁷ Cuestión que veremos matizada especialmente en la Ley 20.123.

⁴⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en Chile” en Revista Laboral Chilena, 2004, disponible al 15 de abril de 2013 en [<http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/2004-Libertad-de-trabajo-y-no-discriminaci%C3%B3n-CPR.pdf>]

ejerger. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha fallado que su “contenido esencial (...) asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución”⁴⁹

Para explicar la libertad de trabajo, típicamente se ha recurrido al autor Enrique Evans, según el cual ella “habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley”, agregando que se desenvuelve en dos sentidos, pues implica el derecho a la libre contratación por una parte y el derecho de elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución.⁵⁰

La discusión que se instala a nivel doctrinario consiste en determinar si convive junto a esta libertad de trabajo un Derecho al trabajo, garantizado por el Estado. Para el profesor Evans de la Cuadra “tal deber no es jurídicamente exigible para el Estado; de su cumplimiento sólo deben

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1413-2010, del 16 de Noviembre del 2010, considerando N° 25.

⁵⁰ Evans de la Cuadra, Enrique. “*Los derechos Constitucionales.*” Tomo III. Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

responder las autoridades estatales ante la opinión pública”⁵¹. Lo anterior se condice con lo fallado hace ya larga data por la Corte de Valparaíso con fecha 18 de enero de 1984, donde el abogado integrante Jorge Magasich Huerta aprovecha para formular las siguientes observaciones doctrinarias: “la garantía de "libertad del trabajo" que consagra nuestra Carta Fundamental tiene por objeto cautelar la libertad que tiene todo individuo para elegir u optar a toda clase de trabajo u ocupación, de acuerdo a sus aptitudes, sin que sea posible restringir esta facultad, salvo que existan motivos legales, como por ejemplo, permitir un determinado número de trabajadores extranjeros frente a los nacionales en una empresa. Asimismo, esta garantía impide imponer, dentro de las relaciones laborales, determinados trabajos o servicios que restrinjan el ejercicio de esta libertad, y es así que cada individuo de acuerdo a sus aptitudes puede libremente optar a toda, clase de trabajo u ocupación lícita.”⁵²

Una visión más comprometida ha argumentado que el enfoque anterior sería “reduccionista al amparar la existencia de una libertad de trabajo pero no de un Derecho al Trabajo, ni siquiera en su versión menguada sindicada a

⁵¹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *íbidem*, Tomo II.

⁵² Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI, 1984, Nº 1 (ENERO-ABRIL), Sección 5.

una política de pleno empleo. La razón central de este rechazo por parte del Consejo de Estado, y veladamente por parte de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, fue la ausencia de garantías para asegurar tal derecho, entendiendo que como Derecho Fundamental no era oponible al Estado sino que su satisfacción está en manos de la coyuntura económica, y en específico, del crecimiento en dicha área.”⁵³

Por otra parte Luz Bulnes ha matizado lo anterior señalando que “la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado”.⁵⁴ Expresión que ha dado pie para que otros citándola sostengan “(d)e hecho, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución dejó constancia de que entendió que el trabajo es una expresión de la dignidad y actividad del ser humano, que merece la protección del estado”.⁵⁵ Este último autor, sostiene que la garantía estatal se ha dejado “sabiamente el derecho laboral ha buscado la consagración de la libertad positiva por

⁵³ PIZARRO CONTRERAS, Sebastián “Conciliación entre Derecho al Trabajo y Libertad de Trabajo desde la Perspectiva de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales” en Revista de Actualidad Laboral, Ed. Rosa Mengod, Departamento de Derecho Laboral, Universidad de Chile, Santiago 2009.

⁵⁴ Bulnes, Luz. “*La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980*”, Revista de Derecho Público N° 28, Universidad de Chile, Santiago, 1980, pág. 215.

⁵⁵ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, op. cit.

medios procesales a través de la autonomía colectiva que permite a los actores sociales negociar en condiciones de igualdad y autodeterminar condiciones de trabajo, respetando los derechos mínimos e irrenunciables”. En palabras sucintas, la garantía del derecho al trabajo ha sido delegada a los mismos particulares, quienes deberán organizarse para poder desarrollar su Derecho al Trabajo, o lo que es igual, no existiría una garantía estatal del derecho al trabajo.

Avanzando en las posiciones que dan por hecho la existencia de un Derecho al Trabajo, existe entre nosotros una posición apoyada en el derecho internacional de los derechos humanos, sobre la cual es posible sostener la existencia dentro del ordenamiento de esta garantía: “Con todo, no puede olvidarse que Chile ha ratificado en el año 1972, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual reconoce, entre otros, el Derecho a Trabajar. En virtud entonces del Artículo 5° inciso segundo de la Constitución de 1980, se da la integración de los derechos que se encuentren en los tratados internacionales ratificados por Chile. Conviviría de esta manera en nuestra legislación, una Libertad y un Derecho al Trabajo. Es en absoluto un desvarío, decir entonces que se incluyen dentro

del Artículo 19 de nuestra Constitución, Derechos Económicos y Sociales, considerándose por supuesto, el Derecho al Trabajo.”⁵⁶

Para tener una idea precisa, en mor de la extensión de este trabajo, basta con señalar que la Observación General N° 18, aprobada el 24 de Noviembre de 2005, señala respecto al Pacto recién citado, que “Cuando se redactó el artículo 6 del Pacto, la Comisión de Derechos Humanos afirmó la necesidad de reconocer el derecho al trabajo en sentido lato estipulando obligaciones jurídicas precisas y no un simple principio de alcance filosófico”, para luego hacer resumen de su contenido señalando que "el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho". En el párrafo 2, los Estados Partes reconocen que "para lograr la plena efectividad de este derecho", habrán de adoptar medidas entre las que deberán figurar "la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que

⁵⁶ PIZARRO CONTRERAS, Sebastián, op. cit.

garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana".

En definitiva, existiría un deber positivo para el Estado parte, quien debe incluir dentro de sus políticas públicas laborales una tendencia determinada, las cuales conducirían a garantizar el derecho al trabajo. Esto da pie para que ciertas políticas públicas, por ejemplo la llamada “flexiseguridad”, tenga acérrimos detractores apoyados en el Derecho del Trabajo.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha fallado que “la protección constitucional del trabajo del artículo 19 N°16 de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional al reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo”.⁵⁷

⁵⁷ Sentencia recurso inaplicabilidad artículo 26 bis Código del Trabajo, causa rol 1852-2010, considerando N° 6.

El fallo anterior viene en terminar la descripción respecto al contenido del artículo 19 N° 16 en lo que respecta a la libertad del trabajo y su protección. En síntesis, puede observarse que de las posiciones más “liberales” en sentido clásico se desarrolló hacia mayor compromiso de parte del Estado, para finalmente hoy en día ver convivir un positivismo de suyo liberal y economicista, con interpretaciones más cercanas a la existencia de un Derecho al Trabajo, que obligaría al Estado desde la política pública a regular estas relaciones bajo una directriz de corte social.

En opinión de este autor, la posición más coherente proviene del Profesor Irureta Uriarte, quien sostiene que “(e)l hecho que el Consejo de Estado haya eliminado “el derecho al trabajo” en la redacción final del N° 16 no significa que estimara que no debía protegerse al trabajo, como expresión de la persona humana (...) su eliminación posterior no obedeció a la idea que no se debía proteger al trabajo, sino al criterio que establecer derechos sociales implicaba una prestación que el Estado en su momento se podría ver imposibilitado de cumplir (...) Lógicamente la consagración actual de la norma constitucional no significa que el intérprete o el juez pueda contravenir texto expreso en un sentido determinado (...) Este principio se puede aplicar sin norma legal, pero no contra ella”. Es digno de mencionar

que a renglón seguido avizora un problema actual, al indicar que “cabe preguntarse si puede existir una ley que no proteja al trabajador y, en consecuencia, contravenga el principio que se ha consagrado a nivel constitucional”.

La protección al trabajo se logra en nuestro sistema jurídico a través de dos vías: la primera consiste en la regulación positiva indisponible, es decir el orden público laboral, mientras que la segunda se compone de las posibilidades para hacer valer los derechos a través de un proceso judicial.

2.2 Orden Público Laboral y en particular su ampliación a través del derecho procesal.

Respecto del Orden Público Laboral, debe mencionarse siguiendo a Thayer⁵⁸ la existencia de Ordenanzas Laborales en los tiempos coloniales, regulación que luego fue desconocida en los albores de la República, para después normarlo a través del Código Civil al menos en lo relativo a criados domésticos y subcontratación, finalmente reaccionando con la consagración de un Código especial para el ramo ante el fenómeno denominado “cuestión

⁵⁸ THAYER ARTEAGA, William, op. cit p.227.

social”, el 13 de Mayo de 1931, que ya estipulaba contenidos mínimos para los contratos como se ve en su artículo 6, 44 y 45 a modo de ejemplo. Sin embargo, punto de inflexión es la promulgación de la Ley 19759 en Octubre del 2001, norma con la cual entran importantes artículos a reforzar el orden público laboral, en especial el artículo 2 relativo a la discriminación y el artículo 5 que consagra expresamente los derechos constitucionales del ciudadano en la empresa. A partir de este artículo y el posterior foro para reformar el proceso laboral, se introduce en Chile el concepto de “ciudadanía en la empresa” que cambiaría el escenario administrativo como procesal en el derecho laboral del país.

En palabras del profesor Ugarte “hoy, en el último giro de tuerca en la historia de esta disciplina, el derecho del trabajo ha asumido una nueva tarea: el reconocimiento y la protección de aquellos derechos que acertadamente fueran llamados por la doctrina comparada como derechos laborales inespecíficos, esto es, aquellos “otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en al ámbito de las mismas”, tales como, al decir

del rutilante artículo 5 de nuestro código del trabajo, la intimidad, la vida privada o la honra.”⁵⁹

Dicho concepto es de suyo alambicado, pues guarda en su interior disputas doctrinarias entre teorías que si bien hermanas, poseen diferencias radicales entre sí que al interior del paradigma las hace enemigas y en competencia. En primer lugar⁶⁰, podemos hablar de una “eficacia directa” de la norma iusfundamental en las relaciones entre particulares. Esta primera postura puede sintetizarse, siguiendo la descripción del profesor Marshall respecto a

⁵⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO: DE ERIZO A ZORRO. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2007, vol.20, n.2 [citado 2013-05-15], pp. 49-67 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. doi: 10.4067/S0718-09502007000200003

⁶⁰ Siguiendo a Urzúa Palominos, la doctrina mayoritaria alemana anterior a la “*drittwirkung der Grundrechte*” estaba asentada sobre el trabajo de Georg Jellinek. Para este autor, un derecho subjetivo consistía en “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o a un interés. Solamente el reconocimiento jurídico de la potestad dirigida a un bien o a un interés puede producir esa individualización del derecho, su conexión con una determinada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo”. Por otro lado, como explica el tesisista, “derecho subjetivo será privado (*licere*) si el derecho de que se trate puede ser separado de la personalidad del titular mediante una declaración de voluntad o acto jurídico. Será público (*possé*) cuando dicha potestad no sea escindible del titular sin que su propia personalidad se vea disminuida.” Ahora bien, la situación del individuo frente al Estado es dinámica y puede tomar cuatro variantes:

- 1) Status negativo, correspondiente a una concesión estatal para con una esfera del individuo respecto de la cual mantiene el Estado mantiene “sus manos afuera”.
- 2) Status pasivo, corresponde a la relación de súbdito del individuo para con el Estado
- 3) Status positivo, correspondiente a una esfera del individuo desde la cual puede exigir prestaciones del Estado, en especial la salvaguarda del Status negativo.
- 4) Status activo, configurada por las capacidades otorgadas al individuo para la conformación de una voluntad estatal, v.gr el sufragio. En conclusión la doctrina de Jellinek se circunscribe a la relación del individuo con el Estado y no tiene aplicación respecto a las relaciones inter pares. Ver URZUA PALOMINOS, Rodrigo, “Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la *drittwirkung der Grundrechte*.” Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Profesor Guía Carlos Peña González, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

la teoría de Hans Nipperdey en cuatro puntos: 1) Existen derechos públicos subjetivos sustraídos del tráfico jurídico privado 2) Otras disposiciones son ordenadoras o principios para con el sistema jurídico en general, y 3) entre ellas algunas son fuente tanto de derechos subjetivos públicos como privados 4) habrá que evaluar caso a caso si la norma actúa como derecho subjetivo público o bien es disponible para las partes, atendiendo la desigualdad entre ellas, la naturaleza del derecho y su vinculación con la autonomía de la voluntad.⁶¹ Siguiendo al profesor español Cruz, lo anterior viene a ser desechado por la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán que falla el caso Luth. Siendo concisos, en dicha sentencia se expresa que “ningún orden neutral de valores; en sus artículos sobre derechos fundamentales ha erigido un orden objetivo de valores que se manifiesta en un refuerzo fundamental de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana desarrollada libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad, debe ser válido como fundamento jurídico-constitucional para todas las áreas del Derecho; la legislación, la administración y la judicatura reciben de él pautas e impulsos”. Esto

⁶¹ MARSHALL BARBERÁN, Pablo, "El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución", en *Estudios Constitucionales*, año 8 N° 1, 2010, pp. 43-78.

implica para Cruz las siguientes consecuencias 1) Los derechos fundamentales tienen una estructura dual como derechos subjetivos públicos y como decisiones valorativas o normas objetivas de principios, que en conjunto conforman un sistema de valores que afecta al ordenamiento en su conjunto. 2) Este sistema de valores que significan los derechos fundamentales se irradia en todo el ordenamiento como principios de interpretación del resto de los preceptos legales. Es deber del Juez, en tanto vinculado a la Constitución, no transgredirla al momento de emitir un fallo.⁶² 3) Esto implica una relación recíproca entre derecho fundamental y norma legal, por un lado, en la interpretación de un derecho fundamental hay que tomar en consideración los valores jurídicos protegidos a través de las leyes generales; por otro lado, en la revisión del efecto limitador de las leyes generales sobre los derechos fundamentales hay que tener en cuenta el

⁶² Explicando este fenómeno desde el punto de vista procesal en MARSHALL BARBERÁN, Pablo, *íbid.* “En definitiva, si se atiende a lo dicho sobre el efecto indirecto, resulta sensato entender que éste opera en dos niveles. Por un lado, los derechos fundamentales actúan vinculando al juez ordinario a la constitución de una manera mediada por la legislación de derecho privado. Este es el efecto horizontal propiamente tal. Sin embargo, esta vinculación no se vuelve relevante sin el segundo nivel de operación. Éste implica una prerrogativa del Tribunal constitucional federal de evaluar la constitucionalidad del fallo judicial, en un procedimiento de control de constitucionalidad de la actuación de un órgano del Estado, esto es, ya no en un procedimiento de aplicación sino en un procedimiento de control. Como se ve, el efecto horizontal respeta formalmente la distribución de competencias jurisdiccionales, aunque da cabida a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.”

especial contenido axiológico del derecho fundamental en cuestión.⁶³

Relevante es en este punto sintetizar la teoría de Alexy, siguiendo nuevamente para este propósito a Marshall. Este autor, caracteriza el pensamiento de Alexy en tres niveles:⁶⁴ 1ero) Derechos fundamentales como deberes objetivos que obligan al adjudicador al fallar 2) Derecho del individuo como ciudadano para que el adjudicador al fallar tome en cuenta

⁶³ CRUZ, L.. La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. *Dikaion*, Norteamérica, 18, feb. 2010. Disponible en: <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1541/2111>>. Fecha de acceso: 14 may. 2013.

⁶⁴ Para entender ciertas categorías (imperfectas por cierto) respecto al positivismo y al denominado neconstitucionalismo, en primer lugar hay que entender al positivismo en general como una teoría que responde a la pregunta “¿qué es derecho?” en virtud de una regla de reconocimiento, mediante la cual puede distinguirse perfectamente lo jurídico de las otras fuentes obligacionales. A este postulado clásico (y muy resumido) el profesor Dworkin logró anteponerle el problema de los principios como principal debilidad. En palabras de Atria, el positivismo se enfrentó al siguiente escenario “Enfrentado a los principios, Hart parecía forzado a elegir una de dos posiciones igualmente insatisfactorias: o declaraba que los principios eran inválidos en tanto no fueran reconocidos por la regla de reconocimiento, o aceptaba que algunas normas jurídicas podían ser válidas en virtud de sus méritos substantivos (por ser justas, correctas, imparciales, etc), aun cuando no pudieran ser reconocidas formalmente.” De dicha coyuntura se generan escuelas de positivismo “duro” o “excluyente”/ “blando” o “incluyente” respectivamente. El problema de los “duros” es que el sistema de fuentes está compuesto en buena medida por “no derecho”, v.gr 1461 CC y 2 y5 CdT (19 N°2 CPR). Como consecuencia, la idea de estar estrictamente sujeto a la ley, implica luego que la adjudicación sea válida por haberse fallado en subsunción de una norma, aunque jurídicamente no sea tal adjudicación admisible. Esto entre algunas razones por la coherencia (moral) con la constitución que actualmente se le exige a las leyes, o porque gozan de una simple validez prima facie (como integrante del ordenamiento), abandonando al distinción entre norma definitiva (existente) e infalible (impugnabile o al menos susceptible de ser tenida por incorrecta). Por su parte, el problema de los “blandos” consiste en el límite de penetración que pueda llegar a tener la moral dentro del ordenamiento, en especial porque los criterios serían i) la moral puede ser incorporada si existe una convención que lo permite ii) la moral es relevante porque hay reglas convencionales que la incorporan. Y en este punto existe toda la cuestión relativa a la regla de reconocimiento, que en la práctica funciona como un quehacer de los tribunales y las agencias identificadoras del derecho. Sobre este punto luego, para casos difíciles existe la cuestión de la textura abierta del derecho. Finalmente, el autor llama a una conciliación parapetándose en el valor del positivismo como enfoque metodológico (acercamiento al objeto de estudio acá “el derecho”), pero a su vez calificando al neo-constitucionalismo como una involución jurídica. Ver “La ironía del positivismo jurídico” Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, Edición digital a partir de *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27 (2004), pp. 81-139.

la norma iusfundamental 3) Eficacia inmediata del derecho fundamental. Esto no consiste en que los derechos frente al Estado se transformen en, o sean al mismo tiempo, derechos frente a los demás ciudadanos. La diferencia fundamental estriba en que cada ciudadano que se ve implicado en un caso de efecto horizontal es titular de derechos fundamentales y, por tanto, el efecto de los derechos fundamentales en estas relaciones es diferente.⁶⁵

Ahora bien, un aspecto relevante dentro de la teoría del derecho de Alexy, consiste en la pretensión de corrección de la norma jurídica, aspecto ideológico importantísimo dentro de su concepción de la relación juez – norma legal. Como señala Bernal “De acuerdo con ALEXY, uno de los presupuestos necesarios de los actos de habla mediante los cuales se desenvuelve la práctica jurídica es que dichos actos pretenden ser correctos y pretenden ser aceptados como correctos por parte de la comunidad jurídica y de la comunidad en general. Ésta es la llamada pretensión de corrección. Ahora bien, ALEXY sostiene que esta pretensión implica una conexión necesaria entre derecho y moral porque, cuando las razones provenientes del derecho positivo no son suficientes para resolver los casos

⁶⁵ MARSHALL BARBERÁN, Pablo, op. cit.

concretos, la pretensión de corrección permite recurrir a razones de toda laya. Sin embargo, esta misma pretensión otorga prioridad a las razones de justicia —que son razones morales— sobre todas las otras razones que no están basadas en el derecho positivo —como, por ejemplo, razones de utilidad— para resolver tales casos concretos. La conclusión de ALEXY es perentoria: «Esto ya es suficiente para establecer que la pretensión de corrección necesariamente se refiere al razonamiento moral cuando la decisión no puede adoptarse sólo con base en razones procedentes del derecho positivo», o, expresado en términos más concretos: «La pretensión de corrección no sólo implica el poder jurídico del juez para aplicar razones morales en los casos difíciles; también implica la obligación jurídica de hacerlo cuando sea posible»⁶⁶. Este mismo autor señala que para Alexy, como seguidor de Gustav Radbruch el derecho en extremo injusto no es parte del ordenamiento jurídico.

Esta conexión que establece el autor alemán entre Derecho y moral, arrastrando para sí el pensamiento de Radbruch, constituye uno de sus puntos más polémicos, en tanto para muchos representa una atribución de

⁶⁶ BERNAL PULIDO, Carlos en “El concepto y la naturaleza del Derecho” de ALEXY, ROBERT, Estudio introductorio, disponible en [“http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_concepto_y_la_naturaleza_del_derecho.pdf”](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_concepto_y_la_naturaleza_del_derecho.pdf) al 15 de mayo de 2013.

facultades para los jueces que sobrepasa los límites de un Estado de Derecho (liberal).

2.3 La teoría de Alexy

La relevancia de la teoría de Alexy para el Orden Público Laboral es gigantesca. En primer lugar, la Dirección del Trabajo a través del Dictamen N° 2.865/0162 del 30 de Agosto del 2002 señala que en el ordenamiento jurídico nacional, la norma constitucional (de derechos fundamentales) obliga tanto a las autoridades públicas como a todos los ciudadanos, conceptuando lo anterior como “autosuficiencia de la norma fundamental”, fundándose en el artículo 6 inciso segundo de la Carta Magna que preceptúa “(...) obligan tanto a titulares o integrantes de dichos órganos (del Estado) como a toda persona, institución o grupo”. Lo anterior se refuerza en el Derecho laboral a través del artículo 5 del Código del Trabajo, que contiene en su opinión una “vis expansiva que debe impregnar la interpretación y aplicación (...) en un sentido que apunte a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral. Los derechos fundamentales, expuestos dentro de esta visión de la “ciudadanía en la empresa” vienen a constituir un límite en especial a los “poderes

empresariales”. En concreto, interesa asentar una doctrina que permita dilucidar cuándo exista transgresión a los derechos fundamentales por parte del empleador en uso de sus facultades legales. La Dirección alude en primer lugar a la teoría de los contenidos esenciales, recogida en la jurisprudencia constitucional chilena. Se trata de diagramar el derecho fundamental como tres anillos concéntricos donde el más alejado es la zona delimitada por otros principios, donde quedan ciertos elementos sujetos a una protección provisional susceptible de cederse ante una eventual colisión. Esta zona no forma en realidad parte del derecho. Dentro de esta misma zona existe una franja donde debieran incluirse aquellos elementos específicamente excluidos por el mismo derecho fundamental. Por último, como núcleo del precepto, estará el contenido esencial del derecho.

El Contenido Esencial no puede ser jamás intervenido, puesto que su deformación implica necesariamente una forma de violación al derecho humano. En este sentido, se entiende intervenido cuando queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo

razonable o lo despojen de la necesaria protección, convirtiéndolo en “irreconocible” e impidiendo su libre ejercicio.⁶⁷

Esta postura exige una interpretación de los derechos fundamentales, que como explica Villaverde consiste en tres criterios⁶⁸;

1. La propia norma iusfundamental excluye del objeto de uno de los derechos la conducta que aparentemente lesiona el otro derecho, bien o interés en conflicto
2. A través de los límites inmanentes del derecho fundamental, de forma que no puede ser su objeto de protección una conducta que niega la existencia de otra norma constitucional
3. A través de los límites externos del derecho fundamental, siempre y cuando cumplan con el canon constitucional que les está permitido.

En palabras más simples, se refiere a la existencia de derecho

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 24.02.87, Rol N° 43, considerando 21; Relativa a “Ley orgánica constitucional de los partidos políticos.”

⁶⁸ Debe mencionarse dentro de aquellos que niegan la posibilidad de conflictos entre derechos fundamentales al profesor José Luis Cea Egaña quien los considera sólo aparentes y resolubles a través de normas que los reglan. Agrega que si persiste el conflicto, recién entonces habrá que estarse a ideas de jerarquía o gradación, primacía o preponderancia. Estas otras fórmulas de resolución, en realidad “aclaran” un conflicto aparente, lo que comprendo como una perspectiva vertical de los derechos fundamentales, antes que desarrollarlo con una perspectiva que llamaremos horizontal. Ver CEA EGAÑA, Luis “El sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica”, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral.p 172.

positivo que regule el precepto fundamental, dentro del límite que autorice la Constitución.⁶⁹

Finalmente el dictamen de la Dirección del Trabajo luego alude a la teoría del profesor Robert Alexy, haciendo cátedra sobre los principios de proporcionalidad, adecuación y necesidad, rectores en la determinación imputable respecto al ejercicio de un derecho fundamental que afecta a otros de diferente titular. Mella y Montoya señalan al respecto que “El marco teórico que distingue entre reglas y principios, propuesta por Dworkin, aludida también por Alexy y enriquecida por la contribución de sus posteriores comentaristas y críticos, encontró un campo fértil en la jurisprudencia administrativa contenida en numerosos dictámenes de la Dirección del Trabajo chilena.”⁷⁰

La doctrina laboral ha acogido de forma casi unánime i) la eficacia directa del derecho fundamental ii) el método de ponderación de Alexy.

⁶⁹ VILLAVERDE, IGNACIO “La resolución de conflictos entre derechos proporcionales. El principio de proporcionalidad” p 181, disponible en CARBONELL, MIGUEL (editor) “El principio de proporcionalidad e interpretación constitucional” disponible en [<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/6PPIC.pdf>] consultado el 05 de julio de 2010]

⁷⁰ MELLA CABRERA, Patricio Eleodoro y DOMINGUEZ MONTOYA, Álvaro Eduardo. Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2012, n.39 [citado 2013-05-18], pp. 177-219 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. doi: 10.4067/S0718-68512012000200007.

A modo de ejemplo Melis señala en relación al artículo 6 inciso segundo de la Constitución que “establece quiénes deben cumplir los preceptos constitucionales, optando claramente por una vinculación que abarca tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, de manera tal que la pretendida eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones interprivatas se ve reforzada desde una perspectiva material, en la propia Constitución”.⁷¹ En un texto posterior, en coautoría con Sáez, se intenta resumir el “Épilogo a la teoría de los derechos fundamentales” de Alexy en los siguientes términos “Siguiendo a Alexy, del principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios se define el mandato de optimización de los derechos fundamentales en tanto principios. En efecto, la optimización de los principios (derechos fundamentales) en conflicto supone la máxima realización posible de ambos, esto es, el mejoramiento de la posición de uno sin costo para el otro (idoneidad y necesidad) y el beneficio de uno mayor al sacrificio del otro (proporcionalidad en sentido

⁷¹ MELIS VALENCIA, Christian, “Derechos de ciudadanía y empresa: Apuntes para una configuración dogmática jurídica” disponible en [http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf] con fecha 16 de Mayo de 2013.

estricto). Del incumplimiento de este mandato de optimización resulta la no proporcionalidad del medio empleado objeto de control”.⁷²

Gamonal por su parte, justifica la eficacia inmediata en atención a las particularidades del Derecho del Trabajo, donde existe una asimetría entre las partes y una dinámica relacional que permite al empleador (fuerte) apoyado incluso por fuente legal tomar medidas que podrían significar un abuso para su contraparte trabajador (débil). Menciona entre estas facultades las facultades sancionadoras del artículo 154 N° 10, la potestad para configurar un reglamento interno, la extensión del contrato colectivo a trabajadores futuros o que no negociaron, entre otras, para luego discurrir en relación al sistema de ponderación de Alexy.⁷³

Ugarte a su vez señala que respecto al Derecho Laboral “(...) la lógica de la autonomía privada y de la igualdad de las partes, principal lanza argumentativa de los partidarios de la eficacia indirecta, viene trastocada desde mucho antes de la constitucionalización del derecho – y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales-, en razón de haber intentado esta rama del derecho, desde su aparición histórica, la corrección y equilibrio de

⁷² MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Francisco, op cit. p.236.

⁷³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio “Ciudadanía en la empresa”, Fundación de Cultura Universitaria, Primera Edición, Julio de 2004.

la situación de poder en que se desenvuelve la relación privada entre empleador y trabajador. Esa relación de poder, qué duda cabe, tiene más parecido a la relación existente entre autoridad y ciudadano que a la del vendedor y comprador del Código Civil.”⁷⁴ Para este autor el “discurso de los derechos fundamentales” ha sido construido a partir de una mixtura de “Hart y la preeminencia del juez en los casos difíciles por la textura abierta de las normas, Dworkin y el blindamiento de los derechos fundamentales como carta de triunfo frente a las consideraciones utilitaristas o consecuencialistas, Alexy y la tesis de los derechos fundamentales como principios y la ponderación como vía de solución del conflicto de esos derechos, Ferrajoli y el garantismo como forma de implementación de los derechos fundamentales, constituyen las bases no necesariamente coherentes entre sí, sobre las que se construirá (...)”⁷⁵

Palavecino, desde una óptica algo más crítica, concuerda en el lugar preeminente que tienen los derechos fundamentales dentro del ordenamiento, explicando que se constituyen en Chile como un límite a la soberanía “La Constitución Política, en su art. 5.º, llega incluso a sustraer

⁷⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. Op cit.p. 57 .

⁷⁵ Íbid, p. 54-55 nota al pie N° 14.

explícitamente el “núcleo duro” de los derechos fundamentales (aquellos que la Carta Fundamental llama “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”) a la decisión de la mayoría democrática, al configurarlos como límite de la soberanía; le impone, además, a los órganos del Estado el deber de respetarlos y de promoverlos.”⁷⁶ Esta situación sin embargo le merece críticas puesto que en su concepto podría conducir a una “inflación de derechos”, situación que se puede evitar si se diferenciara a los derechos fundamentales en relación a su esencialidad, distinguiendo entre los protagonistas de la dignidad humana y los coadyuvantes.⁷⁷ Esta idea de “inflación de derechos” la recoge del profesor Enrique Barros, quien explica “Particularmente las convenciones internacionales sobre derechos humanos tienen crecientemente a ampliar el horizonte desde el establecimiento de reglas básicas de justicia, que limitan aquello que repugna nuestra conciencia jurídica y moral (en el sentido del negativismo de A. Kaufmann), hacia una retórica de derechos que se extiende sde esas cuestiones básicas de la dignidad humana y de la libertad, hacia los más

⁷⁶ PALAVECINO CACERES, Claudio. La Protección Contra el Acoso Psíquico Laboral en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2004, vol.17 [citado 2013-05-16], pp. 63-89 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. doi: 10.4067/S0718-09502004000200003.

⁷⁷ PALAVECINO CACERES, Claudio. “ La prohibición constitucional de huelga de los funcionarios públicos y los instrumentos internacionales””, *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, N°1/2000, Santiago de Chile, págs. 63 y 64

diversos deseos y aspiraciones de autoexpresión y gratificación. La moral del deber, que se funda en la confianza recíproca y en la autodisciplina, protegidos por el derecho, tiende a debilitarse mediante la conversión del sujeto en un permanente acreedor de bienes y satisfacciones que espera recibir de la sociedad.”⁷⁸

También son voz disidente los autores Ferrada y Walter, quienes opinan que el modelo de adjudicación del procedimiento de tutela es esencialmente legalista “Esta interpretación de los derechos y poderes de ambas partes, subsumidos en los derechos fundamentales que los inspiran, constituye, en nuestra opinión, un ejercicio de abstracción y generalización que no resulta del todo coherente con el resto del ordenamiento jurídico. En efecto, toda controversia jurídica supone el enfrentamiento de dos posiciones contrapuestas, las que se sustentan, en último término, en valores, principios o reglas constitucionales, pero que el legislador y, eventualmente, la Administración del Estado, regulan a través de normas derivadas. Es decir, cualquier posición jurídica de una persona se fundamenta normalmente en una norma legal o reglamentaria, cuya validez descansa primariamente en

⁷⁸ BARROS MOURIE, Enrique “Lógica y Límites de los Derechos Fundamentales” Anales del Instituto de Chile, 2002, pp. 135-140 disponible en [<http://www.institutodechile.cl/index/anales/2002.pdf>] visitado el 16 de mayo de 2013.

una norma constitucional –por coherencia y validez del sistema de fuentes formales del ordenamiento–, lo que no significa que aquella sea siempre el ejercicio directo de un derecho fundamental.”⁷⁹

Desde el punto de vista internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de una consulta formulada por México en relación a las relaciones laborales en las cuales el Estado es empleador, se ha determinado que éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos. Esta obligación opera también como legislador e incluso será responsable en caso de que se cometa una violación de derechos fundamentales respaldada por alguna política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de flagelo a los derechos fundamentales. Siguiendo a Mijangos “Así, la obligación de respeto prevista en el artículo 1.1 se concreta en tres vertientes respecto a los poderes públicos: primera, como una responsabilidad directa en su carácter de empleador; segunda, como obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención y, tercera, como responsabilidad subsidiaria cuando, a través de sus políticas públicas, fomente acciones y

⁷⁹ FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos y WALTER DIAZ, Rodolfo. **La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral.** *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2011, vol.24, no.2, p.91-111. ISSN 0718-0950.

prácticas de terceros que constituyan violaciones de derechos fundamentales.” Luego el mismo autor continúa “Ahora bien, en una relación laboral constituida por particulares, la CIDH establece que siendo el principio de igualdad —al igual que el resto de derechos de la CADH— una norma de jus cogens, acarrea obligaciones erga omnes, lo que lo caracteriza como una norma de carácter necesariamente objetivo, y por tanto, que abarca a todos los posibles destinatarios, tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares. Para la Corte, los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros están claramente configurados en el propio régimen jurídico de la Convención Americana, específicamente en el artículo 1.1 de la misma, que proclama el sometimiento tanto de poderes públicos como de particulares a la Convención.

La Opinión Consultiva 18/03, a juicio de la CIDH, se inscribe en «la doctrina jurídica denominada *Drittwirkung*, que se encuentra presente en buena parte de la jurisprudencia internacional” El autor, si bien acepta que es posible interpretar que la intención de la Corte es asentar la eficacia mediata, pues la condena procedería sólo “(...) como mucho, condenar a algún Estado por no haber dispensado a sus ciudadanos una protección

suficientemente efectiva frente a otros particulares” a su juicio “esta apreciación no es del todo correcta, ya que, al igual que en el sistema interamericano, es cierto que sólo los Estados pueden ser condenados por la violación de los derechos del Convenio, y en este sentido sí podríamos hablar de una eficacia mediata; sin embargo, desde un punto de vista material, la eficacia es inmediata ya que lo que desencadena la responsabilidad del Estado es la previa lesión del derecho de un particular por otro particular”⁸⁰

Atendida la importancia entonces de la teoría de Alexy para la adjudicación en caso de conflictos entre derechos fundamentales, y teniendo en cuenta que el objetivo de este trabajo justamente versa sobre éstos y además considerando que el artículo 5 del Código del Trabajo se contrapone a las facultades del empleador, cuyo origen según la jurisprudencia administrativa recién citada “reconocen su fundamento último en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad”, se intentará a continuación una breve explicación del método de ponderación, sistema que por lo demás se

⁸⁰ MIJANGOS GONZÁLEZ Javier, “The Doctrine of the Drittwirkung Der Grundrechte in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”. InDret, Vol. 1, 2008. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1371114> al 16 de Mayo de 2013.

consagra para solucionar conflictos entre derechos fundamentales en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

Lo anterior como exponen Mella y Domínguez en su trabajo recién citado, no consiste en una práctica uniforme de los tribunales ordinarios, los cuales en muchos casos (ver nota al pie N° 51 de su trabajo) estructuran sus decisiones a través del “método de motivación de las sentencias”. Para los autores sin embargo “Así, se puede sostener, que si se da por establecida la vulneración de un derecho fundamental sin acudir a la ponderación en los casos que menciona el artículo 485 inciso 2° CT. antes explicado, sugiere una violación flagrante de dicha norma. Luego, utilizar en el caso anterior el principio de fundamentación o motivación de las sentencias es claramente insuficiente.” Los mismos autores agregan que se evita la ponderación pero sin expresar necesariamente una postura doctrinaria de adjudicación distinta en ciertos casos “aplicando el alivio probatorio indiciario del artículo 493 CT., como así también cuando la vulneración es evidente por carecer de justificación y razonabilidad”⁸¹. Por otra parte, Ferrada y Walter opinan que “(...) la ponderación no operaría como un instrumento general de resolución de controversias entre empleador y trabajador, sino como un

⁸¹ MELLA CABRERA y DOMÍNGUEZ MONTOYA, op.cit, ver nota al pie N° 52.

medio excepcional utilizable sólo cuando se alegue la desproporción del ejercicio de la facultad asignada por la ley al empleador para disponer la organización de sus medios al interior de la empresa. En este sentido, la ponderación o proporcionalidad operaría más como un instrumento de reducción de la arbitrariedad del empleador, similar a sus antecedentes en el poder de policía de la Administración del Estado, que un ejercicio de balanceo de dos derechos fundamentales en juego. Esto supondría la incorporación de un criterio de racionalidad en el ejercicio de las facultades del empleador, las que debieran ser ejercidas dentro de los marcos definidos por el ordenamiento y con respeto de los derechos de los trabajadores.”

Volviendo a Alexy en primer lugar, es necesario diferenciar los principios de las reglas. Los primeros corresponderían a “mandatos de optimización” cuya característica principal consiste en ordenar que algo sea realizado dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Esto significa que pueden cumplirse en distintos grados, según circunstancias de hecho y circunstancias jurídicas, que comprenden a otros principios y reglas.

Por su parte, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no, contienen en sí determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente

posible. Debido a esto, Alexy sostiene que la diferencia es cualitativa antes que de grado. La diferenciación es concluyente en atención a cómo deben resolverse conflictos entre reglas y entre principios.

Para los conflictos entre reglas las soluciones posibles consisten en la validez de una por sobre la otra, o bien la inclusión de una cláusula de excepción que posibilite la coexistencia de ambas. Los criterios de validez serán los clásicos adagios “ley posterior deroga a la anterior”, “ley especial sobre la general” y según la importancia o jerarquía de la regla. Lo relevante es que los conflictos desembocan en la declaración de invalidez de alguna de las reglas que formen parte de él.

Respecto a los principios, cuando se enfrentan, uno debe ceder ante el otro, pero en ningún caso significa esto una declaración de invalidez, más bien responde a qué principio tendría más “peso” o preponderancia en una relación de tensión bajo determinadas circunstancias. Este examen de preponderancia, se logra estableciendo una relación de precedencia condicionada la cual agrupa variables que son supuestos de hecho que sirven posteriormente para la creación de una norma (principio o regla) adscripta, lo cual consiste según la RAE en contar entre lo que corresponde

a alguien o algo, es decir la norma podrá ser adscripta a un principio. La precedencia condicionada de un principio sobre otro consiste establecer las condiciones en las cuales un principio precede al otro, existiendo una primacía en concreto que se determina por los antecedentes facticos en cuestión.

Las normas adscriptas, son normas de derechos fundamentales no establecidas directamente en la Constitución, si no que existen en relación a otra norma siempre que sean sostenidas por una fundamentación lógica correcta. Uno de los problemas de la teoría de Alexy viene ser que no todas las argumentaciones correctas concluyen con el mismo resultado, por lo que veremos más adelante su “fórmula del peso” para generar una escala triádica, que viene a respaldar racionalmente las decisiones resultantes de un examen de ponderación.

La norma, simbolizada por “**R**” en la lógica de Alexy, viene determinada por una relación de precedencia (“**C**”) que a la vez está constituido por supuestos de hecho aplicados en un caso concreto (“**S**, **S**” etc...). Estos hechos son en realidad argumentos para una fundamentación de “**R**” que de ser correcta correspondería a una norma de derecho fundamental, pero que

al mismo tiempo funciona como regla puesto que el estado de cosas sometido a decisión puede ser subsumido en “**R**” como si fuera una norma legislada. La conclusión de Alexy consiste en que aun cuando todas las normas directas de derechos fundamentales tuvieran carácter de principios, existirían entre ellas principios y reglas en calidad de normas de derechos fundamentales adscriptas. Esto se explica en conceptos lógicos así;

1. $(P'PP'')$ C donde P' y P'' son principios en conflicto y C la relación de precedencia y **P** es su símbolo. En este ejemplo P' precede a P'' dadas las circunstancias C.
2. $C \rightarrow \text{“R”}$ donde $C = S', S'', S'''$ (características de supuestos de hecho). Las circunstancias (C) son constituidas por los supuestos de hecho relevantes. La implicancia de **R** con C está determinada por $(P'PP'')$. Esto configura la denominada “ley de colisión”; Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.⁸²
3. Luego “**R**” es norma de derecho fundamental adscripta si existe fundamentación iusfundamental correcta, y a la vez regla donde cada

⁸² Op. Cit. p 94.

vez que ocurra (P'PP')C se aplicará "R" como si fuera una norma legislada.

Ahora bien, una vez tenida la notación de la solución, surge el problema sobre la forma racional para llegar a R. La crítica más importante que recibe Alexy proviene de Habermas, quien acusa a la ponderación de arbitraria e irreflexiva, hecha según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado⁸³.

Son tres los problemas básicos en la ponderación, relativos a la estructura, la racionalidad y la legitimidad. Estas características deben estar presentes en un examen de ponderación. Mientras más racional sea, más legítima, pero para esto el análisis debe ser coherente con la estructura.⁸⁴ Para evitar la ponderación arbitraria, la cuestión principal es la estructura. Es en estos términos en los que aparece el juicio el principio de proporcionalidad.

Los principios están implicados con el principio más importante del derecho constitucional material; el principio de proporcionalidad. A su vez este

⁸³ ALEXY, ROBERT "La fórmula del Peso", traducido al castellano por Carlos Bernal Pulido, en CARBONELL, MIGUEL (editor) "El principio de proporcionalidad e interpretación constitucional" disponible en [<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/6PPIC.pdf>] consultado el 05 de julio de 2010.

⁸⁴ Íbidem, p. 14-15,

implica al carácter de los principios. Este principio material se divide en tres, idoneidad, necesidad, y proporcionalidad. Los dos primeros se refieren a la optimización fáctica, es decir el óptimo de Pareto. La proporcionalidad se refiere a las posibilidades jurídicas. El núcleo de la ponderación es la “ley de la ponderación” “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción de otro”⁸⁵.

La idoneidad o juicio de adecuación debe identificarse con el fin de la acción tenida por transgresora. “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.”⁸⁶ El dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4731/081, de 3 de octubre de 2010, que resuelve una cuestión sobre la obligación de confidencialidad, señala: “será idónea en la medida que persiga un fin legítimo y que, razonablemente, de acuerdo a su naturaleza, pueda alcanzar dicho fin.” Para Mella y Domínguez, en Chile el instrumento ad hoc para lograr justificar la finalidad de las medidas

⁸⁵ Íbidem, p 15.

⁸⁶ Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, R.U.C. 08-4-0001305-6/ R.I.T. T-1-2008, confirmada por Corte Suprema, rol N° 52-2009.

empresariales, constituye el reglamento interno a través del cual se logra evitar arbitrariedades y violaciones a derechos fundamentales en ejercicio de la potestad reglamentaria, si cumple con los siguientes requisitos: “i) deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento interno de higiene y seguridad de la empresa, emitido en conformidad a la ley; ii) sólo pueden efectuarse por medios idóneos y con-cordante con la naturaleza de la relación laboral; iii) su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, es decir no debe tener un marco discriminatorio; y iv) debe respetarse la dignidad del trabajador.”⁸⁷

Respecto a la necesidad, consiste simplemente en examinar si la conducta desplegada por el empresario constituye la menos lesiva posible, en relación a los medios disponibles en ese minuto. Por ejemplo se ha fallado “Luego también existían otras posibilidades menos lesivas, como por ejemplo que la entrevista la hubiese realizado la jefatura de la actora, el jefe de seguridad del local o en el peor de los casos un extraño que no estuviese deslegitimizado por su prontuario penal y en todo caso siempre en el marco de un procedimiento previamente establecido y comunicado oportunamente,

⁸⁷ MELLA y DOMÍNGUEZ, op. cit.

lo que es evidente en este caso se omitió” Nogueira señala al respecto cuatro requisitos: i) necesidad material, esto es que el medio utilizado sea el que afecte en menor intensidad al derecho fundamental; ii) exigibilidad espacial, lo que quiere decir es que el medio que se utiliza sea aquel que limite en la menor forma el ámbito de aplicación del derecho; iii) exigibilidad temporal, esto es que se afecte el menor tiempo posible al derecho fundamental; y iv) exigibilidad personal, entendiendo que la medida debe afectar a la menor cantidad de personas posibles.⁸⁸

La ponderación, como se adelantó párrafos atrás, supone el razonamiento jurídico en el examen de proporcionalidad. Exige mirar la conducta desplegada en relación al bien jurídico que lesiona y al que protege. De esa comparación, la medida debe resultar “ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto”⁸⁹. Para Alexy, es la ponderación el núcleo de una argumentación jurídica que equilibra los

⁸⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Lineamiento de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos”, Editorial Librotecnia, Santiago 2006, pp. 387-388.

⁸⁹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII (Valparaíso, Chile, 2006, Semestre I)[pp. 19 - 44] disponible en [www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/611/576] al 19 de Mayo de 2013.

derechos individuales de los sociales. “...la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales”⁹⁰. Por este juicio se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción. Alexy explica “La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.”⁹¹

Respecto a la ponderación, desde el punto de vista nacional puede considerársele como el paso olvidado del juicio de proporcionalidad. Al

⁹⁰ ALEXY, Robert, “La Institucionalización de la Justicia”, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 59

⁹¹ ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” disponible en [\[http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf\]](http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf) el 20 de Mayo de 2013

respecto “(...) en cuanto las sentencias examinadas, en los casos en que la acción de tutela es acogida, parecen esquivar el último paso de la ponderación, esto es, la proporcionalidad en un sentido estricto, refugiándose en que faltando cualquiera de las dos anteriores (idoneidad y necesidad) es suficiente para conceder la protección del derecho fundamental esgrimido por el trabajador.”⁹² También se ha cuestionado el rol que debe asumir el juez de “licitante” frente al conflicto de derechos fundamentales, pues está obligado a escoger la prevalencia de cada cual según “el bien común”⁹³. Habermas ha manifestado dos críticas al respecto:

I) La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales. Él opina que por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la “primacía estricta” que debería ser característica de los “puntos de vista normativos”. Según Habermas no hay “parámetros racionales” para ponderar: Porque hacen falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios (eingewöhnt). II) La

⁹² MELLA y DOMÍNGUEZ, op.cit.

⁹³ Ver URBINA, Francisco “Una crítica a la perspectiva de la ponderación” en Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile disponible en [\[http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Francisco%20Javier%20Urbina.pdf\]](http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Francisco%20Javier%20Urbina.pdf) al 16 de Mayo de 2013.

segunda objeción se trata de un problema conceptual. Habermas afirma que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales (Vorstellung) como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad. La sentencia es en sí misma un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta (no es juez, ver nota al pie n°87).

Entonces, en respuesta a las críticas que acusan falta de racionalidad en la ponderación, Alexy replica que la afectación que resulta de la solución del conflicto puede estimarse en una escala de tres niveles; leve, medio y grave, base de la escala triádica. Con respecto al status quo que acusa Habermas, responde que los estándares ciertamente son correlativos a las líneas jurisprudenciales conformadas por los precedentes, pero el sentido la crítica de Habermas no es válida a menos que el sentido de la decisión

proviniera únicamente de la existencia de una línea de precedentes y no de su propia corrección.⁹⁴

3. La libertad de trabajo y su protección en la acción de protección.

3.1 Breve referencia a la acción de protección.

Como se explicó en el título anterior, el criterio del Consejo de Estado, en general, fue a eliminar una serie de derechos sociales, sobre la base que el Estado no se encontraría en condiciones de asegurar su cumplimiento, lo que exponía al texto constitucional al descrédito de ser considerada como meramente nominal. Por ello, el texto finalmente aprobado tiene un enfoque más bien liberal, centrado en asegurar al máximo la libertad de trabajo en términos amplios, tanto en el sector privado como en el público. Por ello, no es raro que exista jurisprudencia que vincule esta libertad con la libre competencia –y con el orden público económico- pues es a través de ella que se permite a la sociedad como un todo obtener beneficios económicos más allá de los meramente individuales.

⁹⁴ ALEXY, Robert “La fórmula del Peso”, op.cit 21.

Abordando el punto, el artículo 20 de la Constitución Política de la República establece que puede recurrir de protección, por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de derechos y garantías especialmente determinados en dicha disposición, para que el tribunal mencionado restablezca el imperio del derecho y asegure la debida protección del afectado, adoptando las providencias que juzgue necesarias para ello; El recurso de protección se define entonces tiene una naturaleza cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares.

La jurisprudencia ha establecido los requisitos del recurso de protección como “es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a derecho, o arbitrario, esto es producto del capricho de quien incurre en él, en el sentido de vulnerar un precepto normativo obligatorio que tenga la naturaleza jurídica de aquéllas definidas como ley en el Código de Bello, aplicable al caso concreto, en otras palabras, el actuar u omitir es ilegal, cuando

fundándose en algún poder jurídico que se detenta, se excede en su ejercicio, de cualquier manera; o bien, arbitrario, es decir, producto del mero capricho de quien incurre en él, de modo que la arbitrariedad indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, esto es, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza; y que, enseguida provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, contrariando una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y decisión de cualquier asunto como el que se ha propuesto en el presente;”⁹⁵

Tal como ha señalado la jurisprudencia, de una manera en todo caso no uniforme, la garantía en estudio se refiere a los trabajadores dependientes en virtud de un contrato de trabajo. No obstante ello, se han acogido recursos de protección invocando esta garantía contra actuaciones del Servicio de Impuestos Internos que han negado el timbraje de documentos, lo que al existir normas que exigen la emisión de boletas y facturas, por ejemplo, es una forma indirecta de impedir el desarrollo de ciertas actividades comerciales o profesionales independientes. También se suele invocar esta garantía en relación a las negativas de los departamentos de patentes

⁹⁵ Corte de Apelaciones de La Serena, considerando sexto, ICA N° 13-2008, confirmado por CS.

municipales en cuanto a girar la orden de pago de la patente. Es por ello que no resulta extraño que esta garantía se invoque en conjunto con la del número 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, relativa a la libertad de empresa, dentro del contexto de las normas sobre orden público económico, o con el número 24 del artículo 19 relativo al derecho de propiedad.

3.2 El fracaso de la acción de protección.

En general, el recurso de protección se entabla contra las directrices de la Dirección del Trabajo. “En efecto, al examinar la jurisprudencia del recurso de protección en el caso chileno y dictadas por las Cortes de Apelaciones del país y la Corte Suprema, se advierte la casi nula presencia de resoluciones que aludan a la protección de los derechos constitucionales del trabajador, en relación a conflictos surgidos al interior de la empresa entre trabajador y empleador. El temor a las represalias en el desarrollo de las condiciones de trabajo y derechamente, el miedo a perder el empleo en caso de un recurso deducido por el trabajador, constata la ineficacia de la acción de protección”⁹⁶. Para Melis “se ha transformado más que en un instrumento de amparo de los derechos fundamentales del trabajador (...)

⁹⁶ UGARTE CATALDO, José Luis, “Tutela de derechos fundamentales del trabajador”, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 18 ss.

en un mecanismo que casi exclusivamente se ha limitado a coartar y cuestionar atribuciones y facultades de la dirección del trabajo”⁹⁷

La doctrina ha caracterizado este fracaso de la acción de protección como herramienta eficaz para el trabajador señalando en primer lugar que los tribunales solo podrán disponer las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, lo que implica que este mecanismo de tutela carece de una dimensión reparatoria, sin perjuicio de las dificultades probatorias y la ausencia de garantías para el denunciante, ante la posibilidad de seguir vinculado en una relación laboral ahora indeseada.

El reclamo general encauzado a través de este procedimiento viene a ser la extralimitación de sus facultades en la fiscalización, ya sea calificando jurídicamente relaciones jurídicas, limitando el poder de organización, cobrando multas de forma indebida etcétera... Como muestra, es común se incluya como fundamento de la acción de protección el siguiente párrafo: “En cuanto a los fundamentos de derecho del recurso, consigna que el artículo 420 del Código del Trabajo señala que corresponde a los Tribunales

⁹⁷MELIS VALENCIA, Christian, “Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales”, Abeledo Perrot, Santiago, 2010. 2010, p. 29.

de Justicia el conocimiento de aquellas materias propias de la interpretación de los contratos colectivos o individuales, sin que la Inspección del Trabajo tenga facultades para ello. Por el contrario, y sosteniendo que la recurrida se ha salido del margen de sus atribuciones, el recurrente señala conculcado el artículo 7° de la Carta Fundamental. Consecuentemente, indica vulneradas las garantías establecidas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en cuanto al derecho a no ser juzgado por comisiones especiales; en el numeral 16 del mismo artículo 19, en lo que dice relación con la libertad de contratación; y, por último, las garantías contenidas en el artículo 19 N° 21 y 24, en cuanto resguardan la libertad para el ejercicio de una actividad económica y el derecho de propiedad, respectivamente.”⁹⁸

La mayoría de los recursos de protección entonces se acogen en atención a la circunstancia de que la Dirección habría sobrepasado sus funciones propias, arrogándose competencia propia de los Tribunales de justicia. Lo anterior sin duda plantea una antinomia patente entre las facultades de la Dirección del Trabajo y el artículo 420 del Código del Trabajo. Curioso es que al mismo tiempo, reconozca que el artículo 2 del Código del Trabajo, en su inciso noveno, otorga al Estado la misión de amparar al trabajador en

⁹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, ICA 6537-2011, pronunciada 14 de Octubre de 2011, confirmada.

su derecho de elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios, lo que realiza a través de la Dirección del Trabajo. La jurisprudencia ha resuelto que a este servicio le corresponde un rol preponderante en la defensa del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República: “Que siendo el trabajo un derecho-deber, ha sido objetivo también de la función protectora asumida por el Estado, y que, elevada a nivel constitucional, en la Carta Fundamental aparece prevista en el artículo 19 N° 16 en la que se establece que ‘Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución’”. Para no dejar espacio a la duda, agrega: “Dentro de la protección del derecho-deber de trabajar asumida por el Estado, debe considerarse que el derecho laboral, en su contenido, siempre ha previsto las formas de resguardar los derechos que se reconocen a los trabajadores y, entre ellas, indudablemente ha de incluirse la creación de entidades que tienden a concretar esa protección, entre otros, la Dirección Nacional del Trabajo, que, a lo largo del país, a través de sus órganos regionales, ejecuta, entre otras, la función de fiscalizar el

cumplimiento de la legislación laboral, de concretizar el amparo de la parte más débil de la relación laboral”.⁹⁹

La Dirección debe fiscalizar el cumplimiento de las normas laborales, aplicando sanciones administrativas pero “siempre y cuando” se encuentre frente a situaciones de infracción a las normas laborales que constituyan ilegalidades claras, precisas y determinantes.¹⁰⁰ En efecto, y como botón de muestra, esta construcción argumentativa incluso permea en juicios monitorios, donde se ha resuelto con regularidad fundado en el siguiente considerando “que al constatar una sanción, dando más valor a los hechos percibidos por el fiscalizador que a lo estipulado en el contrato, en mérito del principio de primacía de la realidad y la irrenunciabilidad de las normas laborales, la reclamada se inmiscuye en el ámbito de interpretación de dichos contratos, actividad que el legislador, en el artículo 420 del Código del Trabajo, entrega exclusivamente al Juez del Trabajo, estimándose en consecuencia, que la reclamada en su labor fiscalizadora, ha excedido las facultades que el D.F.L. N°2 del año 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social le entrega a estos efectos, a la luz de una situación de

⁹⁹ Corte Suprema, N° de ingreso 778-06, 16 de Marzo de 2006.

¹⁰⁰ GALLARDO URRUTIA, Camila “Aplicación del procedimiento administrativo a la función fiscalizadora de la Dirección del Trabajo”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010. Profesora Guía: Cecily Halpern.

hecho, sin duda discutible, desvirtuar un contrato, lo que sólo puede ser efectuado en un procedimiento laboral, con aplicación de todas las normas del debido proceso, tanto para quien pretende desvirtuar el contrato, como para quien afirme la validez de las cláusulas cuestionadas, por lo que, no siendo la Inspección del Trabajo, sino los Tribunales de Justicia los llamados a resolver controversias entre la aplicación del contrato y la ley, se acogerá la petición de dejar sin efecto la resolución reclamada”¹⁰¹

Misma argumentación ocupan en los Tribunales Superiores al momento de resolver acciones de protección: “CUARTO: Que de lo antes expresado se sigue que la Inspección recurrida actuó determinando por sí la existencia de una vinculación laboral, no otorgándole valor alguno a la invocada relación contractual que ligaba a las personas nombradas en la resolución de multa con empresas distintas de la reclamante con las cuales había celebrado convenciones comerciales para la realización de labores propias del giro de aquélla, en circunstancias que establecer la existencia de una relación laboral constituye una actividad que no corresponde a un organismo administrativo como lo es la referida

¹⁰¹ “Empresa con Inspección Comunal del Trabajo”, Rol Nº 740-2007, 7º Juzgado del Trabajo de Santiago, 1 de Julio de 2009.

Inspección del Trabajo, puesto que para ello se deben calificar los vínculos jurídicos que atañen a las diversas partes involucradas en la fiscalización, lo cual se encuentra al margen de las facultades conferidas a la entidad supervisora por el Código del ramo, configurando cuestiones que deben ser resueltas por la judicatura encargada de conocer de estos asuntos;

QUINTO: Que de lo expresado fluye que la recurrida ejerció en el caso de que se trata facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en dicha materia, esto es, de los Juzgados Laborales, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 del Código del Trabajo corresponde a aquéllos conocer de las cuestiones o controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales y colectivos del trabajo;

SEXTO: Que de lo reflexionado precedentemente aparece de manifiesto que la recurrida realizó una actuación ilegal que perturba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política de la República, ya que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se

encuentre establecido con anterioridad por ésta, situación que no corresponde en el presente caso, en que la repartición administrativa asumió en la práctica funciones que corresponden a los tribunales de justicia;”¹⁰²

Para analizar si la Dirección del Trabajo puede hacer efectiva la primacía de la realidad y calificar jurídicamente una relación jurídica, es necesario en primer lugar revisar los antecedentes normativos. Naturalmente, al tratarse de un procedimiento administrativo, se rige por la Ley 19.880 en la medida que no exista una regulación especial. Pues bien, como señala la jurisprudencia laboral “Que, por consiguiente, ante el Director del Trabajo, se sigue un procedimiento administrativo, esto es “sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal.”¹⁰³

Siguiendo a Gallardo, la práctica propia del Estado tiene a la Dirección como un servicio público, por lo que sus actos se encuentran apegados estrictamente al principio de legalidad. “A partir de esta disposición, no queda más que concluir que, salvo lo regulado en procedimientos

¹⁰² Corte Suprema, Tercera Sala, Ingreso Corte N° 5672-2008, fecha 4 de Noviembre de 2008.

¹⁰³ Corte Suprema, Ingreso Corte N° N°1212-2009, de fecha 6 de abril de 2009

especiales, la Ley N° 19.880 rige íntegramente los procedimientos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, entre los que cuenta la Dirección del Trabajo. Esto último puede corroborarse al revisar la Instrucción Presidencial sobre aplicación de la Ley N°19.880, Gab. Pres. N°004, de fecha 19 de junio de 2003, que fue distribuida a una serie de autoridades, entre las que se cuenta, en el número 77, a la Directora de la Dirección del Trabajo; esta Instrucción ordena a los Jefes de Servicio revisar los procedimientos internos para acomodarlos a lo dispuesto en dicha norma”¹⁰⁴

Pues bien, este principio de legalidad consagra una potestad inspectora, la cual en la práctica se traduce en la visita de inspección en la cual el funcionario anotará en el acta, con presunción de veracidad, los hechos que pueda percibir respecto al cumplimiento de las normas laborales. Se consagra en el artículo 503 del Código del Trabajo, el que establece que la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo. Pues bien, el problema puede definirse de la siguiente manera: si las facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo se limitan a la constatación objetiva de hechos

¹⁰⁴ GALLARDO URRUTIA, op. cit. p.167

constitutivos de infracciones, entonces la conducta que excede sus atribuciones se da sólo si en la constatación de tales hechos se procedió de forma arbitraria, irracional o ilegal. Pero si en constatando la realidad, da cuenta de situaciones respecto las cuales existen infracciones legales, por ejemplo un sujeto aparenta estar en dependencia y subordinación pero se encuentra ligado por derecho civil a la empresa, entonces la constatación de ese hecho por sí no es ilegal pero si sería antijurídica la eventual sanción, puesto que le estaría vedado calificar jurídicamente dicha relación.

La argumentación normativa de esta corriente se puede leer en el siguiente párrafo: "SEXTO: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella" (artículo 6 inciso 1º de la Constitución Política de la República).

"Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo" (mismo artículo, inciso 2º).

"Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley" (artículo 7 inciso 1º de la Carta).

"Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas podrán atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes" (inciso 2º del mismo precepto).
"Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico" (artículo 2 inciso 1º de la Ley N° 18.575);

SÉPTIMO: Que acorde con lo reflexionado en los fundamentos anteriores, resulta inconcuso que la autoridad fiscalizadora ha transgredido la legalidad vigente al pronunciarse con fuerza decisoria respecto de un asunto cuyo conocimiento, por su contenido controversial, era de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales.

El ordenamiento afectado con la actuación administrativa exorbitante está constituido por disposiciones constitucionales y legales. En efecto, el artículo 76 de la Carta Fundamental establece que "la Facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas

y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales".

A su turno, el artículo 1º del Código Orgánico de Tribunales, repitiendo lo expresado en la norma constitucional, prescribe que "la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley".

Continuando con este recuento normativo, el artículo 5 del aludido Código dispone: "A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o calidad de las personas que en ellos intervengan".

Por último, y en lo que atañe particularmente a la situación en análisis, se afectó la norma contemplada por el ya citado artículo 420 del Código del Trabajo, en su apartado a), que entrega a los juzgados del trabajo

competencia para conocer las cuestiones derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos de trabajo;”¹⁰⁵ ¹⁰⁶

3.3 Votos disidentes.

La voz disonante ha sido la del Ministro Pedro Pierry en el ejercicio de su cargo en la Tercera Sala. A través de su magisterio, ha sido constante su esfuerzo a través de disidencias para tomar el asunto de la calificación jurídica desde un plano administrativo, y por lo tanto otorgarle una licitud que en la antinomia existente dentro de la regulación laboral no es tan clara. Su voto por regla general tiene los siguientes considerandos:

“PRIMERO: Que la autoridad administrativa está facultada para calificar jurídicamente los hechos, siendo esta actividad parte de tal función. En efecto, es precisamente dicha calificación jurídica la que es indispensable para el ejercicio de esa labor, especialmente en lo concerniente a la imposición de sanciones administrativas, por lo cual no existe garantía constitucional alguna que deba protegerse por la presente vía, puesto que la

¹⁰⁵ Corte Suprema, Tercera Sala, Ingreso Corte N° 4980-2008 de fecha 30 de Septiembre de 2008, mismos argumentos en Ingreso Corte N° 3014-2008.

¹⁰⁶ Corte Suprema, Tercera Sala, Ingreso Corte N° 4980-2008 de fecha 30 de Septiembre de 2008, mismos argumentos en Ingreso Corte N° 3014-2008.

Inspección del Trabajo de que se trata no ha actuado como comisión especial sino en el ejercicio de las facultades de que ha sido investida.

SEGUNDO: Que el control de legalidad de los actos administrativos por parte del juez, ineludible para el estado de derecho, consiste en examinar el apego a la ley de los mismos en relación con sus distintos elementos, a saber: forma, competencia, fin, objeto y motivos del acto, siendo el control de estos últimos el más característico del control jurisdiccional, pues se refiere al análisis de los hechos que fundamentan el acto administrativo. Es precisamente por ello que la calificación jurídica que de los hechos realiza la autoridad, que corresponde a los previstos por el legislador para dictar el acto, no puede, por sí misma, constituir una ilegalidad puesto que forma parte integrante de la actividad administrativa. Lo anterior no obsta a que si se incurre en un error en la calificación de los hechos, ella pueda ser controlada por el juez, quien por regla general, lo hará en un juicio en el cual se impugne la resolución de la Administración, como ocurre con el procedimiento jurisdiccional contemplado en su artículo 474 del Código del Trabajo, que resulta ser la vía adecuada para resolver el fondo de la controversia ventilada en esta sede extraordinaria; no corresponde, por

consiguiente, por el solo hecho de que la autoridad administrativa haya interpretado jurídicamente hechos sujetos a su fiscalización, que se acoja un recurso de protección en su contra.

TERCERO: Que en el procedimiento destinado a la elaboración de un acto administrativo, la calificación jurídica ocurre cada vez que la autoridad aplica a un hecho una norma o un concepto jurídico que le sirve de fundamento a aquél y que justifica su dictación, por lo que privarla de dicha facultad paralizaría a la Administración e impediría el cumplimiento de su función.

Por lo demás, así lo ha entendido la ley cuando, por ejemplo, el artículo 5º número 3 de la Ley Nº 17.322 sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones indica que la oposición del ejecutado será admisible cuando exista "Errada calificación de las funciones desempeñadas por el trabajador", circunstancia que importa reconocer que le es permitido a la Administración llevar a cabo una calificación jurídica de las situaciones fácticas comprendidas en el ámbito de su competencia.

CUARTO: Que la atribución que se le reconoce a la Inspección del Trabajo tiene particular relevancia, por cuanto dicha repartición pública carece de titularidad para interponer denuncias ante los tribunales, por lo que al prohibirle efectuar la calificación jurídica en comento, se está despojando de contenido a las normas de protección al trabajador, toda vez que ningún órgano de control, sea jurisdiccional o administrativo, llevará a cabo dicha calificación, y la eventual conducta transgresora de la ley quedará sin sanción, salvo que sea el propio trabajador afectado el que reclame, lo que en muchos casos resulta ilusorio.

QUINTO: Que descartada la ilegalidad, tampoco resulta, en opinión de los disidentes, establecido que la autoridad administrativa procediera de manera temeraria, pues ha actuado ante circunstancias de hecho precisas, concretas y explicitadas en sus determinaciones, con lo cual se excluye cualquier arbitrariedad por ausencia de motivos y razonamientos, los que se consideraron al dictar los actos impugnados.”¹⁰⁷

Doctrina que ha tenido su acogimiento en las Cortes de Apelaciones: “Que la actuación que se reprocha por esta vía constitucional, no es ilegal, por

¹⁰⁷ CS, Tercera Sala, N° IC 4662-2011, 5 de Junio de 2011.

cuanto la autoridad que la expidió ha actuado conforme a la normativa que regula la fiscalización y el cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación, esto es ajustada al artículo 476 del Código del Trabajo y a los artículos 1º y 23 y siguientes del D.F.L N° 2 de 1976, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.”¹⁰⁸ También “Acordado con el voto en contra del Ministro señor Julio Torres Allú, quien estuvo por rechazar el recurso de protección deducido, teniendo presente que el artículo 476 del Código del Trabajo dispone que la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen y el Decreto con Fuerza de Ley N° 20 de 1967 del Ministerio del Trabajo otorga a los inspectores provinciales, departamentales o comunales en su jurisdicción las mismas facultades que el Director en la aplicación de la legislación laboral, salvo en las que le son privativas, las que no son del caso y que de lo anterior se desprende que la actuación de los recurridos se encuentra sujeto al imperio del derecho, ya que la ley le otorga a la recurrente la facultad para reclamar de estas

¹⁰⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 09 de Mayo de 2008, N° ingreso 74 y 74 del 2008. Redacción voto en contra Ministro Sr. Martínez.

resoluciones mediante el procedimiento señalado en el artículo 474 del Código del Trabajo.”¹⁰⁹

En efecto, la teoría del profesor Pierry puede sintetizarse de la siguiente manera:

1) La Inspección del trabajo está facultada para calificar jurídicamente los hechos, pues es parte de su actividad administrativa, cuestión esencial para desarrollar su potestad sancionadora. En conclusión, no se conculcaría el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, pues se despliega un rol bajo el amparo de la legalidad.

2) El juez puede conocer de una acción de protección en contra de la Dirección del Trabajo, en control de la legalidad del mismo (forma, competencia, fin, objeto, motivos) y los hechos que lo fundamentan. Sin embargo, la apreciación de los hechos es parte de la discrecionalidad administrativa. Ante un acto administrativo entonces, existe un control jurisdiccional pero a través de un procedimiento de lato conocimiento o si corresponde, a través del artículo 474 del Código del Trabajo.

¹⁰⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 08 de Enero de 2008, N° ingreso 497-2007. Redacción voto en contra Ministro don Julio Torres Allú. Confirmado por la Corte Suprema, con voto en contra Ministro don Pedro Pierry. Mismos argumentos en N° ingreso 8361-2009.

3) La calificación jurídica de los hechos ocurre cada vez que en el procedimiento destinado a la elaboración de un acto administrativo, la autoridad administrativa aplica a un hecho una norma que le sirve de fundamento y que justifica su dictación, o un concepto jurídico indeterminado, por lo que privarla de dicha facultad paralizaría a la Administración e impediría el cumplimiento de su función. Por lo demás, así lo ha entendido la ley cuando, por ejemplo, el artículo 5 número 3 de la ley 17.322 sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones indica que la oposición del ejecutado será admisible cuando exista "Errada calificación de las funciones desempeñadas por el trabajador", lo que equivale a decir que ella es admisible cuando la Administración ha efectuado una errada calificación jurídica de los hechos.¹¹⁰

4) Al no tener facultades para imponer denuncias ante tribunales, una prohibición de proceder calificando jurídicamente los hechos terminaría por despojar de contenido las normas de protección al trabajador al faltarles órgano de control, pues ni el administrativo ni por sus características el jurisdiccional estarían en condiciones de proteger.

¹¹⁰ Corte Suprema, Tercera Sala, Ingreso Corte N° 5672-2008, fecha 4 de Noviembre de 2008.

Esta discusión es crucial para determinar si se está protegiendo la garantía a la libertad de trabajo, evitando la imposición de trabajadores a través de una calificación jurídica ilegal de parte de la Administración, o bien se prefiere la protección del trabajo mismo considerando el actuar de la Inspección amparado bajo el principio de legalidad.

3.4 El caso Codelco: Triunfo de la legalidad y fracaso de una ley.

Pues bien, uno de los casos más emblemáticos para resolver esta cuestión, se dio en el año 2008 entre la Dirección del Trabajo y Codelco, a través de sendos recursos de protección que buscaban evitar las resoluciones ordinarias que obligaban a la empresa minera a incorporar como parte de su planta de trabajadores a 5.000 subcontractados.

Codelco, en los nueve recursos de protección, arguye básicamente que “(...) en el presente caso, la recurrida pretende establecer la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia entre los trabajadores de las empresas contratistas y la división Codelco Norte, negando la existencia real de los contratos individuales de trabajo celebrados entre éstos y sus respectivos empleadores, lo que constituye una velada declaración de

existencia de una simulación o fraude laboral, descrita en el artículo 478 del Código del Trabajo, el que únicamente habilita a la Dirección del Trabajo para aplicar multas administrativas, pero no para disponer la reorganización de los recursos laborales de la empresa y menos instruir la contratación de tales trabajadores”

Hace presente que la norma del inciso segundo del artículo 183-A, lo que contempla es una presunción simplemente legal, cuya ponderación se debe efectuar por los tribunales de justicia a través de un procedimiento legalmente tramitado.

Prosigue afirmando que se trata de un acto de mero capricho, ya que toda la argumentación que sustenta la referida resolución se contiene en un formulario de sólo una página de extensión en el cual se destacan con una X cinco campos que concebidos en términos genéricos describirían las supuestas conductas que habría desplegado la recurrente respecto de 982 trabajadores de empresas contratistas que laboran en el centro Chuquicamata, omitiéndose indicar específicamente en qué consisten, cómo se despliegan, quiénes las cometen y a quienes afectan, por lo que la indeterminación de los fundamentos de hecho de la resolución ponen a la

recurrente en la indefensión frente a la imputación que se formula, ya que no ha podido ni podrá desvirtuarlas en un debido proceso legalmente tramitado ante órgano jurisdiccional competente, impidiendo además que pueda cumplir con la instrucción de corregir las situaciones observadas.”¹¹¹

Además, es relevante agregar que terceros coadyuvantes en la acción de protección señalaron que la Dirección al calificar jurídicamente como empleador a Codelco se desconoce los contratos celebrados entre las empresas terceristas y los trabajadores, imponiendo para la minera trabajadores pero también privando a los empleadores vigentes, negando validez entonces a trabajos celebrados en la más estricta disciplina a la ley laboral.

Dichos argumentos, fueron contestados por la dirección del trabajo en los siguientes términos:

¹¹¹ Con fecha 12 de mayo de 2008, latercera sala de la Corte Suprema se pronunció respecto de las acciones de protección conocidas en primera instancia por diversas Cortes de Apelaciones del país en los casos: “El Salvador” (Rol N°887-08); “Codelco Norte” (Rol N°953-08); “El Teniente” (Rol N°1074-08); “Ventanas” (Rol N°1063-08); “Andina” (Rol N° 1062-08); Metso/subcontratistas” (Rol N° 1073-08); “Escondida” (Rol N° 1075-08);“Radomiro Tomic” (Rol N° 1076-08); y Subcontratistas V región” (Rol N° 1150-08).

1) Las actas de constatación de hechos es un acto trámite inimpugnable a través de la acción de protección, en atención al artículo 15 de la Ley 19.880. Además, como acto administrativo, goza de presunción de veracidad, cuestión no reversible a través de una acción de protección.

2) Al fiscalizar el cumplimiento de la ley de subcontratación, sólo se constatan los supuestos de la norma y aplicar los que efectos que ella establece en caso de infracción, otorgando posibilidad de corregirla. Una vez transcurrido el plazo, se verifica el cumplimiento a través de un formulario en el acta de constatación de hechos, y sólo en el caso de persistir se cursa multa.

3) En ejercicio de la función inspectiva, una vez constatados los hechos infractores y persistiendo la actitud disconforme a derecho, el servicio al constatar los hechos objetivos, acompañado del supuesto legal, hace aplicable el principio de primacía de la realidad que predomina en el ámbito laboral. Entonces, la Dirección no aplica sanción ni atribuye condición alguna a Codelco, cuestión que hace el legislador.

4) Por último, caracteriza los actos de fiscalización como aquellos que por su naturaleza admiten restricción o limitación de los derechos de los

administrados en el ejercicio regular de sus competencias, y con apego al principio de proporcionalidad.

5) Agrega a mayor abundamiento que la libertad de trabajo y la limitación a la libertad de contratación por la empresa, ya que de la primera es titular el trabajador, no pudiendo ser invocada por el empresario, afirmando que en lo referido a la libertad de contratación, el empleador goza de autonomía para contratar con todo aquél que considere idóneo para un determinado cargo o función, sin perjuicio que deba someterse a las normas que integran el ordenamiento jurídico laboral y que como toda garantía constitucional tiene límites, y uno de ellos es el respeto al ordenamiento jurídico laboral, en particular los derechos de los trabajadores, garantizados en este caso en la reciente ley de subcontratación.

La Corte Suprema, resolvió todos los casos a favor del recurso, acogéndolo en todas sus partes y declarando la actuación de la Dirección del Trabajo como “desbordante de sus facultades otorgadas por ley”. Siguiendo el comentario de Halpern, se establecen dos principios relevantes en la sentencia:

1) “La naturaleza jurídica de los actos se define por sus rasgos esenciales y por los efectos o consecuencias que de él emanan y no por el nombre o denominación que le sean atribuido por quienes lo emiten”.

Dando cabal aplicación a los principios generales y lógicos del Derecho (las cosas son lo que son por su naturaleza; principio de la realidad), la Corte alude directamente a que, aun cuando la autoridad fiscalizadora denomine a los actos que emite como “preparatorios o de mero trámite” (en estos casos, “acta de constatación de hechos”), si ellos contienen decisiones de contenido jurídico que implican una obligación con efectos agraviantes, en grados de privación, perturbación o amenaza a derechos o garantías fundamentales, deben ser invalidados por medio del mecanismo de amparo instituido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República dado los graves efectos que ellos generan.

Como expresa Gajardo “Este criterio no fue compartido por la Corte Suprema, que estimó que en el Acta se contenían dos decisiones de evidente sentido jurídico: (i) consideraba al dueño de la obra, empresa o faena – Codelco Chile y Minera Escondida– como empleadora de los trabajadores comprendidos en el proceso de fiscalización y, (ii) conminaba al dueño de

la obra, empresa o faena para que, dentro de un plazo de 15 días, contados desde la fecha de la notificación del acto inspectivo, efectuara una corrección del régimen legal fiscalizado, bajo apercibimiento de aplicación de multas.”¹¹²

2) “La función de interpretación y de fijación del alcance de los contratos de trabajo sólo corresponde a los Tribunales del Trabajo”.

La Corte, en los distintos fallos, señaló que la autoridad fiscalizadora transgredió el principio constitucional de la legalidad de los actos de la administración, al pronunciarse, con fuerza decisoria, respecto de un asunto cuyo conocimiento, por su contenido controversial, era de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales. La Corte fundamenta su resolución citando varios textos normativos constitucionales y legales, recuento que no deja dudas en cuanto a la validez de la fundamentación.¹¹³

Siguiendo a Harboe, la “Corte Suprema enseguida se refirió al Principio de la Legalidad de la Administración, de acuerdo con cuyos postulados esta

¹¹² GAJARDO HARBOE, María Cristina “Las sentencias de la Ley de Subcontratación: Una lección laboral del principio de legalidad de la administración” en “Sentencias Destacadas 2008 Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas” Editores Arturo Fernandois Vöhringer y Rodrigo Delaveau Swett, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2009.

¹¹³ HALPERN MONTECINO, Cecily “Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después? Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 18 - Julio 2008, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile.

debe sujetar su actividad a las prescripciones del ordenamiento positivo, principio de la mayor trascendencia en el Derecho Público y que imprime sello al Estado Moderno, que se encuentra plasmado en los artículos 6 incisos 1° y 2°, y 7 incisos 1° y 2° de la Constitución Política de la República, como también en el artículo 2° de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de la República; preceptos cuya claridad conceptual no ofrece margen de duda acerca de la perentoriedad de su mandato.

(...) A mayor abundamiento, el Acta vulneraba el artículo 76 de la Constitución Política de la República, los artículos 1° y 5 del Código Orgánico de Tribunales, y el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo.”¹¹⁴

Por otro lado, se considera que el actuar de la Inspección fue además arbitrario “en razón de haber agraviado, sin una debida fundamentación racional, los derechos de terceros, las empresas contratistas recurrentes, a quienes se les desconoció la relación contractual que las vinculaba con sus trabajadores, disponiendo la contratación de éstos por Codelco, pese a no

¹¹⁴ GAJARDO HARBOE, María Cristina op.cit p. 242

haber las referidas empresas sido partes -y, por ende, emplazadas y oídas- en el trámite de la fiscalización que culminó en la decisión cuestionada;”

El Ministro Pierry en su voto de disidencia, mantuvo su posición páginas atrás descrita pero estuvo por acoger el recurso pues en su opinión, la Dirección del Trabajo “erró” al considerar a Codelco como empleadora. El considerando en cuestión es el siguiente: “SÉPTIMO: Que de lo anterior aparece de manifiesto la ilegalidad de la actuación de la Inspección del Trabajo por el error cometido en la calificación jurídica de los hechos al estimar al dueño de la obra, en este caso CODELCO- División El Salvador como empleador de los trabajadores que señala.”

En conclusión, el numeral 19 N° 16 de la Constitución Política de la República encuentra en la acción de protección un remedio eficaz para controlar intervenciones arbitrarias e ilegales, pero es evidente que esta herramienta ha sido utilizada únicamente por los empleadores, y en contra de la Dirección del Trabajo.

Gracias a esta acción cautelar, se han atenuado las actividades fiscalizadoras de la Inspección en virtud de las cuales el principio de la realidad y la diáda de artículos 183-A y 478 del Código del Trabajo, vienen

a configurar importantes ventanas normativas a través de las cuales es posible arrogarse por parte de ese servicio la imposición de trabajadores a un empleador.

Sin embargo, el tema no es pacífico en particular por la doctrina desarrollada por el Ministro Pedro Pierry, sustentada en el derecho administrativo, bajo la cual, si bien la calificación jurídica por parte de la Dirección del Trabajo es lícita, no por ello habrá que considerarla legal y razonada, y por lo tanto procede la acción de protección. Pero esta última parte de su posición viene en cambiar desde el fallo del caso Subcontratación de Codelco, puesto que anteriormente sostiene que frente a un acto administrativo sólo cabe una discusión en juicio de lato conocimiento.

Por lo demás, si bien las autoras Gajardo y Halpern precitadas parecen hablar por buena parte de la doctrina laboral a favor del fallo, no deja de ser efectivo que para las otras posiciones, las sentencias de la Corte Suprema vienen en constituir una transgresión a los derechos laborales. Rosado, por ejemplo denuncia “Today, Chile is effectively in violation of the labor clause of the U.S.-Chile FTA for failing to enforce its 2006 Subcontracting

Law (or “antissubcontracting law”). In 2008, the Chilean Supreme Court effectively rendered unconstitutional Chile’s Dirección del Trabajo, or Labor Directorate’s (hereinafter referred to by its Spanish acronym, “DT”) administrative enforcement of the subcontracting law by holding that the DT acted as a so called illegal “special commission” when it administratively adjudicated matters related to “contractual controversies” arising from its enforcement of the anti-subcontracting law”¹¹⁵

Por su parte, Ugarte ha reflexionado indicando que la función de fiscalizar es inseparable del ejercicio calificador, que la jurisprudencia mayoritaria entonces yerra al acoger los recursos de protección bajo ese argumento, y con mayor razón pues no explican entonces cómo proceder a fiscalizar sin calificar. Deja ver que dicha omisión no es casual pues hoy por hoy no existirían teorías del derecho que conciban la fiscalización como un acto puramente mecánico. Agrega además, que desde el punto de vista procesal orgánico, la calificación jurídica de un ente administrador no supone arrogarse jurisdicción puesto que en su concepto dicha resolución no es

¹¹⁵ ROSADO MARZÁN, César “Of labor inspectors and Judges: Chilean labor law enforcement after Pinochet (and what the United States Can do to help” Universidad de San Luis, Estados Unidos, 2008, disponible en [http://slu.edu/Documents/law/Law%20Journal/Archives/Marzan_Article.pdf] al 16 de Mayo de 2013.

definitiva y por lo tanto modificable por los mismos Tribunales de justicia. Por último estima que si la infracción para no significar un arrogamiento de facultad jurisdiccional debe ser inobjetable, entonces el control de la fiscalización es justamente la del fiscalizado.¹¹⁶

En conclusión, es evidente en primer lugar la necesidad de superar la antinomia generada por los artículos 8, 183-A, 478 y 503 y siguientes con el 420 todos del Código del Trabajo. Dicha solución podría estar en la interposición de una contienda de competencia, ya sea ante el Senado (53 N° 3 CPR) o ante el Tribunal Constitucional (93 N° 12 CPR) dependiendo de las circunstancias que permitan la interposición de dicha contienda, pero también teniendo a la vista por parte del articulista la posibilidad de escoger el Juzgador. En segundo lugar, es evidente que la corriente jurisprudencial supone un límite a la función inspectiva de la Dirección del Trabajo, pero también las cosas han discurrido de tal manera que los empleadores han visto al servicio como transgresor de sus derechos fundamentales. Para lograr una distribución de recursos efectiva, en pos de conseguir los objetivos planteados como política pública al momento de constituir una

¹¹⁶ UGARTE CATALDO, José Luis "LA INSPECCION DEL TRABAJO EN CHILE: VICISITUDES Y DESAFIOS." En REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL. 2008.

Dirección del Trabajo (de competencia laboral general y similar a modelos franquistas), es necesario abrir la puerta a que las Actas de la inspección puedan ser ingresadas como denuncia, al estilo de un Ministerio Público en materias laborales, puesto que pongámonos de acuerdo, si existe un orden público laboral, entonces por qué no permitir que en aras de su fiscalización este poder estatal sea mitigado en sede jurisdiccional. De esta manera, cada inspección puede ser controvertida ante los Tribunales y desde luego sus efectos condicionados a la resolución judicial respectiva.

La libertad de trabajo y su protección en la acción de tutela de derechos fundamentales.

4.1- Características del procedimiento de tutela.

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales se encuentra consagrado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, en virtud de las modificaciones legales producidas por efecto de la promulgación de la ley 20.078¹¹⁷, siendo modificada a su vez por la ley 20260. Este procedimiento busca encauzar las pretensiones de los trabajadores quienes soliciten al Tribunal condene al empleador a una reparación producto de una lesión a alguno de los derechos fundamentales que aparecen en el catálogo del artículo 485 por actos producidos con ocasión de la relación laboral y en aplicación de las normas reguladoras de éstas.

Es un procedimiento “oral y moderno”, que cumple con la estructura de este tipo de modelos procesales, a través de una doble audiencia y una inmediación del Juez quien oficia como director de orquesta del litigio. Por

¹¹⁷ Parte de las Reforma laboral establecida por las leyes N° 20.022, que crea los tribunales de cobranza laboral y previsional; N° 20.023, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad social y N° 20.087, que modifica el procedimiento de juicio del trabajo.

otro lado, la doble instancia se ve reducida al eliminarse la apelación, procediendo contra la sentencia recursos de nulidad que consisten en una revisión del derecho por parte del Tribunal Superior, con la posibilidad de alegar directamente vicios e infracciones a garantías constitucionales (477).

Este procedimiento se caracteriza dentro del ordenamiento jurídico tanto por encauzar dentro de un procedimiento de lato conocimiento una pretensión cuyo fundamento es la violación a derechos fundamentales como por la variante de adjudicación que significa el juicio de proporcionalidad en el caso en que se estima deba proceder. En el mismo procedimiento se puede hacer valer una pretensión cautelar – el Tribunal tomará las medidas conducentes al restablecimiento del imperio del Derecho- como también una reparatoria – el Tribunal declarará lo que considere procedente en Derecho para reparar el daño causado. Por otro lado, como se verá más adelante, existen distintos matices que facilitan el éxito de la acción al trabajador, pues existiría una pervivencia del principio pro operario a nivel procesal laboral.

Respecto de la pretensión cautelar sin embargo, meritorio es aclarar que el artículo 492 del Código otorga una facultad para decretar una orden de no

innovar respecto al acto que sería lesivo, en atención a criterios de gravedad y reversibilidad. En relación a la reparatoria el Juez puede decretar medidas concretas y en general toda medida conducente al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada.

En palabras parciales se le ha caracterizado como “la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de ese tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no sólo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su eficacia inmediata o directa en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado entre la relación laboral –el empleador–.”¹¹⁸ A este entusiasmo, cabe hacer notar que existe una diferencia cuantitativa entre el artículo 5 y el 485, lo que redundaría que sólo se protegerán pretensiones que vulneraciones a ciertos derechos fundamentales. La doctrina comenta “Es necesario destacar que en el caso chileno conforme a lo prevenido en el artículo 5 CT. ya citado, los derechos fundamentales laborales no excluye ninguno de la enumeración contemplada en el artículo 19 de la CPol., regla que fue morigerada por el

¹¹⁸ UGARTE CATALDO, José Luis “La tutela de derechos (...)” op.cit p. 253

procedimiento de tutela laboral, ya que el artículo 485 CT. solo menciona un catálogo restringido de los derechos fundamentales.¹¹⁹

Para lo que interesa a esta memoria, la infracción al 19 N°16 protegido por la norma es en los siguientes términos:

- La libertad de trabajo y su protección. Salvo que el trabajo 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.

- La libre contratación y elección del trabajo con una justa retribución.

Respecto a esta última parte se ha fallado “Sólo como aclaración, además, para nosotros la justa retribución corresponde al ingreso mínimo mensual, impuesto por ley. Cualquier otra remuneración mayor debe ser convenida por las partes, cuestión, que como se estableció, no fue acreditada.”¹²⁰

- La libertad de afiliación y desafiliación a alguna organización o entidad.¹²¹

¹¹⁹ MELLA CABERA y DOMINGUEZ MONTOYA, op.cit p.

¹²⁰ T-23-2009 Dictada por doña VALERIA CECILIA ZUÑIGA ARAVENA, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

¹²¹ DÉCIMO: *Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo el procedimiento de tutela laboral tiene por objeto el conocimiento de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten determinados derechos fundamentales de los trabajadores. En ese sentido el actor denuncia la vulneración de la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 16 inciso 3° de la Constitución Política de la República que establece la prohibición de cualquiera discriminación en el trabajo que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin embargo esta garantía no se encuentra resguardada por el procedimiento de tutela laboral, ya que conforme al*

En efecto, se ha caracterizado a este procedimiento como “desprovisto de sumariedad cuantitativa, con lo cual la tramitación de la pretensión de tutela a través de esta modalidad procesal no se traducirá en mayor celeridad en comparación con la tramitación a través del procedimiento de aplicación general. En cambio el legislador extremó la sumariedad cualitativa, limitando severamente el objeto de la modalidad procesal”¹²² Pues bien, la sumariedad cuantitativa se aprecia en lo señalado por el artículo 491 del Código anteriormente citado, pues admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo 3. La sumariedad cualitativa, aparece de manifiesto en el artículo 485 por las razones recién descritas.

En lo que se refiere a la legitimación activa, sintetizando el artículo 486, estos son el trabajador afectado, cualquier trabajador o sindicato (puede ser tercero coadyuvante y principal) alegando un interés legítimo, la Inspección del Trabajo (puede requerir acción del Tribunal si en ejecución de sus

artículo 485 ya citado este resulta aplicable sólo en el caso de que la vulneración denunciada diga relación con el derecho fundamental consagrado en el número 16 del artículo 19 de la Constitución en lo relativo a la libertad de trabajo (inciso 1°), al derecho a su libre elección (inciso 2°) y a lo establecido en su inciso cuarto, o sea que excluye expresamente el derecho consagrado en el inciso tercero de la norma constitucional, de manera que resulta intrascendente analizar la vulneración alegada por el actor a la luz de la norma constitucional invocada. RIT T-148-2010, resolvió don DAVID EDUARDO GOMEZ PALMA, Juez Titular del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

¹²² DEVILLAINE GÓMEZ, Franco – PALAVECINO CÁCERES, Claudio, “Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral”, en La Semana Jurídica, p.382, Noviembre, 2008.

potestades inspectivas denota una conducta violatoria a los derechos fundamentales, y luego resulta una mediación fallida, incluso después podrá hacerse parte) y el empleador en los casos de práctica antisindical. Al respecto la jurisprudencia es clara “NOVENO: Que, en cuanto a la legitimación activa del empleador para iniciar la presente causa por práctica antisindical, se debe tener presente que la legitimación se refiere a quienes deben ser parte de un proceso concreto de actividad jurisdiccional, al respecto debemos puntualizar quienes son sujetos de la negociación colectiva y al decir de los artículos 304 y 305, lo son los empleadores o sus organizaciones por una parte, y las organizaciones de trabajadores por la otra, de lo que se desprende, entonces que el empleador se encuentra legitimado para denunciar las practicas que él considere desleales en la negociación colectiva, por lo que no puede acogerse la excepción intentada en autos.”.¹²³ La legitimación pasiva recae en la parte empleadora. Otro punto interesante al respecto ocurre si la vulneración ocurre con ocasión del despido, caso en el cual la legitimación se reduce al trabajador afectado. Palavecino ve en esto la materialización del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales “Pero no debe irse tan de prisa, al punto de pasar

¹²³ Causa R.I.T. T-16-2009, dictada por doña Yohana María Chávez Castillo, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, seis de marzo de dos mil diez.

por alto que la indisponibilidad de los derechos laborales, al menos en el Derecho del trabajo chileno, viene establecida temporalmente, “mientras subsista el contrato de trabajo”, de manera que producida la terminación del vínculo laboral aquéllos devienen en disponibles por su titular. Justamente en el procedimiento de tutela laboral, el legislador matizó la marcada inquisitorialidad que lo informa, radicando la legitimación activa exclusivamente en el titular del derecho afectado cuando su vulneración se produce con ocasión del despido (art. 489, inc. 1º, CT) y, en cambio, ampliándola hasta casi llegar a la acción pública, cuando la lesión a los derechos constitucionales se verifica durante la vigencia del contrato laboral (art. 486 CT).”¹²⁴ La jurisprudencia laboral en un fallo relativamente reciente ha explicado este requisito de vigencia de la relación laboral “Que en este caso el trabajador ha accionado de tutela laboral por discriminación, invocando como garantías vulneradas las del artículo 19 n°1 y n°2 y n°16 de la Constitución Política del Estado.

Que ha fundado su acción, en que la demandada le habría dado un trato diferente al de los restantes trabajadores, afectándolo en sus derechos

¹²⁴ PALAVECINO CÁCERES, Claudio “El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, en: Revista Laboral chilena, N°173, enero 2009, p. 83.

fundamentales, ya que ha sido discriminado y hostigado y además se ha afectado su indemnidad.

Que de esto se colige, que el actor demanda la protección judicial de su derecho a no ser discriminado o de igualdad de trato y la indemnidad, vulnerado por el empleador durante la vigencia de la relación laboral y con ocasión del despido.

Que sin embargo, el actor también señala haber sido despedido por la demandada, con fecha 06 de noviembre de 2009 y en ello funda su acción de nulidad del despido y despido injustificado interpuestas en forma subsidiaria una de otra, respecto de la acción principal.

Que ambos fundamentos resultan incompatibles entre sí, ya que la relación laboral se encuentra vigente o ha terminado por un acto unilateral del empleador como es el despido.

Que si la relación laboral ha terminado, como el propio actor reconoce, entonces ha precluido su derecho para accionar de tutela laboral, fundado en el trato discriminatorio brindado por el empleador durante la vigencia de la relación laboral y en virtud de lo anterior, la acción principal de tutela laboral, fundada en el artículo 486 del Código del Trabajo, deberá ser rechazada.

Que atendido lo resuelto, se omite pronunciamiento respecto de la excepción de caducidad de la acción de tutela, por incompatibilidad con lo ya resuelto.”¹²⁵

El inciso tercero del artículo 485 caracteriza esta protección al describir la lesión que por este medio se denuncia, al disponer “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 aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de las acciones judiciales.” “Es decir, esta norma pone el acento en análisis de conductas preliminarmente cubiertas por la legalidad y que el ordenamiento jurídico reconoce al empleador bajo una nomenclatura tan genérica como la “de

¹²⁵ RIT T-1-2010 dictada por doña LILIAN SAEZ LEMARI, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe

organizar, dirigir y administrar la empresa”.¹²⁶ En opinión distinta, emitida por Walter y Ferrada “existirían tres formas de lesión –cuatro en rigor, con la incorporación de las represalias empresariales, según lo indicado en el punto anterior– de los derechos fundamentales establecidos en los dos primeros incisos del mismo artículo: limitación de los derechos sin justificación suficiente; limitación en forma arbitraria o desproporcionada; y limitación sin respeto al contenido esencial del derecho. A éstos se podría añadir, según ya se indicó, las represalias empresariales derivada de una fiscalización administrativa o actividad jurisdiccional incoada por un trabajador, las que llevan envuelta la vulneración de un derecho fundamental en sí mismo.”¹²⁷

Siguiendo a Ugarte, este tipo de lesiones en primera instancia se mostrarán encubiertas de en conductas aparentemente lícitas, de difícil acreditación, lo cual sumado al entorno probatorio hostil y al mayor poder del empresario sobre la prueba, llevaron al legislador a establecer un “alivio” a la carga de la prueba del trabajador, a través del artículo 493 que reza “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes

¹²⁶ MARZI MUÑOZ, Daniela “¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de reforma laboral” en Anuario de Derechos Humanos, No. 6 (2010) , pág. 131-139 disponible en [\[http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11487/11848\]](http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11487/11848) al 12 de Abril de 2013.

¹²⁷ FERRADA BÓRQUEZ y WALTER DÍAZ op. cit.

de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Este precepto en su concepto viene a alterar, en razón de dar tutela efectiva a los derechos fundamentales del trabajador, la denominada carga material de la prueba, esto es, la distribución del costo del hecho que ha quedado inciertamente determinado por los medios de fijación o de prueba que han operado en la etapa probatoria del procedimiento de tutela.¹²⁸

Por este motivo se ha dispuesto en este procedimiento una relación en tres ámbitos del juez con la prueba: con la fijación de los puntos de prueba (control del tema decidenci), la admisión de ella (las partes tienen libertad de prueba) y con la producción de la prueba misma (prueba de oficio). Con respecto al control de los puntos de prueba, se ha criticado por una parte que “si al momento de recibir la causa a prueba el juez decide que para formar su convicción sobre la legitimidad de la pretensión debe incorporarse al proceso hechos distintos de los alegados por el actor como

¹²⁸ UGARTE CATALDO, José Luis “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba” en Revista de Derecho XXXIII, disponible en [\[http://www.lizamaycia.cl/index.php/component/rsfiles/view?path=opinion/Tutela%20laboral%20de%20derechos%20fundamentales%20y%20carga%20de%20la%20prueba%20.pdf&Itemid=265\]](http://www.lizamaycia.cl/index.php/component/rsfiles/view?path=opinion/Tutela%20laboral%20de%20derechos%20fundamentales%20y%20carga%20de%20la%20prueba%20.pdf&Itemid=265) al 10 de Marzo de 2013.

fundamento de lo pedido, estará interviniendo directamente sobre la “causa de pedir” y de esta manera estará determinando el objeto del proceso. A su vez, si por idéntico motivo, el juez considera necesario incorporar hechos distintos de aquellos alegados por el demandado como fundamento de la resistencia, estará alterando el objeto del debate.” Lo anterior, debiera agravarse si se considera lo escrito por Palomo y Matamala quienes afirman que “el progresivo relajamiento de los jueces en la fundamental tarea de determinación de los hechos a probar, a través del retorno a la vieja práctica de la fijación de puntos de prueba genéricos, significa un retroceso importante en un tema que debe ser considerado como uno de los pilares sobre los cuales se puede o no levantar una actividad probatoria de calidad. Esta falta de precisión deriva a que en algunos juicios exista una controversia en la demanda y la contestación de la demanda y otra distinta al momento de rendir la prueba, siendo una dura tarea convencer al juez de la audiencia de juicio (que muchas veces no es el mismo juez de la audiencia preparatoria) en cuanto a que la prueba que se está rindiendo nada tiene que ver con la controversia que efectivamente existe entre las partes. Consecuencia directa de este problema es que la prueba que se rinde en el proceso deja de ser fiable (que era uno de los objetivos de la reforma

en materia probatoria), ya que se encuentra groseramente contaminada con otros hechos.”¹²⁹

Con respecto a la admisión de la prueba “A la misma conclusión se llega desde el art. 453 N.º 4 CT, que establece los requisitos de la prueba, tanto aquellos que se refieren a su objeto (pertinencia) y aquellos que se refieren al medio de prueba (licitud) Y así, las únicas causas que permitirían rechazar la admisión de la prueba ofrecida serían las siguientes: 1º) que no tenga relación directa con el asunto sometido a la decisión del tribunal o no fuere necesaria para la resolución de dicho asunto (impertinencia); y 2º) que el medio probatorio haya sido obtenido por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales (ilicitud).”¹³⁰

Siguiendo al autor recién citado, es relevante para el debido proceso que la inadmisibilidad de oficio o vía incidental sea tramitada con traslado a la contraparte.

Con respecto a la producción de la prueba misma, esta facultad se encuentra consagrada en el artículo art. 429 “decretará las pruebas que estime

¹²⁹ PALOMO VELEZ, DIEGO y MATAMALA SOUPER, PEDRO. PRUEBA, INMEDIACIÓN Y POTESTADES EN EL PROCESO LABORAL: OBSERVACIONES CRÍTICAS Y APELACIÓN AL EQUILIBRIO. *RDUCN* [online]. 2012, vol.19, n.2 [citado 2013-05-20], pp. 237-274 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000200008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-9753. doi: 10.4067/S0718-97532012000200008.

¹³⁰ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “El Retorno..” op.cit.

necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes”. Esta facultad es explicada por el principio laboral de asimetría de las partes, cuestión que justificaría este socorro del Magistrado hacia la parte débil. Al respecto se ha criticado señalando “es imposible pasar por alto que cada vez que el juez actúa para suplir las omisiones probatorias de una de las partes en conflicto, la favorece en perjuicio de la contraria, lo que conspira contra la debida imparcialidad del juzgador, la cual viene claramente exigida por el debido proceso.”¹³¹ En efecto, respecto a la producción de la prueba se ha comentado “El juez no debería tener intervención en la producción o rendición de pruebas, en el juicio oral, porque deviene en lo que la mejor doctrina ha llamado el compromiso espiritual del juez, esto es, la pérdida de la imparcialidad subjetiva y objetiva, lo que afecta sin lugar a dudas en la decisión final, dado que el juzgador se compromete en el proceso más allá del interés objetivo en el caso, y pasa a ser una parte más.”¹³²

Por último, en lo que respecta a la acumulación de acciones, el artículo 487 indica que no cabe su acumulación con acciones de otra naturaleza o

¹³¹ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “El Retorno..” op.cit.

¹³² PALOMO VÉLEZ, Diego and MATAMALA SOUPER, Pedro. JUEZ Y PARTE: EL COMPROMISO ESPIRITUAL DEL JUEZ EN EL INTERROGATORIO DE TESTIGOS EN EL JUICIO LABORAL ORAL Y SUS NECESARIOS LÍMITES. *Ius et Praxis* [online]. 2011, vol.17, n.2 ISSN 0718-0012. Similarity:0.369769

idéntica pretensión basada en fundamentos diversos”. Con respecto a la Acción de Protección, entablada ésta ya no podrá iniciarse procedimiento de tutela. Viceversa se rechaza la protección por encontrarse la infracción ya al amparo de los tribunales. Al respecto la Jurisprudencia laboral indica “En atención a ello, y teniendo a la vista la acción de protección deducida por la parte demandante en esta acción de tutela y la resolución de aquel recurso de protección de fecha 12 de agosto de 2010, considerando también lo informado por la propia demandante de tutela en su página 4 cuando relata los hechos y los perjuicios que le habría ocasionado el rechazo de la recepción de la licencia médica, entiende este Tribunal que los hechos que originan el recurso de protección y esta acción de tutela, son los mismo, sin perjuicio de las consecuencias que esto puede derivar, en cuanto a la terminación de un contrato de trabajo, respecto del cual se puede alegar haya sido éste injustificado o no, o bien, la acción de protección, se solicitaba que finalmente se recepcionara licencia médica, el hecho base de todas estas acciones es el supuesto accidente del trabajo ocurrido el día 13 de octubre de 2009 y que dice relación con el término del contrato de trabajo de la actora con el ministerio Público al haber declarado su salud incompatible con el cargo, en el mes de abril de 2010. Por lo tanto, el hecho

que origina ambas acciones a juicio del tribunal es el mismo. En razón de ello, el tribunal no puede obviar y dejar de aplicar lo que dispone el artículo 485 del Código del Trabajo, en cuanto se haya interpuesto una acción de protección en los términos del artículo 20 de la Constitución Política, por lo tanto, no se puede efectuar denuncia en conformidad de este párrafo, esto es acción de tutela que se refiera a los mismos hechos.”¹³³

4.2 La confusión de los denunciantes.

En las acciones de tutela, la libertad de trabajo es uno de los derechos que de forma recurrente se esgrimen como transgredidos, aunque mayoritariamente los Tribunales laborales no acogen su infracción o no se pronuncian sobre ella.

Respecto a un grupo de sentencias que rechazan, se fundamenta para negar la pretensión el hecho de deducir el demandante que de la circunstancia precisa de haber sido despedido por causales de probidad, ausencia u otras variantes en la relación (como acoso) debiera existir desde luego una

¹³³ Segundo Juzgado Laboral de Santiago, diecisiete de agosto de 2010, RIT T-190-2010.

controversia, se tornan de inmediato lesionado el derecho a la libertad de trabajo. Un ejemplo en los siguientes considerandos: “DECIMO PRIMERO: Que como se dijo más arriba la primera cuestión es dirimir si existió vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, vulneración que el denunciante hace consistir en que la causal de despido, ausencia injustificada ha dañado su honra ya que se les imputa ser irresponsables y flojos, que no lo son y además se ha vulnerado su libertad de trabajo ya que con esa causal otros empleadores pensarán que efectivamente son irresponsables.

DECIMO SEGUNDO: Que a juicio de esta sentenciadora en este despido no se ha producido vulneración de los derechos a la honra y a la libertad de trabajo ya que si así se interpretara todos los despido basados en la causal de ausencia del trabajador constituiría un atentado contra su honra cuando es controvertido por éste y con mayor fundamento cuando esta controversia se judicializa y el trabajador acredita que su ausencia fue justificada y gana el juicio. No existen indicios de vulneración cuando el empleador ha imputado como causal de despido un hecho objetivo como es la ausencia de los demandantes a su trabajo. Para esta situación el legislador contempla causal de despido injustificado que precisamente es la acción interpuesta en

forma subsidiaria y que contempla como sanción las indemnizaciones que la ley establece. Por este argumento la denuncia por vulneración de derechos con ocasión del despido se rechazará.¹³⁴ También rechazando por confundir la causal de despido con una transgresión a los derechos fundamentales: “NOVENO: Que en lo concerniente a la vulneración del derecho a la libertad de trabajo y su protección consagrado en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, ésta claramente no aparece plausible a propósito del despido de que se trata, toda vez que esta garantía dice relación directa con dos aspectos de la libertad de trabajo, esto es, la posibilidad y opción de toda persona a contratar libremente sus servicios y la de elegir, de igual modo, el trabajo que desea y pretende desempeñar, sea en forma dependiente o independiente; y de la misma manera goza de libertad para contratar colaboradores. Igual situación se presenta en lo relativo al inciso 4° del ya citado artículo 19 N° 16.”¹³⁵ Para terminar, existe una sentencia dictada en Osorno que lisa y llanamente explica de forma pedagógica tanto la razón de existir tantos libelos que denuncian la transgresión al artículo 19 N° 16 de la Constitución, como también su

¹³⁴ RIT T - 6 acumulada a T- 5 – 2009, dictada por doña MARCIA VIVIANA YURGENS RAIMANN, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt.

¹³⁵ T-49-2009 dictada por doña Edith Simpson Orellana, juez titular Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

constante rechazo: “NOVENO: Que el demandante fundó también su acción de tutela sosteniendo que el despido de que fue objeto habría vulnerado su garantía constitucional contemplada en el artículo 19 n°16 de la Constitución Política de la República al no poder desempeñarse en el trabajo en el cual lo hacía desde Julio del año 1997.

En este punto es necesario acotar que la acción de tutela con ocasión del despido persigue obtener que el juez concluya en su sentencia que el empleador, al despedir a un trabajador, lesionó el pleno ejercicio de la libertad de trabajo, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada.

Demás está decir que cualquier término de una relación laboral contra la voluntad del trabajador constituye una lesión al ejercicio de la libertad de trabajo, en cuanto el trabajador se ve impedido de desempeñarse en aquel empleo que escogió desarrollar; sin embargo la sola limitación al ejercicio de tal derecho constitucional no es suficiente para que se declare que el ejercicio de las facultades del empleador, manifestadas en el despido, es vulneratorio de dicha garantía constitucional. En efecto, como se ha dicho, el artículo 485 del Código del Trabajo exige en su inciso 3° que la decisión

de despedir al trabajador lo sea sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada.”¹³⁶

Respecto a la confusión con el acoso laboral puede citarse la siguiente jurisprudencia “DECIMO PRIMERO: Que cabe anotar con todo y haciéndose cargo de la otra garantía constitucional vulnerada a juicio de la demandante, esto es el derecho previsto en el número 16 del artículo 19 de la Carta fundamental, que en la demanda se postula como derecho a la libertad de trabajo, no hay antecedentes para estimar que estos hechos hayan afectado la libertad de trabajo de la actora, pues lo esgrimido por la actora en su declaración apuntan a los acosos sufridos por su empleador, que este tribunal ha asentado como constitutivos de vulneración a la integridad psíquica de la afectada.”¹³⁷

En otros, el yerro ha consistido en una mala comprensión del contenido del derecho fundamental, léase con atención el siguiente extracto “Cabe recordar que dos son las garantías cuya supuesta vulneración ha dado lugar a este procedimiento: libertad de trabajo y la integridad psíquica,

¹³⁶ T-2-2009 pronunciada por doña María Isabel Palacios Vicencio, Juez Titular el Juzgado de Letras de Osorno.

¹³⁷ T-56-2009, Pronunciada por Yelica Montenegro Galli, Jueza titular del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

alegándose que el empleador ha incurrido en tres tipos de conducta que las lesionan: tratar al trabajador con desdén, no invitarlo a las reuniones de jefatura e imponerle labores no contempladas en su contrato.

Respecto a la libertad de trabajo, no se vislumbra de qué manera las conductas denunciadas podrían dar lugar a una vulneración de esta garantía. El hecho de imponer trabajos no contemplados en el contrato, conducta en todo caso no acreditada, nada tiene que ver con la libertad para desempeñarse en cualquier actividad lícita como garantiza nuestra Carta Fundamental, así que la denuncia será inmediatamente rechazada en este acápite.”¹³⁸

4.3 La libertad de trabajo desde el contrato y su tutela.

Debe entonces precisarse que la mayoría de las infracciones al artículo 19 N° 16 provienen de técnicas contractuales o en los reglamentos internos que impiden el pluriempleo o coartan la elección de un trabajo. “Básicamente puede indicarse que una cláusula de no competencia es una disposición

¹³⁸ T-23-2009 dictada por doña NANCY AURORA BLUCK BAHAMONDES, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

contractual que limita la libertad de ejercer determinadas actividades al empleado durante la relación laboral con el empleador o cuando el contrato actual termina. En ella se recogen obligaciones de lealtad, de exclusividad y de confidencialidad. Constituyen, en sí, por regla general, una obligación de no hacer.”¹³⁹

En relación a los reglamentos en primer lugar puede decirse que “el artículo 154 inciso final del Código del Trabajo vuelve a colocar a la dignidad en el centro de atención, al disponer respecto de las obligaciones y prohibiciones de que da cuenta el Reglamento Interno de la empresa, y, en general, respecto de toda medida de control, que "sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.”¹⁴⁰

En primer lugar, existe jurisprudencia administrativa que sanciona como contrario a derechos las cláusulas de un reglamento que sancionen pecuniariamente la renuncia del trabajador. Al respecto: “En conclusión, en atención a las consideraciones de hecho y de derecho precedentemente

¹³⁹ Corte Suprema, Primera Sala, N° ingreso 5052-2009, sentencia fecha 27 de Enero de 2011.

¹⁴⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen 2210/035, 5 de junio de 2009.

transcritas, no se ajustan a derecho las cláusulas contractuales que constituyen fianza u otra forma de garantía de la devolución proporcional del dinero correspondientes al valor de los cursos de capacitación en el caso de renuncia voluntaria del trabajador incorporadas a los contratos individuales y colectivos de trabajo suscritos entre pilotos de aeronaves y la Empresa Lan Chile S.A., en cuanto su contenido importa limitar y restringir el ejercicio de la libertad de trabajo que la Constitución reconoce como una garantía, y que el Código del Trabajo le otorga el carácter de derecho irrenunciable, junto con hacer partícipe del riesgo normal de la empresa a los trabajadores, desvirtuándose, en conformidad al artículo 7° del Código del Trabajo, un elemento esencial del contrato de trabajo como la ajenidad, esto es, la prestación de servicios por cuenta y riesgo de otro.”¹⁴¹

Por otro lado, pero consecuencia lógica de la jurisprudencia recién citada, existe un grupo de disposiciones relacionadas con deberes y obligaciones de carácter post-contractual. En primer lugar puede señalarse lo fallado en sede administrativa sobre deberes de reserva, cuando son sin plazo definido:”4.- Artículo 31 N°15 del Reglamento Interno, dispone: "Mantener en estricta reserva, aún después de terminado el contrato de

¹⁴¹ Dirección del Trabajo, Dictamen 4924/269, 19 de agosto de 1997

trabajo, los antecedentes relativos a los negocios y a las actividades del empleador, quedando prohibido dar a conocer a terceros cualquier antecedente o información de que tome conocimiento en forma indirecta o directa, provengan estos de la empresa o de sus clientes o proveedores." Se funda la ilegalidad de esta disposición tanto porque no establece plazo de duración alguno durante el cual el trabajador esté obligado a guardar silencio, siendo irrazonable mantenerlo permanentemente en el tiempo, así como porque esta obligación es tan amplia que bastaría que se diera a conocer cualquier información relativa a los negocios y actividades de la empresa para que se configurara el referido incumplimiento, ni siquiera a la Inspección del trabajo ni ante otras autoridades que se mencionan”¹⁴² De forma complementaria, se ha fallado respecto a la reserva de secreto industrial y otros relacionados a la Propiedad Intelectual de la empleadora, que dicha cláusula exigiría un test de proporcionalidad, por lo que eventualmente sería lícita en la medida que cumpla con dicho examen. “En consecuencia, a partir de las consideraciones de hecho y de derecho expresadas, cumplo con informar a Ustedes que resulta ajustado a derecho pactar en un contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad, incluso

¹⁴² Dirección del Trabajo, Ord. 3416/049, 28 de agosto de 2009.

para regir más allá del tiempo de su duración, en la medida que respete la necesaria idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la obligación impuesta, lo que supone, a lo menos, que la confidencialidad recaiga en el conocimiento sobre materias cuya reserva proporcione una ventaja al empleador respecto de las empresas de la competencia y se utilicen medidas razonables para mantenerlas en tal condición, así como la exigencia que se trate de información de aquella que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible por personas vinculadas al ámbito en que normalmente se utiliza ese tipo de información, debiendo consignarse expresamente”¹⁴³.

En este mismo orden de ideas “Sobre este particular es preciso hacer presente que, si bien, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia del Servicio, no existe inconveniente jurídico para que las partes pacten guardar el secreto profesional y la confidencialidad del giro propio del empleador, la amplitud de los términos que utiliza la cláusula en estudio no permite al deportista conocer con exactitud y certeza cuáles son "las actividades, operaciones, reuniones" a que alude y sobre las cuales él se obliga a guardar reserva, razón por la cual resulta posible afirmar que dicha disposición no

¹⁴³ Dirección del Trabajo, Ord. N° 4731/081, 03 de Noviembre de 2010

se encuentra ajustada a Derecho.”¹⁴⁴ Lo que se puede concluir respecto a este primer grupo de jurisprudencia administrativa, es que un pacto post-contractual puede obligar al trabajador mientras cumpla con los requisitos señalados especialmente en el último párrafo citado. Lo anterior resulta de vital importancia respecto a la validez de otro tipo de cláusulas que se examinarán a continuación, que son las cláusulas de no competir.

Respecto a la libertad de trabajo, en el sentido más propio de regular prohibiendo otros posibles empleos del trabajador, se ha fallado “Resulta del todo desproporcionado que se limite a los trabajadores de VTR Globalcom S.A., afectos al anexo de contrato de trabajo sobre política de conflicto de intereses el derecho que tienen como personas dotadas de ciertas aptitudes y conocimientos, a desarrollar actividades docentes y hacer publicaciones asociadas a éstas, cubiertas todas por la libertad de trabajo que garantiza la Constitución;”¹⁴⁵. En este mismo sentido, la Dirección ha fallado “Lo expresado en párrafos anteriores autoriza para sostener que las partes no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada fuera de la

¹⁴⁴ Dirección del Trabajo, Ord. N° 1185/016, 10 de Marzo de 2010

¹⁴⁵ Dirección del Trabajo, Ord. N° 2697/041 de 7 de Julio de 2009

Empresa, tanto una vez extinguida la relación laboral como durante su vigencia, exceptuándose, en esta última situación, únicamente los trabajos que éste pudiere ejecutar dentro de giro de aquella y siempre que conste dicha prohibición por escrito en los respectivos contratos.

De consiguiente, aplicando lo expuesto al caso en análisis, forzoso resulta convenir que la cláusula en comentario no se ajusta a derecho, toda vez, que con ella se infringen aquellos preceptos de orden constitucional y legal que regulan la libertad de contratación y de elección del trabajo.”¹⁴⁶ Esta jurisprudencia administrativa es constante y antigua, siendo paradigmático lo resuelto en Septiembre de 1997: “Lo expresado en párrafos anteriores autoriza para sostener que las partes no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada fuera de la Empresa, tanto una vez extinguida la relación laboral como durante su vigencia, exceptuándose, en esta última situación, únicamente los trabajos que éste pudiere ejecutar dentro del giro de aquella y siempre que conste dicha prohibición por escrito en los respectivos contratos.

¹⁴⁶ Dirección del Trabajo, Ord. N° 2790/0133 del 5 de Marzo de 1995

De consiguiente, aplicando lo expuesto al caso en análisis, forzoso resulta convenir que la cláusula en comento no se ajusta a derecho, toda vez, que con ella se infringen aquellos preceptos de orden constitucional y legal que regulan la libertad de contratación y de elección del trabajo.”¹⁴⁷ En el precedente administrativo recién citado, se señala como concordante dictamen del año 1992, que no se encuentra disponible. Como se verá, esta jurisprudencia administrativa toma una senda distinta al del grupo de cláusulas de confidencialidad, tornándose la cuestión en un tema de técnica de redacción. En definitiva, si bien una cláusula de no competencia puede resultar contraria al orden público (1462 Código Civil y/o 5 Código del Trabajo) las cláusulas de confidencialidad en la práctica mientras estén determinadas no afectan el artículo 19 N° 16 de la Constitución, pero desde luego hacen impracticable que el empleador asuma durante ese tiempo un trabajo en la competencia.

4.4 Jurisprudencia

Respecto a sentencias laborales al respecto, pueden mencionarse previo a entrar al análisis de las tutelas, que dichas cláusulas reguladoras de

¹⁴⁷ Dirección del Trabajo, Ord. N° 5260/300 del 22 de Septiembre de 1997

conflictos de interés y de competencia desleal ya habían sido objeto de pronunciamientos judiciales. En primer lugar, la Corte Suprema ha declarado que el “pluriempleo” es plenamente procedente en el ordenamiento jurídico nacional.

Así por ejemplo, puede citarse el siguiente extracto “No obsta a lo anterior la circunstancia de que el trabajador no preste servicios exclusivamente a un solo empleador, pues la exclusividad no constituye una característica esencial de las relaciones laborales, como por lo demás lo demuestra la regulación que el propio Código del Trabajo establece en su artículo 22, al excluir de la limitación de jornada, a quienes presten servicios bajo dependencia o subordinación a distintos empleadores.”¹⁴⁸ Sin embargo, el pluriempleo tiene un límite en el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, que impone una obligación de no hacer dentro del giro del empleador, a objeto de que éste no se vea perjudicado durante la relación laboral por la situación particular de empleo del trabajador, en contacto con información relevante para la competencia y con capacidad de sustraer clientela. Así por ejemplo se ha escrito “Se trata de una norma cuyo principal objetivo es asegurarle al empleador un cierto grado de protección frente a eventuales

¹⁴⁸ Corte Suprema, Primera Sala, N° de ingreso 3708-2003 del 10 de Noviembre de 2003.

ataques indebidos al libre ejercicio de su actividad, a sus instrumentos de actuación y a sus posibilidades comerciales. De esta forma, el legislador parte de la base que el empleador tiene derecho a evitar actividades competitivas provenientes de personas que, debido a su concreta posición jurídica al interior de la organización, tienen mejores posibilidades de competir con él”.¹⁴⁹ En coherencia con la jurisprudencia administrativa recién citada, esta causal de terminación debe constar por escrito. En esta línea por ejemplo “El despido de que fue objeto el actor ha sido injustificado, por cuanto la prueba rendida por la demandada no ha sido múltiple ni suficiente para acreditar la efectividad que el demandante, en calidad de mecánico del taller de maquinarias haya efectuado reparaciones en forma particular a una maquinaria de un cliente de la empresa, a mayor abundamiento, este tipo de acciones o actuaciones deben estar expresamente prohibidas por escrito en el respectivo contrato de trabajo, (...)”¹⁵⁰ y por sobre todo, terciando en el debate del contenido ético-jurídico del contrato “Las obligaciones que impone el contrato de trabajo a las partes son las que en éste se establecen y que, naturalmente, se desprenden de su

¹⁴⁹ IRURETA URIARTE, Pedro. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO. *Ius et Praxis* [online]. 2011, vol.17, n.2 [citado 2013-05-22], pp. 133-188 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122011000200007.

¹⁵⁰ Corte Suprema, Primera Sala, N° de ingreso 4419-2010 del 16 de Enero de 2001.

condición, las que en virtud del artículo 1546 del Código Civil, deben entenderse como existentes porque los contratos se deben cumplir de buena fe. Sin embargo, estas obligaciones, que pudieran entenderse implícitas en su contrato de trabajo tienen el límite de lo que es permitido por la ley, especialmente cuando chocan con una garantía individual. Es el caso de la libertad de trabajo contenida en el N° 16 del artículo 19 de la Constitución Política, según el que 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 que una ley lo declare así. La excepción es la prohibición permitida en el N° 2 del artículo 160 del Código del Trabajo, que como tal no puede aplicarse por similitud, aparte de estar precisamente establecida en la ley laboral. En esta forma, la alegación del demandado que invoca los principios de la buena fe no lo ayudan en el caso sub-lite”¹⁵¹

Por otra parte, relevante es mencionar que dicha cláusula tendrá distintos efectos según si se encuentra escriturada en el contrato de trabajo o sólo en el reglamento interno, cuestión que tendría incidencia según un criterio locativo para la conducta tenida por desleal. A modo ilustrativo, la Corte

¹⁵¹ Corte Suprema, Primera Sala, N° de ingreso 4814-1995, del 28 de Diciembre de 1995.

Suprema ha fallado “El artículo 160nº2 del CT, invocada por la empleadora, carece de legitimidad, toda vez que no se acreditó la supuesta infracción al reglamento interno que no fue incorporado al contrato de trabajo y, a mayor abundamiento, este tipo de acciones o actuaciones deben estar expresamente prohibidas por escrito en el respectivo contrato de trabajo, cuestión que en la especie no consta del contrato de trabajo”.¹⁵² En definitiva la disposición del artículo 160 N°2 “(...) constituye el límite legal más directo al pluriempleo. En principio, esta restricción se produce sólo en la medida que se cumplan los requisitos que la misma norma establece, es decir, que el trabajador ejecute negociaciones dentro del giro del negocio del empleador y que este tipo de negociaciones hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato de trabajo.”¹⁵³ La pregunta consiste si dicha prohibición legal, puede continuar vigente post-contractualmente a través de la autonomía de las partes.

En efecto, “DÉCIMO: Que, respecto de la cláusula décimo primera del contrato de trabajo, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 19 N°

¹⁵² Corte Suprema, *íbid.*

¹⁵³ CAJAS ULLOA, Alejandra. “La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo”, II Congreso Nacional Estudiantil del Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

16 de la Constitución Política del Estado, que establece que la libertad de trabajo y su protección, indicando que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Que, la norma constitucional descrita establece el principio de la libertad de trabajo, indicando en forma expresa las únicas vías para limitarlo. Que, según lo expuesto, las partes de un contrato de trabajo no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada una vez extinguida la relación laboral, ya que dicho pacto afecta la libertad de trabajo.

Que, el artículo 1462 del Código Civil dispone que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno.

Que, de este modo, la cláusula décimo primera del contrato de trabajo suscrito entre la sociedad Adiserv S.A. y don Pedro Pablo Bordachar Boetto, es inconstitucional y adolece de objeto ilícito según las normas expuestas”.¹⁵⁴ Esta sentencia, fue confirmada en segunda instancia y revisada por la Corte Suprema a través de una casación en el fondo, el máximo Tribunal determinó en sus considerandos decimotercero y

¹⁵⁴ 1º Juzgado Civil de Santiago causa Adiserv con Bordachar, rol Nº 7528-2003, 25 de enero de 2007. Nótese el rol que juega en esta sentencia la interpretación constitucional.

decimocuarto “Entre los presupuestos requeridos para la validez de la cláusula se señalan, en legislaciones de otros países, los que siguen: la determinación de un plazo de vigencia; una restricción solamente parcial de la actividad; y una contraprestación en favor del ex empleado que carga con la obligación de no desarrollar la actividad en competencia” y “la doctrina ampliamente mayoritaria, tanto internacional como nacional, afirma que una cláusula de no competencia post-contractual no debe ser considerada “per se” contraria a derecho, sino que su legalidad o validez dependerá de cada caso concreto”. Luego la sentencia en comento señala la validez del principio de buena fe en el derecho del trabajo e indica “Acorde con lo que se dice, es menester anotar que la cláusula en análisis fue libremente convenida y, por ende, querida por aquél que limita su libertad de trabajo el demandado-, de modo que ella no constituye un veto o prohibición impuesta sobre su persona, en contra de su voluntad, sino una limitación conocida, aceptada y querida por la misma.” Tales antecedentes lo llevan a considerar luego que “Que en la cláusula undécima del contrato de trabajo, de 07 de junio de 2001, se aprecia que las partes, de manera expresa y dentro de la libertad contractual, estipularon que el demandado se comprometía a que al momento que dejara de prestar servicios a la

compañía demandante, se abstendría durante el plazo de dos años, de realizar cualquier actividad que significare desarrollar el giro de la empresa en que se había desempeñado como Gerente. O sea, se trata de una cláusula que contiene una limitación en el tiempo de vigencia, que aparece razonable y justificada; y, de otro lado, se refiere sólo al giro de la empresa, esto es, implica únicamente la renuncia por parte del trabajador a desarrollar determinadas actividades relacionadas con su oficio, pero no todas las que pueden prestarse o desarrollarse en su profesión -ingeniero comercial- o actividad habitual.” Por último, concluye entonces, como se desprende de los extractos citados recién, “necesariamente debe concluirse que la cláusula en cuestión no vulnera tales incisos del numeral 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental ni otras disposiciones legales, resultando, en consecuencia, plenamente válida.”¹⁵⁵ Interesante resulta acotar que el fallo, en su considerando decimonoveno cita la jurisprudencia administrativa de Noviembre de 2010, Ord. 4731/081, la cual corresponde a una cláusula de confidencialidad, cuyo objeto naturalmente es distinto al de una de no competencia, y por ende dicha cita resulta impertinente.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Corte Suprema, Primera Sala, N° ingreso 5152-2009, de fecha 27 de Enero de 2011.

¹⁵⁶ Ver nota al pie N° 138

En otra causa, la Corte Suprema aparece rectificando vía casación en la forma por ultrapetita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en la cual la Magistratura de este último Tribunal decretó la nulidad absoluta de oficio de las cláusulas de exclusividad de un contrato laboral “Que, así las cosas, el acuerdo examinado se aparta de una norma contenida en la Carta Fundamental. Por ende, es contrario al derecho público chileno y en aspectos que nuestro ordenamiento jurídico sustrae de las posibilidades de disposición de los contratantes. Consecuentemente, quiere decir que adolece de objeto ilícito, en los términos que prevé el artículo 1462 del Código Civil. Sigue a ello indicar que ese vicio aparece de manifiesto en el acto o contrato, esto es, que para su verificación no es necesario acudir a antecedentes distintos de la propia estipulación contractual, de cuyo solo contenido dimana el defecto apuntado. Expresado en otras palabras, se está en presencia de un vicio de nulidad susceptible de declarar de oficio por el tribunal, de la manera que autorizan los artículos 1682 y 1683 del Código Civil”¹⁵⁷. La Corte Suprema revoca esta decisión por considerarla infractora de normas procesales, en tanto la aplicación del 1683 del Código Civil exige que la nulidad de oficio sólo aplique en casos que el vicio es

¹⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, N° de ingreso 3354-2008, 6 de Mayo de 2009.

manifiesto, y por lo tanto debe excluirse toda interpretación. En efecto, la Corte de Apelaciones para llegar a la conclusión precitada, indica que el mercado laboral chileno sería restringido y por lo tanto dicha norma sería manifiestamente contraria a la Constitución. En efecto, para la Corte Suprema “Décimo: Que a la conclusión anterior no obsta el carácter reconocidamente tutelar de la rama del derecho de que se trata, por cuanto aún cuando las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato no están regulada en nuestra legislación, no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenirlas toda vez que el pacto que las origina no contradice la norma constitucional que regula la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, ni el precepto establecido en el artículo 1462 del Código Civil, desde que no se encuentra prohibida por la ley, ni contraría el derecho público chileno.”¹⁵⁸

El panorama es distinto respecto en la jurisprudencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Entre los casos más relevantes, estudiaremos en primer lugar el precedente “Tradition”. La causa se funda

¹⁵⁸ Corte Suprema, Cuarta Sala, N° de ingreso 3985-2009, 12 de Noviembre de 2009

en haber sido obligados a firmar los demandantes en conjunto al contrato de trabajo un “employment agreement” que regulaba la relación laboral mediante cláusula de arbitraje y otra de no competencia, esta última consistente en abstenerse de celebrar contratos 120 días hábiles al término de la relación laboral, declarando el firmante que “sería suficientemente compensado”. Estas cláusulas se tienen por los demandantes como vulneradoras del artículo 19 N° 16 en lo que refiere a la libertad de contratación. Respecto de este “employment agreement” el Tribunal consideró que se trataba de un contrato de naturaleza laboral, y que se trataría más precisamente de una modificación contractual por la vía de complementar o agregar otras cláusulas contractuales. Luego en relación a la cláusula de no competir señala “Conclusión, es que el legislador estima que la restricción a la libertad de trabajo, que es la protección que está detrás de la norma, debe ser legítima, proporcionada, fundada y, adicionalmente por mandato constitucional, no afectar el derecho en su esencia. Luego ¿es legítimo para el legislador alguna restricción?, desde ya lo es aquella que recae dentro del giro del negocio, otras serán legítimas, en principio no, salvo que lo justifique el giro del negocio. Es posible su pacto para una vez terminada la relación laboral, en principio no, salvo que lo

justifique el giro del negocio, que sea por tanto legítima, proporcionada y no afecte el derecho en sus esencia.” Posteriormente, el sentenciador declara por probados los hechos de encontrarse ante un mercado especialísimo y altamente competitivo, donde la función de los demandantes (brokers) constituyen un activo importante y escaso, al cual se les pagan bonos millonarios, y que la restricción además se asocia a una condición legítima para no perder clientes o para proteger la información esencial de la empresa, teniéndose como razonable la restricción temporal.¹⁵⁹

La sentencia anterior viene en confirmar el razonamiento vertido en los precedentes emitidos por la Corte Suprema y citados anteriormente. En este sentido, pareciera confirmarse que la cláusula de no competencia, es indudablemente una limitación aceptable a la libertad contractual mientras se cumplan ciertos requisitos, los cuales quedan al arbitrio de los jueces de fondo, a través de la sana crítica.

¹⁵⁹ T-11-2010 2° SJT Santiago.

Argumentando de manera distinta, el precedente “Sodimac” aparece como de necesaria mención. En esta causa se demandó por tutela laboral contra Sodimac S.A, por haber cursado despido en atención al hecho de mantener el denunciante negocios particulares y paralelos a la actividad comercial de Sodimac. En síntesis la pretensión del denunciante se encuadra en las explicaciones del siguiente párrafo: “Para estimar vulnerada la garantía constitucional del N°16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, manifiesta que el despido se funda en una cláusula contractual que restringe injustificada y arbitrariamente su libertad de trabajo, prohibiéndosele incluso realizar actividades no remuneradas, la que escapa a lo humanamente posible de cumplir. Dicha cláusula sería la sexta de su contrato de trabajo, que dispone que “queda prohibido al trabajador ejercer cualquier actividad permanente o transitoria, remunerada o no, para otras entidades o empresas del área artículos para el hogar, construcción, ferretería y actividades anexas o afines a ésta. Asimismo, el trabajador no podrá realizar por cuenta propia o de terceros, cualquier gestión o actividad relacionada directa o indirectamente con el giro de la sociedad ni con la naturaleza de los negocios en general del empleador.” Y también la contenida en el Reglamento Interno, que establece como causal de término

del contrato de trabajo, en su artículo 35, “las negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubiera sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador” La juez, atendida la prueba rendida, estima que el trabajador si incumplió dichas prohibiciones, por lo que procede a realizar un “test de proporcionalidad” que comienza preguntándose si dichas prohibiciones constituyen un “límite racional y proporcional” al derecho en apariencia lesionado. Para nuestro interés, nótese lo siguiente “no pudiendo sino concluirse que ello es así, sin necesidad de realizar los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que solicita el actor, desde que es el propio legislador el que estima justificada y proporcionada dicha prohibición, al permitir expresamente al empleador imponerla al trabajador, cuando la contempla como una causal de término de la relación laboral, en el artículo 160 N°2 del Código del Trabajo” y por lo tanto “Queda así desechada la posibilidad, a juicio de esta sentenciadora, de estimar que tanto la cláusula que se invoca para poner término al contrato del trabajador como la circunstancia de imputársele realizar actividades dentro del giro de

su empleador vulneren su garantía a la libertad de trabajo, de manera que no resulta posible acceder a la acción de tutela deducida.”¹⁶⁰

Como se puede observar, acá el artículo 160 N° 2 aparece zanjando el tema sin siquiera estimar procedente la ponderación, puesto que la relación laboral efectivamente se encontraba vigente. Sin embargo, cabe mencionar que la imputación de incumplimiento no sólo proviene del hecho de prestar servicios de remodelación, si no del antecedente que el denunciante se habría aprovechado de la clientela de Sodimac S.A. para generar tales negocios en su beneficio. Entonces, en el caso de marras se trata claramente de una conducta indebida del trabajador, pero en tanto el provecho de ejercicio de su profesión significa claramente un desmedro económico para Sodimac S.A., de lo contrario habría sido imprescindible un examen factual para determinar la “racionalidad” de la restricción contractual. En efecto, las actividades imputadas como infractoras del contrato deben de alguna forma significar un perjuicio para el empleador, por lo que criterios locativos o bien relativos a servicios dentro del giro pero que consta en la

¹⁶⁰ RIT T-10-2009 proveyó don(a) XIMENA CAROLINA LÓPEZ AVARIA, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

realidad que no se efectúan o se encuentran discontinuados, pueden finalmente llevar a concluir algo distinto.

Lo anterior porque para este memorista, la interpretación del artículo 160 N° 2 como también acuerdos que busquen extender su vigencia al periodo post-contractual deben ser interpretados de la forma más restrictiva posible, en tanto la competencia desleal consiste en una conducta cuya imputación reviste características del tipo penal, puesto que se trata de atribuir un aprovechamiento ilícito respecto de una situación determinada, desviando para sí un beneficio económico que en condiciones normales debiera recaer en el empleador. Desde luego, que dicha imputación puede variar desde la óptica patrimonial o ético-jurídico del contrato, sin embargo entra acá a terciar el principio in dubio pro operario, a través del cual efectivamente se debe interpretar a favor del trabajador, y sólo será favorable una mirada que obligue a determinar por escrito la prohibición y tenga presente que se requiere un perjuicio. La sola negociación sin perjuicio alguno puede devenir, en opinión de este memorista, en una cortapisa a etapas precontractuales de género laboral (con otro posible empleador) o simplemente en constreñir la libertad económica del trabajador,

estratificando la sociedad, teniéndola como una de clases (ser trabajador vendría en significar en la práctica no ser emprendedor). Por lo demás, resulta incomprensible como la ausencia de perjuicio puede significar así sin más un quebrantamiento de la buena fe contractual, una vez comprobada la conducta. Debe recordarse que se trata de una obligación de no hacer. Luego su ejecución consiste en una abstención de una conducta. Entonces su objeto debe cumplir al menos con la regulación de las obligaciones de no hacer, determinación y posibilidad física y moral. El artículo 160 N°2 no satisface ese requisito, pero permite su regulación por parte del empleador, satisface entonces la posibilidad moral. La posibilidad física se deberá analizar según los términos de la redacción, en especial si busca tener efectos post-contractuales. La determinación corre misma suerte, pero también tiene relevancia durante la vigencia de la relación laboral. Luego, ¿cómo ejecutar de buena fe una obligación de no hacer indeterminada? Jurídicamente inaceptable.

En otra causa de tutela, siendo denunciada la sociedad 2D Electrónica S.A., la actora mantenía una sociedad del giro de su empleador. Se tienen como hechos de la causa, que el contrato de trabajo original de la actora no señala

de modo específico obligaciones y prohibiciones, pero que otra redacción de fecha 14 de Septiembre de 2008 prohíbe desempeñar actividades lucrativas si constituyeren competencia desleal. Luego con fecha 11 de Agosto de 2009 se busca modificar el contrato aclarando aquella regulación (cláusula séptima letra c) teniéndola por incumplida si la trabajadora fuere socia o accionista, representante, apoderada, mandataria, o bien, presta servicios como trabajadora, comisionista o colabora a cualquier otro título con alguna persona natural o jurídica distinta de su empleador y cuya actividad diga relación directa o indirecta con el giro y/o actividades de éste último. Del mismo modo, se entenderá incumplida la obligación establecida en la cláusula séptima letra c) del contrato de trabajo, si la trabajadora tolera que su nombre sea usado en la razón social de cualquier persona jurídica, aún cuando no tenga en ella participación alguna, obligándose a informar dicha circunstancia a su empleador tan pronto como haya tomado conocimiento del hecho. Del mismo modo las partes dejan constancia que la obligación antes señalada ha sido considerada determinante para la celebración del contrato de trabajo, y su incumplimiento, será considerado como causa grave, facultando al empleador a poner término inmediato al contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna en virtud de lo

dispuesto en el artículo 160 n° 7 del Código del Trabajo. Luego la actora fue despedida con fecha 18 de agosto de 2009 invocando como causa legal lo dispuesto en el artículo 160 n° 2 y 7 del Código del Trabajo, los hechos son que desempeñaba una función que constituía una competencia desleal para el empleador, ya que vendía directamente equipos y repuestos de aire acondicionado que era precisamente el objeto del contrato de trabajo que ella tenía, se hizo presente la situación dando cuenta que debía dar inmediato término a su trabajo paralelo lo cual no fue aceptado y se retiró de la empresa. Al respecto el Tribunal falló “VIGESIMO QUINTO: Que en relación a la vulneración de la libertad de trabajo, se debe tener en consideración que lo tutelado dice relación con la libertad de trabajo y su elección, los hechos que la actora señalan serían constitutivos de la vulneración referida son la proposición de la demandada de una modificación de contrato de trabajo que implicaba ponerle término a una sociedad en la que tenía participación la actora, en este sentido lo que la demandada pretende es restringir la iniciativa económica empresarial amparada en el artículo 19 n° 21 de la Constitución Política, garantía constitucional que no está contemplada en el artículo 485 del Código del Trabajo, al respecto cabe hacer una reflexión si el legislador contempló en

el artículo 160 n ° 2 la posibilidad de pactar entre la figura de la negociación incompatible en el giro del negocio del empleador, se puede entender que permite la restricción de la garantía constitucional antes referida, de este modo entendiendo que la garantía constitucional afectada con la modificación propuesta era el 19 n° 21 y no el n° 16 no se advierte lesión de los derechos fundamentales de la actora.” Sin embargo, respecto al despido por artículo 160 N° 2 declara en el considerando siguiente “(...) la actora no suscribió dicha modificación con lo que no se puede invocar a efectos del despido, no existiendo ninguna prohibición expresa anterior al efecto y habiendo incluso tolerado y fomentado la actividad económica de la empresa de la demandante se concluye que no se configura la causal del artículo 160 n° 2 del cuerpo legal citado. Por los mismos argumentos ya expresado los hechos referidos no constituyen incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador, ya que como se señaló el demandado toleraba y participaba de la actividad de la empresa de la demandante incluso vendiéndole productos. Respecto de las otras conductas que se señalan constituirían incumplimiento grave ninguna de ellas ha quedado

debidamente acreditada en estos autos, por lo tanto se considera que el despido fue indebido.”¹⁶¹

4.5 Libertad de trabajo frente al ius variandi funcional.

Siguiendo el tópico de las modificaciones contractuales, existe jurisprudencia que asienta con acierto la imposición de nuevas funciones desde el empleador sin contar con el concurso del consentimiento del empleador. El tema es interesante si se considera que existe efectivamente un ius variandi funcional contenido en el artículo 12 el cual permite “alterar la naturaleza de los servicios a condición de que se trate de labores similares y sin que ello importe menoscabo para el trabajador”¹⁶². Puede encontrarse bastante jurisprudencia de los Tribunales Superiores al respecto, siendo representativo el siguiente extracto de fallo de Corte de Apelaciones “la Constitución asegura al titular del derecho la posibilidad de decidir libremente acerca de la clase de trabajo que ejecutará y por ello debe entenderse como una afección a su derecho cualquier medida que coarte tal libertad, forzándole a prestar servicios laborales de una naturaleza diversa a

¹⁶¹ RIT T-38-2009, dictada por ALEJANDRA BEATRIZ AGUILAR MUÑOZ, Juez titular del 1° Juzgado del Trabajo de Santiago.

¹⁶² GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. “Manual del Contrato de Trabajo”, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2009, p.90.

los que hubieren sido el resultado de su consentimiento previo y libre. Y que si bien la libre elección del trabajo faculta a empleador y trabajador a modificar el tipo de actividad que se llevará a cabo, en el transcurso de la relación laboral. Pero ello, naturalmente, en tanto libertad que representa, debe hacerse en forma libre y, especialmente, en el marco de la regulación prevista en el ordenamiento jurídico laboral. Y si bien la legislación faculta para modificar los cursos que debe impartir un profesor, así como los niveles escolares a los que debe estar destinado; ello debe hacerse cumpliendo con los requisitos legales que se han mencionado reiteradamente.”¹⁶³

En la sentencia en comento la denunciante alega la imposición de funciones distintas a las que fue contratada, estimando con ello como lesionado su derecho fundamental contenido en el artículo 19 N° 16. El Tribunal entonces en primer lugar aclara lo que debe entenderse en su concepto por la libertad de trabajo y su protección “DUODECIMO: Que en cuanto a la garantía establecida en el artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República, debe entenderse en dos aspectos, comprendiendo por una

¹⁶³ Corte de Apelaciones de Santiago, N° de ingreso 308-2010.

parte, la libertad de trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley. Por tanto forma parte de la garantía tratada, dentro del marco de la legislación vigente, el elegir las condiciones en que se prestarán los servicios y a no ser obligado a desarrollarlos en otras condiciones”. Los autores Gamonal y Guidi señalan al respecto que el *ius variandi* funcional encuentra su límite en el menoscabo. Este menoscabo puede ser socioeconómico, comprendiendo cualquier nuevo escenario que produzca un detrimento patrimonial del trabajador y otro moral, que comprendería mayor subordinación. Además agregan otro ambiental, consistente en condiciones físicas ambientales de peor calidad.¹⁶⁴ La sentencia en cuestión hace eco de estas reflexiones y falla “DECIMO CUARTO: Que de los antecedentes de la causa y prueba rendida según lo referido en la consideración octava se ha podido acreditar en autos hechos

¹⁶⁴ GAMONAL CONTRERAS y GUIDI MOGGIA, op. cit.

que constituyen indicios o señales suficientes de afectación a la libertad de la demandante de ejercer su trabajo en las condiciones libremente escogidas, lo que además ha significado un menoscabo para la docente. Así ha quedado establecido que a la actora se le modifica su lugar de trabajo del Establecimiento Educacional Liceo Rosa Ester Alessandri al Establecimiento Educacional Liceo Presidente Manuel Balmaceda, tras 19 años sin que mediara su voluntad lo que implica un desarraigo de una comunidad educativa de la que ha formado parte por un tiempo prolongado, se modifican también sus condiciones de trabajo limitándose sus servicios solo a la asignatura de física, sin que pueda desenvolver y transmitir sus conocimientos en la asignatura de matemática respecto a la cual en su liceo de origen además desarrollaba con las alumnas actividades adicionales, por tanto se le limita en cuanto a su desarrollo como profesional; que si bien en cuanto a las horas de extensión no existe estabilidad a su respecto y son esencialmente temporales, el prestar sus servicios en su liceo de origen le permitía acceder a dicha extensión posibilidad que no existe en el liceo al cual fue destinada, por tanto limita sus expectativas económicas. DECIMO SEPTIMO: Que, así las cosas, se puede concluir que se forzó ilegalmente a la recurrente a llevar a cabo una determinado tipo de actividad remunerada

sin su consentimiento causándole menoscabo, sin sujeción a las exigencias legales y en consecuencia sin fundamento ni necesidad, vulnerándose el derecho a la libertad de trabajo en el sentido indicado y expuesto en la consideración duodécima”.¹⁶⁵

En otra causa similar, se denunció de tutela por cambio de funciones, respecto de las cuales la actora sin motivo alguno sufrió una alteración en sus tareas, se le rebajó su remuneración y no se le concedió un lugar o espacio físico donde trabajar, todo de manera unilateral y sin haber concurrido su consentimiento. El tribunal falla entonces “atendido a que la demandante nunca estuvo de acuerdo con ello, pero de igual manera se realizó dicho cambio, infringiendo así el ius variandi de los contratos, ya que se entiende que las modificaciones menores se pueden realizar, pero no en la magnitud de éste caso, causando un detrimento y perjuicio económico y emocional a la trabajadora.” Luego precisa “Y en su artículo 12 se expresa claramente que se pueden realizar modificaciones, pero sin que ello lleve a un menoscabo para el trabajador, hecho que sí ocurrió en autos.” Sin

¹⁶⁵ RIT T-91-2010, dictada por doña NATASCHA EUGENIA NÚÑEZ URSIC, Juez Titular del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

embargo, esta imposición de labores no fue denunciado vía libertad de trabajo. Lo anterior viene en refrendar lo dicho páginas atrás: la alegación de la denunciante no exige antecedentes de derecho precisos. Enunciar qué derechos fundamentales se encuentran lesionados es una tarea de suyo abierta a múltiples interpretaciones, en primerísimo lugar se encuentra la del actor. Bajo esta óptica puede constatarse que en la práctica existe al momento de denunciar al menos un grupo de derechos fundamentales plausibles de argüir como base de la denuncia. En opinión de este memorista, dicha situación podría amenazar la seriedad de las denuncias, en tanto sus fundamentos existen vía interpretación antes que algo concreto. En consecuencia, de la realidad procesal que exponga la parte actora, el Tribunal en principio debiera respetar sus dichos, pero la pregunta consiste en casos como el anterior donde además existe una lesión al derecho fundamental de libertad de contratación, no alegada pero sí acreditada por la denunciante. Esta parte sostiene que, dadas las características del proceso, el Tribunal debe concluir qué derechos fundamentales se encuentran lesionados a partir de la conducta descrita en autos, sean o no los alegados en el libelo, en virtud del principio *iura novit curia* y el carácter de control

constitucional respecto a los actos del empleador que reviste este procedimiento.

El *ius variandi* funcional entonces, impide ciertas cláusulas contractuales vagas o generales al momento de detallar las funciones. En definitiva en este grupo de sentencias, más allá de lo que denuncien las partes o fallen los tribunales, existe claramente en juego la lesión o no de la libertad de contratación. En este sentido, es importante criticar cierta jurisprudencia de los Tribunales Superiores, quienes en atención al principio de buena fe estiman que “el carácter consensual que tiene el contrato de trabajo, con arreglo al artículo 9 del Código del ramo, al margen de la obligación que la misma norma impone al empleador de hacerlo constar por escrito, conduce a reconocer que no es preciso que en dicha convención se establezca detalladamente cada uno de los deberes específicos que comprenden los servicios que debe prestar el trabajador.”¹⁶⁶ Nuevamente existe un error al aplicar este principio, pues el Código Civil es claro en señalar que es la obligación y la que se ejecuta de buena fe. La relación contractual consensual, generará obligaciones en la medida que exista justamente un

¹⁶⁶ Corte Suprema, Cuarta Sala, N° de ingreso 5454-2005 9 de Enero de 2007.

acuerdo de voluntades. Esas obligaciones formarán parte del contrato de trabajo, pero eso implica a la vez que deberán escriturarse atendido el artículo 9 del Código del Trabajo. No escrituradas, corresponde sancionar tal hecho como allí se preceptúa. En definitiva, debe ser creído el trabajador por sobre el empleador sobre el contenido del contrato.

Por otro lado es evidente que toda obligación de hacer debe contener una descripción precisa de la prestación comprometida. De lo contrario, dicha obligación indeterminada pasa al arbitrio del acreedor (acá empleador), quien podrá exigir sin más lo que se le plazca. En este sentido, el deber de escrituración no tiene relevancia, pero sí el conocimiento preciso de las funciones a las cuales puede comprometerse el trabajador. En ese orden de ideas, la buena fe contractual no puede interpretarse en contra de la regulación del objeto de las obligaciones de hacer, pues no tiene sentido darle al principio de buena fe un carácter derogatorio. Y en este punto, la Corte debió ser franca: si no existían antecedentes para comprobar que funciones estaban a cargo del trabajador, entonces la buena fe no puede esgrimirse como causal de justificación.

5. Conclusiones

1) Respecto a la definición del derecho fundamental “Libertad de trabajo y su protección”.

Atendida la discusión doctrinaria respecto al contenido de este derecho fundamental, preciso es señalar que su núcleo, en opinión de este memorista, contiene dos grandes orientaciones reguladoras. El primero consiste en la regulación de la autonomía de la voluntad. El segundo respecto a trabajos prohibidos. Para lo que nos importa en este trabajo, la faz privada de este derecho fundamental se ha entendido siempre desde el punto de vista individual, y claro esto porque del derecho en cuestión existe un solo titular. Pero si se atiende a su desarrollo práctico, podemos darnos cuenta que su ejercicio es donde existen mayores puntos de interés.

En desarrollo de esta idea, en primer lugar sabemos que el inciso primero señala que la Constitución asegura a todas las personas la “libertad de trabajo y su protección” y que el inciso segundo señala que “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”. Estas dos frases corresponden a una idea individual de

titularidad del derecho, cuestión acertada, pero no dan una idea de la colectividad de su ejercicio. En efecto, se trata de una garantía que sólo permite el derecho a desarrollarlo libremente sin que intervenga el Estado o un particular para impedirlo, todo ello teniendo presente las normas constitucionales o legales que por otras consideraciones superiores pueden prohibir determinadas actividades. Sin embargo, como se mencionó en el respectivo capítulo, acá la autonomía de la voluntad aparece matizada por ese germen social reconocido en la frase “justa retribución” y la protección por la tutela del 19 N° 20. En este sentido, desde el punto de vista del empleador efectivamente su ejercicio, como se vio en el capítulo de acción de protección, responde a cuestiones de corte individual, es decir el empleador contra el Estado. También se comprobó que al trabajador considerado individualmente también le era lícito solicitar tutela constitucional vía artículo 485 del Código.

Pero respecto al ejercicio, notamos que la Dirección del Trabajo tiene un rol social relevante al respecto. En efecto, dentro de sus facultades fiscaliza el cumplimiento de la ley laboral, la cual contiene un sentido protectorio de tutela al trabajador. En un menor grado de importancia, aparecen los sindicatos y “otros trabajadores” quienes en mi concepto tendrían

legitimación activa para interponer la acción de protección y sin lugar a duda la tienen respecto a la Tutela.

Lo anterior implica que si bien existe un ejercicio individual indiscutido, tanto la acción de protección y sin lugar a dudas la tutela convierte a otros agentes (no titulares del derecho fundamental lesionado) en sujetos con facultades para hacer valer este derecho fundamental en estrados (entendiendo a estos sujetos con facultades de ejercer acción en nombre del derecho lesionado de otros, en otras palabras: policía), lo que redundaría que en la práctica debieran existir grupos en torno a un interés (v.gr sindicatos) tutelando entre todos, la libertad de trabajo de todos (lo mismo para los otros derechos enunciados en el artículo 485).

2) Respecto al orden público laboral y su ampliación por medio del juicio de ponderación.

El autor de esta Memoria sostiene que la Constitución, atendida la redacción de sus artículos 5 y 6 y la contenida en el artículo 5 del Código del Trabajo, efectivamente tiene una presencia normativa relevante en derecho laboral. En efecto, si las relaciones laborales deben fundarse en un trato digno – artículo 2 del Código – entonces es en la Constitución desde

donde debemos extraer una idea de la dignidad. Lo anterior habla de una cercanía supletoria entre la norma laboral y la Constitución. La Carta Magna respira en el oído de la norma positiva laboral. Si el empleador tomara una decisión no regulada en el Código del Trabajo, entonces para su licitud laboral deberá atender a la dignidad del trabajador y la Constitución. Curiosamente, la Ley 20.087 restringe esta idea, puesto que preceptúa que por derechos fundamentales debemos entender un catálogo restringido que procede a indicar. Esto implica que la idea de derechos fundamentales se encuentra reducida en el procedimiento de tutela, por norma legal. Sin entrar en detalles, es evidente que dicha precisión no guarda coherencia con un sistema de jerarquía normativa, ni con los artículos 2 y 5 del Código.

Continuando con la idea anterior, el hecho de la ilicitud estará determinado no por la mera lesión del derecho fundamental, sino por una lesión injustificada, arbitraria o desproporcionada, o que afecte el contenido esencial. Como la norma misma indica, se trataría de un hecho particular que adquiere sentido cuando sobrepasa los propios límites de la organización del empresario (cuyo contenido son las potestades reglamentarias, disciplinarias, normativas etcétera) y que tiene como resultado una lesión a los derechos fundamentales del trabajador.

Luego, se deduce que el requisito “injustificada” debe comprenderse como un acto fuera del derecho¹⁶⁷ del empleador a su propia organización. Como las potestades del empleador tienen regulación normativa, entonces lo justificado será aquello que sea posible de subsumir dentro de la regulación positiva. Si el acto no es parte de este derecho, más allá de la apariencia, entonces existe un actuar injustificado, que de resultar en la lesión ya caracterizada, hace surgir la responsabilidad descrita en los artículos 485 y siguientes.

Por otra parte, la acción puede ser justificada por un derecho, pero su ejercicio resultar arbitrario o desproporcionado. En este caso, los conceptos de arbitrariedad y desproporción se igualan aunque la sinonimia entre ambos no existe. Lo arbitrario es una referencia subjetiva al actor, mientras que lo desproporcionado es un análisis de resultado. Debe entenderse, sin perjuicio del uso de comas de la norma, que una conducta justificada puede ser lesiva ya sea por la intención del empleador, es decir su acto no se sujeta a principios razonables, o bien es desproporcionada, su resultado demuestra la existencia de posibilidades de acción menos lesivas.

¹⁶⁷ Se puede en algunos casos calificar como deber, si quien aparece representando al empleador debe ajustar su conducta a imperativos provenientes de órganos que representan la voluntad de la empresa, y por lo tanto lo obligan.

Respecto a la arbitrariedad, el juez laboral deberá recoger la tradición proveniente de la jurisprudencia de la acción de protección, analizando el escenario fáctico que rodea la acción lesiva para determinar si ella era razonable o bien consiste en un mero capricho. Respecto a la proporcionalidad, habrá que realizar el juicio de ponderación esquematizado por el profesor Robert Alexy.

Por último, es claro que si la acción lesiva daña el contenido esencial de un derecho fundamental, entonces no puede existir una justificación normativa ni menos señalarse que dicha conducta fue razonable o bien proporcionada, todo lo anterior teniendo en cuenta que se trata de una discusión en sede laboral. Es interesante este punto, puesto que habla sobre la naturaleza de esta rama del derecho, representándola al menos como un área del ordenamiento donde la discusión sobre una conducta no llega nunca al nivel penal. Quiero decir que las causales de justificación como por ejemplo legítima defensa no tienen cabida en la discusión laboral. Pero sin embargo, todo el tiempo se ha hablado sobre la base de una coerción constante que tiene el empleador como “sujeto fuerte” para restringir la libertad (poder de dirección, disciplinario, reglamentario etcétera...) del trabajador. A juicio de este autor, la idea detrás del 485 laboral se sintetiza

en las palabras del profesor Mañalich quien señala que “La sujeción de una persona a una determinada obligación frente a otra no importa la admisibilidad de cualquier forma de hacerla efectiva por parte del titular de la pretensión correlativa. La protección jurídica de la libertad en sentido (genuinamente) normativo implica que las consecuencias del propio comportamiento se encuentran reguladas jurídicamente, lo cual rige tanto en caso de que el comportamiento esté permitido como en caso de que esté prohibido.”¹⁶⁸

En consecuencia, la ampliación del Orden Público Laboral a través del nuevo procedimiento de Tutela, existe en tanto los jueces laborales deberán fungir para determinar la arbitrariedad del acto lesivo a través de un acercamiento al objeto a probar que debiera seguir la tradición del Recurso de Protección, siempre bajo los parámetros de una sana crítica. La ampliación es evidente respecto al juicio de proporcionalidad en el cual si la conducta lesiva se prueba inadecuada e innecesaria, entonces pasará a pesar el derecho fundamental denunciado como lesionado con las facultades del empleador, decidiendo siempre en razón a la preeminencia de uno sobre el

¹⁶⁸ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo “Autotutela del Acreedor y Protección Penal del Deudor”, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

otro en un escenario particular, cuestión que significa una ampliación de sus atribuciones y un cambio de paradigma en la adjudicación, trasladando su rol de juez que falla en atención a normas, por juez que falla en atención a un criterio que finalmente es propio.

Estas ampliaciones deben entenderse conjugadas con las que le otorga la regulación positiva del procedimiento de tutela, explicadas en el capítulo respectivo y consideradas nuevamente para méritos de conclusión.

3) Respecto a la libertad de trabajo y la acción de protección.

A través de la jurisprudencia citada, es notable comprobar que efectivamente lo dicho por la mayoría de la doctrina encuentra un asidero en la práctica. La acción de protección viene en tutelar la autonomía de la voluntad del empleador, en el sentido de evitar se le impongan trabajadores a través de la Dirección del Trabajo. En este sentido, es también notorio el hecho de recurrir cuando se atribuyen meros efectos de una relación laboral ajena, como se da en el caso de la subcontratación. En definitiva, no existe una conclusión distinta por parte de este memorista respecto a este capítulo, debiendo concordar plenamente aquellos que sostienen la acción de protección como tutela para el empleador.

Para este memorista en cambio, dicho escenario no es por sí malo, pero naturalmente sería preferible que existiera la posibilidad de encauzar las pretensiones laborales todas en un tipo de procedimiento y ante un tipo de Tribunales, pues en definitiva no es aceptable al largo plazo que las Cortes de Apelaciones tutelén al empleador y los Tribunales inferiores al trabajador. En este sentido, urge una ampliación de la legitimación activa del empleador respecto al procedimiento de tutela, resolviendo quizás así las críticas al procedimiento monitorio.

4) Respecto a la libertad de trabajo y la acción de tutela.

La acción de tutela representa un problema para el análisis en tanto las denuncias o confunden la libertad de trabajo en su concepto, o lo señalan por mero abultamiento de argumentos, o bien no lo señalan cuando es procedente. Además, los Tribunales no hacen uso del *iura novit curia* a pesar de que incluso tienen el control del tema decidendi. En efecto, los precedentes citados corresponden a dos grandes grupos dentro de las sentencias de tutela, a saber: la imposición de funciones y las cláusulas de no competencia/confidencialidad.

Respecto a ambas puede notarse diferencias según la óptica patrimonial o ético.-jurídico del contrato de trabajo. Cabe mencionar, que más allá del real contenido de dichas teorías, las consideraciones “en virtud de la buena fe contractual” son esgrimidas de manera tal que permiten eludir ciertas formalidades, pues la ejecución de la obligación comprendería lo que por su naturaleza, costumbre o ley se le atribuye. Esto significa entonces que no existe un aura alrededor del contrato de trabajo, donde la buena fe tutela su buen cumplimiento, sino que cada vez que le toque al trabajador cumplir una obligación determinada, ésta debe ejecutarse de buena fe. Si dicha obligación existe o no, ya no corresponde al ámbito de interpretación de la buena fe. De la contraprestación debida en términos general del trabajador no pueden desprenderse cualquiera cosa desee el intérprete. En conclusión, en las cláusulas de no competir y las de confidencialidad, debe existir una regulación exhaustiva y “racional” para su validez, puesto que en el ámbito post-contractual también existen derechos indisponibles y un orden público que respetar. Por lo demás, es un mero problema de técnica legislativa y naturalmente se trata de la regulación más básica del objeto en sede civil, respecto a la obligación de no hacer, donde se exige una determinación de la abstención y un plazo.

Lo mismo, pero respecto al objeto de obligaciones de hacer corre para la imposición de funciones, en la discusión si debe ser escrito o no. La buena fe acá no juega ningún rol, puesto que primero deben existir condiciones que permitan que la obligación nazca a la luz del derecho y sea eficaz, antes que exigir su cumplimiento.

6. Bibliografía

6.1 Libros consultados.

- ALEXY, Robert, “La Institucionalización de la Justicia”, Editorial Comares, Granada, 2010.
- CEA EGAÑA, José. Tratado de la Constitución. Editorial Jurídica de Chile. 1988.
- DIEZ URZÚA, Sergio, “Personas y Valores”, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
-
- Evans de la Cuadra, Enrique. “Los derechos Constitucionales.” Tomo III. tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio “Ciudadanía en la empresa”, Fundación de Cultura Universitaria, Primera Edición, Julio de 2004
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. “Manual del Contrato de Trabajo”, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2009

- LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS, “Subcontratación y suministro de trabajadores”, Editorial LexisNexis, Primera edición, 2007, Santiago, Chile
- LOPEZ Santa María, Jorge. “Los Contratos: Parte General”. 2ª Ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1998. 2 Vol. Vol. I
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo “Autotutela del Acreedor y Protección Penal del Deudor”, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.
- MELIS VALENCIA, Christian, “Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales”, Abeledo Perrot, Santiago, 2010.
- MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Francisco. “El contrato de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo”. Editorial Legal Publishing, 2008, Santiago.
- PIZARRO CONTRERAS, Sebastián “Conciliación entre Derecho al Trabajo y Libertad de Trabajo desde la Perspectiva de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales” en Revista de Actualidad Laboral, Ed.

Rosa Mengod, Departamento de Derecho Laboral, Universidad de Chile, Santiago 2009.

- PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Desalma. Buenos Aires. 3ª ed. 1998

- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, Primera Edición

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

_____ “Tutela de derechos fundamentales del trabajador “, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2010.

- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Derecho Constitucional” Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Santiago

- VIAL del Río, Víctor. “Actos Jurídicos y Personas: Teoría General del Acto Jurídico.” 3ª Ed. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2 Vol. Vol. I.

- WALTER DÍAZ, Rodolfo y LANATA FUENZALIDA, Gabriela.
“Régimen Legal del Nuevo Proceso Laboral Chileno” Sexta Edición, Legal
Publishing Chile, Santiago, 2009.

6.2 Tesis y recursos de hemeroteca.

- ASTETE MELLA, Claudia, “Protección de los Derechos Fundamentales
bajo el Procedimiento de Tutela Judicial, en el Marco de la Tercerización
Laboral” Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas
y Sociales, Profesor Guía Sr. Luis Lizama Portal, Facultad de Derecho,
Universidad de Chile, 2009.

- BERNAL PULIDO, Carlos en “El concepto y la naturaleza del Derecho”
de ALEXY, ROBERT, Estudio introductorio, disponible en
“http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_concepto_y_la_naturaleza_del_derecho.pdf” al 15 de mayo de 2013.

- BULNES Luz, “La Inconstitucionalidad por Omisión”, Estudios Constitucionales, Año 4 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2006.

- _____ “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, Revista de Derecho Público N° 28, Universidad de Chile, Santiago, 1980.

- CEA EGAÑA, Luis “El sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica”, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral.

- DEVILLAINÉ GÓMEZ, Franco y PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral” en La Semana Jurídica N° 382, Noviembre de 2008.

- DIAZ GARCIA, L. Iván “Aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el suministro de trabajadores” Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 2, 2010, pp. 353 – 382 ISSN 0717 – 2877.

- FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos y WALTER DIAZ, Rodolfo. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo

procedimiento de tutela laboral. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2011, vol.24, no.2, p.91-111. ISSN 0718-0950.

- GALLARDO URRUTIA, Camila “Aplicación del procedimiento administrativo a la función fiscalizadora de la Dirección del Trabajo”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010. Profesora Guía: Cecily Halpern.

_____ “Empresa con Inspección Comunal del Trabajo”, Rol N° 740-2007, 7° Juzgado del Trabajo de Santiago, 1 de Julio de 2009.

- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “La acción de protección y las facultades de la Dirección del Trabajo” en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N° 2, 2001.

- GAJARDO HARBOE, María Cristina “Las sentencias de la Ley de Subcontratación: Una lección laboral del principio de legalidad de la administración” en “Sentencias Destacadas 2008 Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas” Editores Arturo Fernandois

Vöhringer y Rodrigo Delaveau Swett, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2009.

- HALPERN MONTECINO, Cecily “Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después? Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 18 - Julio 2008, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile

- HORMAZÁBAL VALDÉS, Mauricio. “La unidad del Derecho como defensa de las expectativas del empleador en la aplicación del orden público laboral”, tesis para optar al grado académico de Magíster, Escuela de Graduados de la Universidad de Chile, Santiago, Agosto 2011.

- IRURETA URIARTE, Pedro, “Consecuencias para la libertad de trabajo de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 N° 3, 1992.

- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, "El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución", en *Estudios Constitucionales*, año 8 N° 1, 2010.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El Recurso de Protección en Chile”, Gaceta Jurídica N° 230, Agosto, 1999

_____ “Lineamiento de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos”, Editorial Librotecnia, Santiago 2006

- PALAVECINO CÁCERES, Claudio “El fundamento de las responsabilidades empresariales surgidas del trabajo externalizado. Análisis crítico.” Publicado en La Semana Jurídica, N°319, 18-24 de diciembre 2006,

_____ “La prohibición constitucional de huelga de los funcionarios públicos y los instrumentos internacionales””, *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, N°1/2000, Santiago de Chile.

_____ “El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, en: *Revista Laboral chilena*, N°173, enero 2009.

- ROJAS MIÑO, Irene, “Los desafíos actuales del derecho del trabajo en Chile”, *Revista Ius et Praxis* Año 12 N° 1, 2006.

- THAYER ARTEAGA, William, “Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral chileno”, en: Revista de Estudios Públicos , N° 54, 1994.
- UGARTE CATALDO, José Luis “LA INSPECCION DEL TRABAJO EN CHILE: VICISITUDES Y DESAFIOS.” En REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL. 2008.
- URZUA PALOMINOS, Rodrigo, “Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la drittwirkung der Grundrechte.” Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Profesor Guía Carlos Peña González, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

6.3 Recursos de internet.

- ALEXY, ROBERT “La fórmula del Peso”, traducido al castellano por Carlos Bernal Pulido, en CARBONELL, MIGUEL (editor) “El principio de

proporcionalidad e interpretación constitucional” disponible en [http://www.cejamericas.org/doc/documentos/6PPIC.pdf] consultado el 05 de julio de 2010.

- _____ “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” disponible en [http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf] el 20 de Mayo de 2013

- BARROS MOURIE, Enrique “Lógica y Límites de los Derechos Fundamentales” Anales del Instituto de Chile, 2002, pp. 135-140 disponible en [http://www.institutodechile.cl/index/anales/2002.pdf] visitado el 16 de mayo de 2013.

- CAAMAÑO ROJO, Eduardo “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios”, Revista Ius et Praxis Año 13 N° 2, 2007. en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07180122007000200008&lng=es&nrm=iso [visitado el 11/05/2013].

_____ “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII (Valparaíso, Chile, 2006, Semestre I)[pp. 19 - 44] disponible en [www.rdpucv.cl/index.php/**rderecho**/article/download/611/576] al 19 de Mayo de 2013.

- CAJAS ULLOA, Alejandra. “La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo”, II Congreso Nacional Estudiantil del Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

- CRUZ, L.. La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. **Díkaion**, Norteamérica, 18, feb. 2010. Disponible en:

<<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1541/2111>

>. Fecha de acceso: 14 may. 2013.

- ATRIA Lemaitre, Fernando. “La ironía del positivismo jurídico” Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, Edición digital a partir de *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27 (2004), pp. 81-139.

- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EFECTIVOS EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO. *Estudios constitucionales* [online]. 2009, vol.7, n.2 [citado 2013-04-16], pp. 143-205 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. doi: 10.4067/S0718-52002009000200007.

- FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo y GARCIA GARCIA, José Francisco. COMPATIBILIDAD ENTRE EL DERECHO A LA LIBRE CONTRATACIÓN Y LA FIJACIÓN DE SALARIOS POR LEY (A PROPÓSITO DE LA LEY N° 20.281 SOBRE SUELDO BASE). *Rev. chil. derecho* [online]. 2010, vol.37, n.2 [citado 2013-04-16], pp. 343-376 Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000200006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. doi: 10.4067/S0718-34372010000200006.

- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en Chile” en Revista Laboral Chilena, 2004, disponible al 15 de abril de 2013 en [<http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/2004-Libertad-de-trabajo-y-no-discriminaci%C3%B3n-CPR.pdf>]

- IRURETA URIARTE, Pedro. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO. *Ius et Praxis* [online]. 2011, vol.17, n.2 [citado 2013-05-22], pp. 133-188 .

Disponible en:

<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200007&lng=es&nrm=iso)

00122011000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi:

10.4067/S0718-00122011000200007.

- MARZI MUÑOZ, Daniela “¿Quién le teme a los derechos fundamentales?

Sobre el procedimiento de reforma laboral” en [Anuario de Derechos](#)

[Humanos, No. 6 \(2010\)](#) , pág. 131-139 disponible en

[<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11487/11>

[848](#)] al 12 de Abril de 2013.

- MELIS VALENCIA, Christian, “Derechos de ciudadanía y empresa: Apuntes para una configuración dogmático jurídica” disponible en [http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf] con fecha 16 de Mayo de 2013.

- MELLA CABRERA, Patricio Eleodoro y DOMINGUEZ MONTOYA, Álvaro Eduardo. Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2012, n.39 [citado 2013-05-18], pp. 177-219 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. doi: 10.4067/S0718-68512012000200007.

- MIJANGOS GONZÁLEZ Javier, “The Doctrine of the Drittwirkung Der Grundrechte in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”. InDret, Vol. 1, 2008. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1371114> al 16 de Mayo de 2013.

- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “Sistemas Procesales e Ideologías” *Revista Derecho y Humanidades* N° 17, 2011, ISSN N° 0716-9825, p. 13-

30, disponible al 08 de abril de 2013 en [\[http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16973/17699\]](http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16973/17699)

_____ La Protección Contra el Acoso Psíquico Laboral en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2004, vol.17 [citado 2013-05-16], pp. 63-89 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. doi: 10.4067/S0718-09502004000200003.

- PALOMO VELEZ, DIEGO y MATAMALA SOUPER, PEDRO. PRUEBA, INMEDIACIÓN Y POTESTADES EN EL PROCESO LABORAL: OBSERVACIONES CRÍTICAS Y APELACIÓN AL EQUILIBRIO. *RDUCN* [online]. 2012, vol.19, n.2 [citado 2013-05-20], pp. 237-274 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000200008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-9753. doi: 10.4067/S0718-97532012000200008.

_____ JUEZ Y PARTE: EL COMPROMISO ESPIRITUAL DEL
JUEZ EN EL INTERROGATORIO DE TESTIGOS EN EL JUICIO
LABORAL ORAL Y SUS NECESARIOS LÍMITES. *Ius et Praxis* [online].
2011, vol.17, n.2 ISSN 0718-0012.
Similarity:0.369769

- ROSADO MARZÁN, César “Of labor inspectors and Judges: Chilean labor law enforcement after Pinochet (and what the United States Can do to help” Universidad de San Luis, Estados Unidos, 2008, disponible en [\[http://slu.edu/Documents/law/Law%20Journal/Archives/Marzan_Article.pdf\]](http://slu.edu/Documents/law/Law%20Journal/Archives/Marzan_Article.pdf) al 16 de Mayo de 2013.

- URBINA, Francisco “Una crítica a la perspectiva de la ponderación” en Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile disponible en [\[http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Francisco%20Javier%20Urbina.pdf\]](http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Francisco%20Javier%20Urbina.pdf) al 16 de Mayo de 2013.

- UGARTE CATALDO, José Luis. PRIVACIDAD, TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. *Estudios constitucionales* [online].

2011, vol.9, n.1 [citado 2013-05-15], pp. 13-36 . Disponible en:
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. doi:
10.4067/S0718-52002011000100002.

_____ “LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO: DE ERIZO A ZORRO”. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2007, vol.20, n.2 [citado 2013-05-15], pp. 49-67 . Disponible en:
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. doi:
10.4067/S0718-09502007000200003.

_____ “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba” en Revista de Derecho XXXIII, disponible en [\[http://www.lizamaycia.cl/index.php/component/rsfiles/view?path=opinion/Tutela%20laboral%20de%20derechos%20fundamentales%20y%20carga%20de%20la%20prueba%20.pdf&Itemid=265\]](http://www.lizamaycia.cl/index.php/component/rsfiles/view?path=opinion/Tutela%20laboral%20de%20derechos%20fundamentales%20y%20carga%20de%20la%20prueba%20.pdf&Itemid=265) al 10 de Marzo de 2013.

- VILLAVERDE, IGNACIO “La resolución de conflictos entre derechos proporcionales. El principio de proporcionalidad” p 181, disponible en

CARBONELL, MIGUEL (editor) “El principio de proporcionalidad e interpretación constitucional” disponible en [http://www.cejamericas.org/doc/documentos/6PPIC.pdf] consultado el 05 de julio de 2010]

- WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, “Análisis sucinto de las Normas Constitucionales vigentes en materia de Derecho Laboral en Chile” [en línea], p.3 y ss., disponible al 16 de abril de 2013 en [http://captura.uchile.cl/dspace/bitstream/2250/2021/1/Trabajonormasconstitucionales_FWalker.pdf]

6.4 Jurisprudencia administrativa.

- Dirección del Trabajo, dictamen N° 1967-021 del 25-Abr-2012.

- Dirección del Trabajo, Dictamen 2210/035, 5 de junio de 2009.
- Dirección del Trabajo, Dictamen 4924/269, 19 de agosto de 1997
- Dirección del Trabajo, Ord. 3416/049, 28 de agosto de 2009.
- Dirección del Trabajo, Ord. N° 4731/081, 03 de Noviembre de 2010
- Dirección del Trabajo, Ord. N° 1185/016, 10 de Marzo de 2010
- Dirección del Trabajo, Ord. N° 2697/041 de 7 de Julio de 2009
- Dirección del Trabajo, Ord. N° 2790/0133 del 5 de Marzo de 1995
- Dirección del Trabajo, Ord. N° 5260/300 del 22 de Septiembre de 1997

6.5 Jurisprudencia Tribunales.

- Corte Suprema, Cuarta Sala, N° de ingreso 21950-1987, 16 de marzo 1987.
- Corte Suprema, N° ingreso 1861-97 fecha de 14 de Julio 1997.
- Corte Suprema, Primera Sala, N° ingreso 6536-2011.
- Corte Suprema, causa rol 4005-2002, de fecha 13 de Agosto de 2003

- Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de Abril de 1993 Rol N° 103-92, confirmada por Corte Suprema.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1413-2010, del 16 de Noviembre del 2010, y 1852-2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 24.02.87, Rol N° 43, considerando 21; Relativa a “Ley orgánica constitucional de los partidos políticos.”
- Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, R.U.C. 08-4-0001305-6/R.I.T. T-1-2008, confirmada por Corte Suprema, rol N° 52-2009.
- Corte de Apelaciones de La Serena, considerando sexto, ICA N° 13-2008, confirmado por Corte Suprema.
- Corte de Apelaciones de Santiago, ICA 6537-2011, pronunciada 14 de Octubre de 2011, confirmada.
- Corte Suprema, N° de ingreso 778-06, 16 de Marzo de 2006.
- Corte Suprema, Tercera Sala, Ingreso Corte N° 5672-2008, fecha 4 de Noviembre de 2008.

- Corte Suprema, Ingreso Corte N° N°1212-2009, de fecha 6 de abril de 2009
- Corte Suprema, Tercera Sala, Ingreso Corte N° 4980-2008 de fecha 30 de Septiembre de 2008, mismos argumentos en Ingreso Corte N° 3014-2008.
- Corte Suprema, Tercera Sala, Ingreso Corte N° 4980-2008 de fecha 30 de Septiembre de 2008, mismos argumentos en Ingreso Corte N° 3014-2008.
- Corte Suprema Tercera Sala, N° IC 4662-2011, 5 de Junio de 2011.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 09 de Mayo de 2008, N° ingreso 74 y 74 del 2008. Redacción voto en contra Ministro Sr. Martínez.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 08 de Enero de 2008, N° ingreso 497-2007. Redacción voto en contra Ministro don Julio Torres Allú. Confirmado por la Corte Suprema, con voto en contra Ministro don Pedro Pierry. Mismos argumentos en N° ingreso 8361-2009.
- Corte Suprema, Tercera Sala, Ingreso Corte N° 5672-2008, fecha 4 de Noviembre de 2008.
- Con fecha 12 de mayo de 2008, la Tercera sala de la Corte Suprema se pronunció respecto de las acciones de protección conocidas en primera

instancia por diversas Cortes de Apelaciones del país en los casos: “El Salvador” (Rol N°887-08); “Codelco Norte” (Rol N°953-08); “El Teniente” (Rol N°1074-08); “Ventanas” (Rol N°1063-08); “Andina” (Rol N° 1062-08); Metso/subcontratistas” (Rol N° 1073-08); “Escondida” (Rol N° 1075-08);“Radomiro Tomic” (Rol N° 1076-08); y Subcontratistas V región” (Rol N° 1150-08).

- T-23-2009 Dictada por doña VALERIA CECILIA ZUÑIGA ARAVENA, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

- Causa R.I.T. T-16-2009, dictada por doña Yohana María Chávez Castillo, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, seis de marzo de dos mil diez.

- RIT T-1-2010 dictada por doña LILIAN SAEZ LEMARI, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe

- Segundo Juzgado Laboral de Santiago, diecisiete de agosto de 2010, RIT T-190-2010

- RIT T - 6 acumulada a T- 5 – 2009, dictada por doña MARCIA VIVIANA YURGENS RAIMANN, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt.

- T-49-2009 dictada por doña Edith Simpson Orellana, juez titular Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

- T-2-2009 pronunciada por doña María Isabel Palacios Vicencio, Juez Titular el Juzgado de Letras de Osorno.

- T-56-2009, Pronunciada por Yelica Montenegro Galli, Jueza titular del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

- T-23-2009 dictada por doña NANCY AURORA BLUCK BAHAMONDES, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

- Corte Suprema, Primera Sala, N° ingreso 5052-2009, sentencia fecha 27 de Enero de 2011.

- Corte Suprema, Primera Sala, N° de ingreso 3708-2003 del 10 de Noviembre de 2003

- Corte Suprema, Primera Sala, N° de ingreso 4419-2010 del 16 de Enero de 2001.
- Corte Suprema, Primera Sala, N° de ingreso 4814-1995, del 28 de Diciembre de 1995.
- 1° Juzgado Civil de Santiago causa Adiserv con Bordachar, rol N° 7528-2003, 25 de enero de 2007.
- Corte Suprema, Primera Sala, N° ingreso 5152-2009, de fecha 27 de Enero de 2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago, N° de ingreso 3354-2008, 6 de Mayo de 2009.
- Corte Suprema, Cuarta Sala, N° de ingreso 3985-2009, 12 de Noviembre de 2009
- T-11-2010 2° SJT Santiago.
- RIT T-10-2009 proveyó don(a) XIMENA CAROLINA LÓPEZ AVARIA, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

- RIT T-38-2009, dictada por ALEJANDRA BEATRIZ AGUILAR MUÑOZ, Juez titular del 1° Juzgado del Trabajo de Santiago.
- Corte de Apelaciones de Santiago, N° de ingreso 308-2010.
- RIT T-91-2010, dictada por doña NATASCHA EUGENIA NÚÑEZ URSIC, Juez Titular del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.
- Corte Suprema, Cuarta Sala, N° de ingreso 5454-2005 9 de Enero de 2007.

