



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo

y Seguridad Social

**PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL: INTERPRETACIÓN,
APLICACIÓN Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SEGÚN EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES”**

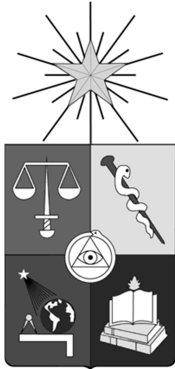
**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.**

**Pablo Alfonso Pizarro Zúñiga
Lenin Esteban Torres Vargas**

Profesor Guía: Luis Lizama Portal

SANTIAGO DE CHILE

2014



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo

y Seguridad Social

**PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL: INTERPRETACIÓN,
APLICACIÓN Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SEGÚN EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES”**

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

**Pablo Alfonso Pizarro Zúñiga
Lenin Esteban Torres Vargas**

Profesor Guía: Luis Lizama Portal

SANTIAGO DE CHILE

2014

INTRODUCCIÓN.....	1
I. PROCESO EVOLUTIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	5
1. Derechos constitucionales.....	5
1.1 Antecedentes históricos.....	5
1.2 Constitucionalización del Estado.....	11
2. Derechos humanos y Derechos fundamentales.....	14
2.1 Derechos humanos.....	14
2.2 La configuración de derechos humanos en derechos fundamentales.....	16
II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, Y SU RELACIÓN CON LOS PODERES Y LÍMITES DEL ESTADO, Y ENTRE PRIVADOS. DIVERSAS DOCTRINA EXPLICATIVAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	19
1. Doctrinas sobre la naturaleza de los Derechos constitucionales.....	19
2. La titularidad de los Derechos Fundamentales.....	20

3. Límites a los Derechos Fundamentales	21
4. Relación de eficacia de los Derechos Fundamentales con el Estado.....	24
4.1 Derechos fundamentales y la limitación positiva al Estado	26
5. Derechos fundamentales entre privados	30
5.1 Teoría de la eficacia inmediata o directa.....	37
5.2 Teoría de la eficacia mediata o indirecta.....	40
III. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO FORMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	45
1. La Interpretación constitucional	45
1.1 Reglas tradicionales de origen francés y su relación constitucional	47
1.2 Reglas y principios de interpretación constitucional	49
a. Principio “Pro Homine”	51
b. Principio de la posición preferente	53

c. Principio de progresividad	54
d. Principio de interpretación conforme a la Constitución.....	56
2. La teoría de los principios, la máxima de proporcionalidad y la ponderación	57
2.1 Introducción a la proporcionalidad	57
2.2 Objeto de la ponderación y la proporcionalidad	59
2.3 La estructura de la ponderación y la proporcionalidad	62
2.3.1. Fin legítimo	63
2.3.2. Idoneidad o adecuación	65
2.3.3. Necesidad	66
2.3.4. Proporcionalidad.....	67
IV. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980	70
1.1 Normas constitucionales que componen el sistema de derechos fundamentales.....	70

2. Resolución de conflictos normativos relativos a Derechos Fundamentales, diversas soluciones y teorías.....	73
2.1 Criterio de jerarquía o preferencia.....	75
2.2 Criterio de ponderación o balanceo	77
3. Concepto de núcleo esencial del derecho dentro del ordenamiento jurídico chileno.....	80
4. Formas de control y aseguramiento de las Garantías constitucionales	84
4.1 El recurso o acción constitucional de protección.....	85
4.2 El recurso o acción constitucional de amparo.....	86
4.3 El recuerdo o acción de amparo económico	87
4.4 Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.....	87
4.5 Acciones legales en general	88
4.6 Acciones de rango simplemente legal destinadas a cautelas garantías constitucionales específicamente señaladas.....	90

V. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL CHILENO.....	91
1. Derechos de ciudadanía dentro de la empresa	91
2. Normas constitucionales y legales aplicables en la relación de trabajo.....	94
2.1 Evolución normativa y los primeros avances en materia de derechos fundamentales en el Código del Trabajo	94
2.2 Dictación de la Ley N° 20.087 y la creación del Procedimiento de Tutela	101
2.3 Dicotomía entre los Derechos Fundamentales del trabajador en sentido amplio y Derechos Fundamentales que el procedimiento de tutela permite cautelar	105
2.4 Derechos fundamentales invocables dentro de la relación laboral y amparados por el procedimiento de tutela.....	109
3. La labor de la Dirección del Trabajo en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales	111

3.1 La Dirección del Trabajo y sus atribuciones en materia de derechos fundamentales.....	112
3.2 Orden de Servicio de la Inspección del Trabajo N°9 del año 2008. Procedimiento administrativo en caso de denuncia de derechos fundamentales	114
3.3. El dictamen N°2210/035 de la Dirección del Trabajo. El reconocimiento del principio de proporcionalidad en el derecho chileno	118
4. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo incorporados al derecho chileno relativos a derechos fundamentales	121
4.1 Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación	122
4.2 Convenio 100 sobre igualdad de remuneración.....	123
4.3 Convenio 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación.....	124
VI. ANÁLISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS	126

1. Objeto del análisis.....	126
2. Resoluciones de la Dirección del Trabajo	129
3. Resoluciones de los Tribunales de Justicia	172
CONCLUSIONES	306
BIBLIOGRAFÍA	321

INTRODUCCIÓN

El camino de los derechos fundamentales hacia el presente es un amplio y extenso recorrido, plagado de divergencias y hechos históricos que nos llevan hasta el día de hoy: un presente en que las Constituciones de los Estados democráticos comparten muchas similitudes, entre las cuales es posible señalar, un catálogo de derechos fundamentales que consagra los derechos y libertades esenciales de los cuales los individuos son titulares y que se erigen como el pilar de la regulación del desenvolvimiento de las personas en nuestra sociedad. Hoy en día es pacífica la idea de que los derechos fundamentales pertenecen a los individuos en todos y cada uno de los ámbitos en que se desenvuelven, y que existe un deber de respetarlos no solo para la autoridad sino que para todos los particulares, siendo por tanto horizontalmente eficaces.

Los casos en que dos o más derechos fundamentales se ven involucrados y en pugna son múltiples, y las diversas posibles soluciones para éstos son variadas y todas con amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Es por esto que objeto de este estudio ha sido analizar el proceso evolutivo de los derechos fundamentales, el rol de éstos como construcción limitativa tanto para el Estado como para privados, las diversas formas de resolver los conflictos que existen entre los mismos, y desprender – ya que no existe un

pronunciamiento expreso – cuáles soluciones se han planteado en la experiencia comparada y chilena y cual es – a nuestro juicio – la correcta forma de llevar a cabo la interpretación de los derechos fundamentales.

En el ámbito del Derecho del Trabajo el tema de los derechos fundamentales se ha tornado – de la mano del desarrollo del constitucionalismo democrático –, en un eje central que ha ido informando y modificando los criterios legislativos, y a su vez en una problemática que radica en la esencia misma de la naturaleza de la relación de trabajo. La desigualdad entre las partes ha llevado a que la potestad de mando del empleador, reconocida y resguardada como una manifestación del derecho de propiedad de éste, esté en constante tensión con los derechos fundamentales del trabajador, los cuales en innumerables oportunidades son desconocidos y vulnerados por el primero, ya sea a título personal o por medio de sus representantes. Todo lo anterior llevó a que en Chile – luego de que el recurso de protección y otras acciones ordinarias mostraran ser totalmente ineficaces en cautelar a los trabajadores objeto de vulneraciones – se dictase el año 2008 una reforma procesal laboral que dentro de sus novedades incluyó la dictación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el que ha representado no sólo una novedad dentro del Derecho del Trabajo sino que también dentro de la praxis jurídica nacional en su totalidad.

Celebrando desde ya esta iniciativa, hemos decidido ahondar en la estructura jurídico–constitucional de este procedimiento, el que remitiéndose expresamente a ciertas garantías reconocidas en la propia Constitución Política de la República (en adelante también la “Constitución”) determina el ámbito de aplicación del mismo, configurándose como un juicio ordinario de primera instancia por medio del cual se conocen vulneraciones a derechos fundamentales de rango constitucional en su mayoría y otros derechos de carácter simplemente legal. Sin duda alguna esto constituye una gran novedad en nuestro derecho, razón por la cual será necesario ahondar para analizar la resolución de este conflicto, cuál es el lugar de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento (el reconocimiento del legislador y de la Administración), la relación entre unos y otros (si existe o no jerarquía entre las diversas garantías fundamentales), el valor que dichas prerrogativas tienen en el contexto de la empresa y cómo las instancias de Derecho Internacional del Trabajo incorporadas a nuestro país (Convenios OIT ratificados por Chile) las han reconocido..

Una innovación de tal magnitud no brinda la plenitud de sus resultados de la noche a la mañana, sobretudo en un país como el nuestro, con sus particularidades sociales y culturales, con su Constitución producida en un gobierno de facto y con una tradición de respeto y promoción de derechos

fundamentales a lo menos deficitaria. Teniendo presente por tanto el contexto nacional, se llevará a cabo mediante el análisis jurisprudencial (jurisprudencia administrativa y judicial), una lectura de estos primeros años de procedimiento de tutela, rescatando cómo los diversos actores (tanto los intervinientes como la judicatura) han comprendido esta nueva institución, si se ha tomado en cuenta el componente constitucional del conflicto de derechos fundamentales, y en particular, si el principio de proporcionalidad – mediante el mecanismo de la ponderación – está teniendo la relevancia que tanto la ley, la doctrina de los derechos fundamentales y la Dirección del Trabajo le han atribuido; o si por el contrario dichos aspectos no han sido considerados, o sólo en una menor medida. El análisis de estas variables será con una muestra extensa, más de lo habitual para este tipo de trabajos, pero que a nuestro juicio se torna una labor adicional absolutamente necesaria para darle mayor forma y credibilidad a las conclusiones que de la muestra jurisprudencial se puedan obtener.

I. PROCESO EVOLUTIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Derechos constitucionales

1.1 Antecedentes históricos

El Derecho como institución limitativa del poder, tuvo manifestaciones en tiempos remotos de nuestra historia, incluso antes de Grecia, en la antigua China ya se hablaba del “Gobierno de las leyes, frente al gobierno de los hombres”¹. Sin embargo, dichas manifestaciones filosófico-jurídicas fueron un fenómeno aislado y fragmentario que no logró una coherencia dogmática robusta que conformara una disciplina apreciable en el tiempo. No se logró una reflexión teórica ni tampoco un reconocimiento de parte de las “instituciones públicas” u órganos que detentaren el Poder. Dicho de otra manera, “no se alcanzó a desarrollar un concepto de Derecho, ni tampoco alcanzó la protección efectiva del ser humano ante las esferas del poder”².

¹ Citado por BASTIDAS FREJEIRO, FRANCISCO, “El fundamento de los Derechos Fundamentales”. Revista Redur N°3, 2005. España. P. 24.

² WOLFF. H.J. “La historia del Derecho griego: su función y posibilidades”. Texto de una conferencia pronunciada en varias Universidades españolas en Noviembre de 1975. p. 138.

Los primeros antecedentes de una concepción de derecho como fuente limitativa del poder ante abusos hacia las personas data de la primera mitad de la edad media. Esta primera consagración surge en Inglaterra en el año 1215 con la Carta Magna, la cual reconoce ciertos derechos individuales fundándose en la limitación del poder del rey ante los súbditos. Este primer antecedente se constituye a partir de una base iusfundamentalista, versión popular sobre interpretación de derechos fundamentales la cual “asigna un status moral, y privilegia el derecho a la vida y a la propiedad privada”³ por sobre los demás derechos que irán desarrollándose en el transcurso de la historia. Este primer bosquejo garantista del hombre frente al poder político fue absolutamente parcial y limitado, razón por la cual “no es prudente definirlos como derechos, sino, como simples privilegios otorgados primero a los hombres, y luego, a los propietarios de cierto estamento social, o habitantes de un lugar determinado dentro del reino”⁴.

El desarrollo y origen de los derechos como fuente limitativa de poder comienza a desarrollarse doctrinariamente y con coherencia argumentativa a partir de los siglos XVI Y XVII, como fruto del pensamiento del derecho natural y de la interpretación iusfundamentalista. “Esta doctrina fundamenta la existencia

³ RUIZ-TAGLE, P Y CRISTI, R., “La República en Chile: Teoría y Práctica del constitucionalismo republicano”. LOM ediciones, Santiago, 2007. p. 40.

⁴ RUIZ-TAGLE, P Y CRISTI, R. Op. Cit. p. 41.

de derechos que están por sobre el reconocimiento público o legal escrito, en virtud de la condición del ser humano como ser independiente y digno, que merece respeto por su condición de tal⁵. Se trata de Derechos que en términos de Kant, “Independientemente de un acto jurídico, son transmitidos a cada individuo por la naturaleza”⁶.

Siguiendo ese desarrollo incipiente, los primeros derechos fundamentales reconocidos luego del derecho a la vida y a la propiedad privada, fueron los derechos de libertad de contrato, de conciencia y religión. Esta prioridad tiene su origen en un contexto histórico enormemente conflictivo en esta disciplina. Cabe mencionar que el edicto de Nantes de 1598 permitió que los protestantes pudieran ingresar a cargos públicos. Este hecho significó la ampliación de la libertad religiosa, y un quiebre de tradición católica dominante en las instituciones públicas.

Posteriormente, la consagración de derechos se funda en la libertad individual y derechos políticos. Es así como en el siglo XVII surgen las primeras declaraciones en Europa y en las colonias inglesas en América,

⁵ ARTOLA GALLEGO, MIGUEL. “Constitucionalismo en la historia”. Ed. Crítica. Madrid. 2005. p. 16.

⁶ KANT, I. “Metafísica de las costumbres”. Citado por José Anzures Gurría, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 22. Enero-Junio 2010. Ciudad de México. p. 4.

específicamente en el Estado de Virginia, con la “*Petition of Right*” de 1628, la “*Habeas corpus*” de 1679 y la “*Bill of Right*” de 1689.

Estas declaraciones continúan siendo esencialmente parciales y discriminatorias, toman en cuenta a los hombres libres, propietarios y excluyen a esclavos. Misma situación ocurre con la “Declaración de Independencia” de los EEUU de 1776.

En el siglo XVIII surge el ideario Liberal, influenciado por las doctrinas de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, y Locke. Esta doctrina se desarrolla como contestación a la represión absolutista Europea– principalmente francesa e inglesa – y se inspira en la teoría del Contrato Social. Estos autores dotan de igualdad básica en dignidad a la persona humana y como consecuencia surge la idea de libertad individual.

La influencia de estos autores liberales se traducirá a fines del siglo XVIII en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y en la Revolución francesa. Además sus pensamientos se manifestaron en la “Declaración de los Derechos del buen pueblo de Virginia en el año 1776 y en la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” francesa de 1789, la cual tiene como característica particular su defensa y aplicación sólo para los hombres adultos que califiquen como propietarios. Estos importantes documentos incluyen una

enumeración de derechos como la libertad, la igualdad ante la ley, la propiedad privada, el derecho a resistencia y la libertad de religión y conciencia, que servirán como modelos para constituciones posteriores tanto en Europa como en América.

Debemos considerar que el desarrollo de los derechos en una consagración vinculante (a diferencia de las declaraciones mencionadas que no lo fueron), se logró a través de las constituciones. Las primeras en recoger estos principios y derechos están contenidas en la Constitución Francesa de 1791 y en el Código de Napoleón de 1805.

En palabras de Artola Gallego “la positivización de los derechos constitucionales y fundamentales, la consolidación de las declaraciones de fines del Siglo XVIII, y la necesidad de ampliar a nuevos desafíos sociales la protección del individuo, dan surgimiento a una nueva clasificación de derechos que toma forma en el siglo XIX y XX, como los son los derechos sociales, económicos y culturales”⁷. En este mismo sentido señala Peces-Barba “El creciente proceso de industrialización, y la precariedad del proletariado, darán curso a una nueva interpretación del concepto de igualdad, entendido éste,

⁷ ARTOLA GALLEGO, MIGUEL. Op. Cit. p. 19.

como justicia social”⁸. De esta manera se amplía su significado, y se aleja de la dimensión liberal del término. Se solicita la intervención estatal en el desarrollo de los derechos y la protección del individuo ya no sólo como una intervención negativa, sino también participativa, directa y positiva en la solución de conflictos de carácter social. De esta manera, nuevamente citando al constitucionalista Peces-Barba, “A partir del siglo XIX, ya no se pueden pensar los derechos fundamentales sólo como esos derechos previos al Estado, que son triunfos del individuo frente a éste, sino que habrá que concebirlos, para realizar su finalidad última, que es permitir el desarrollo integral de las personas y alcanzar su libertad moral, como relacionados con la intervención de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades radicales que son obstáculos para el desarrollo humano y, también, como límite al Estado y a otros poderes que pretenden invadir la libertad del Hombre”⁹.

Bajo estos nuevos desafíos surgen las Constituciones de México de 1917, la Constitución de Weimar de 1919, las Constituciones Soviéticas de 1925 y 1936, la Constitución chilena de 1925, entre otras; que tendrán la tarea de resolver conflictos de carácter social a través del Derecho y su finalidad de justicia social.

⁸ PECES-BARBA, GREGORIO. “Escritos sobre Derechos Fundamentales”. Eudema ediciones. Madrid. 1988. p. 25.

⁹Ibid. Op. Cit. p. 24.

1.2 Constitucionalización del Estado

El proceso histórico y social de organización del poder político en un aparato público, en general, ha ido acompañado de un “proceso simultáneo de juridificación en la búsqueda de predeterminar sus decisiones y conseguir la previsibilidad de su actuación, de alcanzar seguridad”¹⁰. Bajo tales pretensiones, desde las monarquías absolutas europeas, la sociedad se ha esforzado por definir el Estado a través del Derecho y por condicionar su comportamiento por medio de reglas jurídicas, con la finalidad de limitar su poder y garantizar su actuación razonable, no arbitraria.

El constitucionalismo es un movimiento surgido en los últimos tres siglos, y como doctrina se propone alcanzar “la sumisión del poder al Derecho establecido por la Sociedad, y como fundamento primario, a la constitución escrita”¹¹. Es un fenómeno moderno, sin embargo Aristóteles ya en la antigüedad bosquejó una definición de Constitución como “un orden instituido

¹⁰Ibid. Op. Cit. p. 25.

¹¹ ARTOLA GALLEGO, MIGUEL. Op. Cit. p. 16.

por los ciudadanos de una polis con el fin de regular la distribución del poder”¹². Para lograr tal pretensión política el constitucionalismo “se vale de procesos políticos abiertos, libres y democráticos, que se canalizan a través de reglas que excluyen la utilización ilegítima de la fuerza, como eje central de resolución de conflictos entre ciudadanos e individuos”¹³.

El Estado es producto del Derecho, el cual por medio de un acto constituyente ya sea “espontáneo o voluntario”¹⁴, se organiza y actúa a través del mismo. Debemos entender que el Derecho no es sólo un conjunto de principios, reglas y normas represivas, sino que comprende también directrices organizativas del poder político y de los miembros de la Sociedad. Con ello, “estructura y ordena, una organización compleja, integrada por diversas

¹² RUIZ-TAGLE, P y CRISTI, R. Op. Cit. p. 29.

¹³ ARTOLA GALLEGO, MIGUEL. Op. Cit. p. 17.

¹⁴ BOBBIO, N., “Estado, Gobierno y Sociedad”. Fondo de cultura económica. 1985. Pp. 101-104. Bobbio discute distintas teorías acerca del nacimiento del Estado, se pregunta acerca de si su existencia ha sido permanente, o si es un fenómeno histórico que aparece en cierto momento de la evolución de la humanidad. Una de estas tesis, entiende el Estado como ordenamiento político de una comunidad que nace de la disolución de la comunidad primitiva basada en vínculos de parentesco y de la formación de comunidades más amplias derivadas de la unión de muchos grupos familiares por razones de sobrevivencia interna y externa. Otra de estas tesis, es aquella que explica que el nacimiento del Estado es un fenómeno moderno, que representa el paso de la época primitiva, dividida en salvaje y bárbara, a la época civil, donde “civil” significa “ciudadano” y “civilizado”.

instituciones diferenciadas en sus funciones y competencias, y da coherencia a la sociedad en su dimensión política”¹⁵.

Por último, “la relación entre el Estado y la Sociedad no son compartimentos separados, que permitan por exclusión lo público y lo privado”¹⁶. Se interrelacionan a través de una esfera pública, donde el Estado interviene mediante el Derecho y actúa también mediante instrumentos privados – ej.: las empresas – y en la que la Sociedad participa con el fin de determinar la vida del Estado – a través de la prensa, los partidos políticos o grupos intermedios –. Esta esfera pública ha sufrido una enorme ampliación de su volumen a lo largo de los años, y en ella se desarrolla el núcleo del debate y la competencia política. Los individuos y los grupos en que éstos se organizan, se interrelacionan entre sí en el interior del sistema político, colaborando y compitiendo a fin de obtener decisiones legislativas, ejecutivas o administrativas, de acuerdo con sus intereses, valores y creencias. “El sistema político ordena el proceso político, es decir, establece reglas a través de las cuales los sujetos intervienen en el proceso de la adopción de las decisiones políticas o aceptan aquellas que resultan del libre juego de los poderes de

¹⁵ ARTOLA GALLEGO, MIGUEL. Op. Cit. p. 20.

¹⁶ PECES-BARBA, GREGORIO. Op. Cit. p. 38.

hecho”¹⁷. El Derecho establece así, por acción u omisión, las condiciones a que deben someterse los sujetos a fin de alcanzar las decisiones pretendidas en cada uno de los procesos.

2. Derechos humanos y Derechos fundamentales

2.1 Derechos humanos

En un primer momento de configuración los derechos humanos y su eje central, la libertad, se constituyen a partir de la corriente filosófica-jurídica de la escuela del Derecho Natural, que enfoca su preocupación e interés en el ser humano y en la igualdad en razón de la dignidad de cada individuo. Como entiende Fernández Galiano, “Los Derechos Humanos son aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de la normas positivas, sino, con anterioridad e independencia de ellas y por mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana”¹⁸. Sin embargo, la concepción de derechos humanos como la conocemos hoy en día, tiene su origen en el pensamiento

¹⁷Ibid. Op. Cit. p. 48.

¹⁸ FERNÁNDEZ GALIANO, ANTONIO. “Introducción filosófica al Derecho”. Tecnos, Madrid, 1983. p. 23.

liberal revolucionario de finales del siglo XVIII y a esto debemos su transformación teórico-jurídico.

La finalidad del Estado liberal era limitar y controlar el poder político y garantizar la libertad, a la que dotó de su concepto. A diferencia del concepto clásico ateniense de libertad, entendida como participación activa de los ciudadanos en asuntos públicos, y del concepto medieval de libertad, entendida como un privilegio, como status propio y diferenciado de los miembros de un grupo social, el Estado contemporáneo se ha construido a partir de una idea de libertad entendida como “autonomía del individuo para actuar sin coerciones externas”¹⁹, sea que procedan éstas del Estado o de otros individuos. La libertad de hoy, de la que habla Constant, trata de “asegurar la autodeterminación de la voluntad individual”²⁰.

El iusfundamentalismo entendido como una fase primaria en la configuración de los derechos humanos, constituyó un marco teórico para explicar racionalmente esta concepción de libertad. Todos los individuos de la

¹⁹ FERRAJOLI, L. A., “Democracia constitucional”, Eudeba, Buenos Aires, 2001. p.13.

²⁰ AGUILAR, ENRIQUE. “Benjamín Constan y el debate sobre las dos libertades”, Revista Libertas, N°28. Buenos Aires, 1998. p.22.

especie humana son libres por naturaleza. Es a partir de esta condición, anterior al Estado, donde el individuo se une en un gran pacto social, y se acuerdan las condiciones de vida en comunidad. Esta cohesión social, se sostiene en la necesidad de reconocimiento y garantía por la comunidad de las libertades que corresponden a la persona en cuanto tal.

Las libertades individuales así entendidas, se articularon como derechos frente a la comunidad, la cual debía respetarlas, fomentarlas, y protegerlas. De esta forma, constituyen el contenido concreto y jurídico -no derivan de un acto expreso emanado del Estado o de una decisión no condicionada de la comunidad- sino que se encuentran insertas en la misma naturaleza de la condición humana, por lo que resultan inalienables.

2.2 La configuración de derechos humanos en derechos fundamentales

En una primera fase como hemos explicado anteriormente, los derechos humanos fueron concebidos como derechos naturales, descubiertos por la razón y expresados por la teoría, aunque estaban considerados por la doctrina

como previos y superiores a los derechos positivos, no tenían más efectividad que dotar de legitimidad a las regulaciones jurídicas positivas. En una segunda fase se elaboraron declaraciones de derechos que contenían catálogos pormenorizados de los mismos, con una vocación de universalidad pero que no eran vinculantes, debido a la falta de reconocimiento positivo por parte del Estado y de mecanismos efectivos de tutela judicial para garantizarlos. La tercera fase estuvo marcada por la incorporación de los derechos humanos a los textos constitucionales, aunque sólo gozarían de eficacia jurídica en la medida en que las leyes los regulasen. Dichos derechos incorporados tendrían la protección necesaria sólo si están previamente positivizados, únicos exigibles y vinculantes ante tribunales de justicia. “De ahí que las declaraciones de derechos, hechas inicialmente al margen de las constituciones, aparezcan hoy en día integradas de una u otra manera en ellas, ya como adhesión a su texto (preámbulo de la Constitución francesa de 1958), ya como elenco de derechos fundamentales explícitamente reconocidos, ya como instrumento para la interpretación de éstos”²¹.

²¹ BASTIDAS FREJEIRO, FRANCISCO., “El fundamento de los Derechos Fundamentales”. Revista Redur N°3, 2005. España. p. 34.

Finalmente, los derechos fundamentales han adquirido plena eficacia jurídica en su dimensión de derechos fundamentales, mediante la configuración conceptual como derecho subjetivo, todo a partir de su reconocimiento constitucional. Estos derechos, no requieren de ninguna ley anexa para determinar su contenido, debido a su carácter constitucional, sin embargo, es menester su vinculación con medios judiciales de protección tutelar, los cuales se requieren como condición indispensable para su efectiva cautela.

II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, Y SU RELACIÓN CON LOS PODERES Y LÍMITES DEL ESTADO, Y ENTRE PRIVADOS. DIVERSAS DOCTRINA EXPLICATIVAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.

1. Doctrinas sobre la naturaleza de los Derechos constitucionales

Se suele hablar de los derechos fundamentales como un bloque normativo, sin hacer referencia a la distinta naturaleza que puede tener un derecho en relación a otro. Se asume que conforman un bloque de protección al individuo, que poseen una misma naturaleza, y que tienen la misma finalidad u objeto. Sin embargo, debido a la titularidad de los derechos, a la obligación pretendida, al objeto, etc., se configura una naturaleza distinta, quizás no para cada derecho, pero sí para diversas categorías de éstos.

Como hemos dicho, la naturaleza de los derechos constitucionales es diversa, algunos son derechos de participación, otros de prestación y otros de libertad. Los derechos de naturaleza prestacional confieren al titular de éstos la facultad de solicitar o exigir del aparataje público el cumplimiento de una obligación generada por ellos, ejemplo de éstos es el derecho a la salud, a la

educación o a la tutela judicial. Los derechos relativos a la libertad individual, como la libertad de conciencia o religiosa, requieren de un comportamiento negativo por parte del Estado y de los demás individuos, un deber de abstención para así evitar la intromisión en la esfera personal. Se requiere de lo que se ha denominado “libertad negativa”²² como lo entendía la concepción clásica liberal de los derechos constitucionales. Dichas diferencias esenciales en su naturaleza - conceptual y práctica-, se justifican no sólo en razón al titular del derecho, sino también en razón a su ejercicio, defensa, u objeto de las garantías.

Los derechos constitucionales independientemente de su diversidad en la naturaleza, se encuentran ligados como bloque constitucional, al constituir un esquema integrado de elementos interrelacionados conformado por derechos, garantías, deberes y obligaciones, sirviendo este sistema como elemento fundamental en la concepción del régimen constitucional democrático. Todos estos elementos quedan ligados en razón de la pretensión de defensa del individuo ante el poder del Estado, de los organismos públicos y de los demás individuos de la Nación.

2. La titularidad de los Derechos Fundamentales

²² BERLIN, ISAIAH. “Dos conceptos de libertad” en “Libertad y necesidad de la historia”. Revista de occidente, Madrid, p. 133.

Los derechos humanos – como su nombre lo indica – se atribuyen a todos los individuos de la naturaleza humana, son derechos del Hombre. Es por esto que, los titulares de los derechos fundamentales son las personas físicas individuales en cuanto tales. Sólo excepcionalmente, en algunos casos, también se concede la titularidad a personas jurídicas (ej.: sindicatos) en la medida en que por su naturaleza puedan ser ejercitados.

3. Límites a los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales “no son absolutos”. Su ejercicio encuentra límites, los cuales se tornan evidentes en la constante tensión entre ellos. Dicho límite se puede manifestar respecto de conflictos derivados de relaciones entre individuos y el Estado, o respecto de grupos de personas entre sí, incluyendo en estos, el ejercicio de poderes, facultades y obligaciones dentro de la relación de trabajo. Las Constituciones, en diversas ocasiones, se refieren a ello, y se suele justificar doctrinariamente que su aplicación interpretativa debe ser siempre “restrictiva” para evitar la disminución práctica de los derechos.

Se suele establecer como límite, el ejercicio de los derechos por las otras personas, puesto que “el respeto a los derechos de los demás”, es un fundamento del orden político y de la paz social. En general, los derechos ven limitado su ejercicio cuando pueden afectar al disfrute y goce de los demás, en sus propios derechos o de otros bienes jurídicos considerados constitucionalmente valiosos para la comunidad. Las constantes tensiones de estos derechos, que se ha denominado colisión de derechos, se producen cuando dos o más derechos concurren respecto de dos o más sujetos, generando una pugna que debe ser resuelta, determinándose a cual debe dársele preeminencia. Sin embargo, para evitar justamente la indefensión de un derecho respecto de otro de manera absoluta o arbitraria, la doctrina y jurisprudencia ha creado diversos criterios de interpretación para resolver las colisiones, o bien, para lograr una compatibilidad y convivencia mediante diversos métodos de solución.

Un medio de protección, contenido generalmente en las constituciones modernas, lo constituye la regulación del contenido esencial de los derechos. Con dicha construcción dogmática, se evita que el desarrollo de un derecho no destruya o inhiba su contenido material, convirtiéndolo en un derecho puramente formal. En nuestra constitución está contenido en el artículo 19 n°26 el cual establece “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato

de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio²³. En conclusión, como sostiene Konrad Hesse, la “presunta contradicción entre normas constitucionales se puede solucionar de dos modos: establecer una decisión de jerarquía o preferencia en la aplicación de una de las normas constitucionales sobre la otra, o intentar conseguir una optimización de forma que se apliquen ambas normas constitucionales a la vez”²⁴.

Sobre las colisiones de derechos, existen diversas fórmulas y métodos para la solución de las controversias ocasionadas con el enfrentamiento de derechos de igual rango, encontrando dentro de éstas la doctrina que intenta solucionar dicha pugna mediante la ponderación y la proporcionalidad, construcción que como es tratada a lo largo de este estudio, se alinea con los procesos dogmático-constitucional propios de los Estados democráticos modernos. Sin embargo lo anterior, en nuestro país y pese a haberse recuperado la democracia –y en efecto, intentando modelarse un Estado de derecho que apunte a la recepción de esas construcciones más modernas, y, a juicio nuestro, idóneas desde la perspectiva de dicho modelo político-, existe

²³ Análisis de este tema, *vid infra pp. 114 y siguientes*.

²⁴ Citado por GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Edición Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, p 291

parte de la doctrina nacional que no comparte dicha posición ni acepta la inclusión de dichos criterios como parte del sistema de resolución de conflictos constitucionales, manteniéndose en gran parte de ésta como modelo inamovible la aplicación jerarquizada e intuitiva de los derechos, con preeminencia de unos sobre otros de manera absoluta. Esta doctrina, contraria a una concepción amplia y democrática de los derechos fundamentales como habíamos recién apuntado, ha sido sustentada bajo la interpretación de José Luis Cea o Alejandro Silva Bascuñan, y ha sido calificada por el profesor Pablo Ruiz-Tagle como una concepción restringida, “numerológica”, y pontificia, justificándose simplemente en criterios irracionales de preferencia de un derecho sobre otros, respondiendo a un modelo obsoleto en gran parte del mundo.

4. Relación de eficacia de los Derechos Fundamentales con el Estado

Los derechos fundamentales establecidos en las constituciones gozarán de una efectividad directa, en la medida que vinculen a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. En su origen, los derechos fundamentales fueron sólo una defensa frente al Estado, pero en la medida en que hoy son también

“...fundamento del orden político y la paz social”²⁵ se han convertido en máximas de orden social.

Como sabemos, su estructura interna es distinta según sean derechos de libertad, de participación o de prestación. En los primeros, se requiere la abstención de los poderes públicos frente al ejercicio individual de los mismos, en los segundos, es necesaria la ordenación de los procedimientos para ejercerlos, en los últimos es imprescindible una intervención activa de los poderes públicos. En realidad, la pura abstención estatal es una situación poco frecuente -aunque el contenido de los derechos esté determinado por la Constitución, y por tanto no precisen de un desarrollo normativo para poder ser ejercidos- puesto que es necesaria la regulación legislativa de los derechos fundamentales y las libertades públicas con el fin de prever las situaciones de conflicto derivado del ejercicio del mismo derecho o de otros derechos por otras personas.

Aún en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una *interpositiolegislatoris* para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador, para amparar por sí

²⁵ PÉREZ LUÑO, ANTONIO. Op. Cit. p. 7.

mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado. Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos. Este principio general de aplicación inmediata no sufre más excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza misma de la norma.

4.1 Derechos fundamentales y la limitación positiva al Estado

Con la fundamentación positiva de los derechos fundamentales se genera un reconocimiento por parte del Estado en el ámbito de libertades y derechos hacia los ciudadanos, es decir, se produce una autolimitación²⁶ en sus poderes, una especie de concesión de espacios privados que antes eran utilizados por la esfera pública. El Estado se ha autolimitado – tal como sugiere la teoría liberal del Estado burgués, principal impulsora de esta configuración de

²⁶ ZAGREBELSKY, GUSTAVO., El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (cit por Cristian Melis, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, Legal Publishing, 2009, Santiago. p. 8.

derechos –, a “respetar los derechos fundamentales, en especial la libertad del individuo frente al Estado”²⁷.

Las nuevas teorías liberales se ven respaldadas por la obra de autores alemanes, en especial de Georg Jellinek, quien postula su teoría de los “derechos públicos subjetivos”²⁸. Este autor expone que el “sujeto privado es poseedor de una serie de status que importan una relación con el Estado, que califica su posición jurídica y que le ubican en diversas situaciones respecto de éste y de las que se derivan pretensiones jurídicas, esto es, un haz de facultades del *cives* frente al Estado”²⁹. Esta teoría enfrenta, en caso de disputa por colisión de derechos fundamentales, al Estado con el individuo, condicionando esta relación en un ámbito netamente vertical, en la cual el Estado es el sujeto pasivo de la relación jurídica, ya que debe respetar la libertad del individuo, sin posibilidad de coartar o interferir en ese ámbito privado. Es una relación binominal en que no participan los demás individuos, debido a que son considerados terceros ajenos. Este teoría se impregna de un carácter unidireccional que no permite abarcar relaciones e interpretación de

²⁷ BOCKENFORDE, ERNEST-WOLFGANG., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” (trad. Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde), Nomos, Baden-baden, 1993, p.48.

²⁸ JELLINEK, G. “Teoría general del Estado”, Albatros, Buenos aires, 1975. p. 337.

²⁹ Juan López Aguilar, Derechos fundamentales y libertad negocial, Ministerio de justicia, Madrid, 1990, p. 11.

derechos fundamentales entre individuos, sino, sólo entre poder estatal y el ciudadano. Tal situación se entiende teóricamente como un respeto de parte del Estado, en sujeción a la “libertad con carácter negativo”³⁰. Sin embargo, los derechos fundamentales entendidos según los liberales del siglo XIX y XX, no serán sólo de omisión o libertad negativa por parte del Estado, sino que también como derechos de defensa oponibles frente al Estado. De esta forma, el titular del derecho que se ve perjudicado por alguna arbitrariedad en la manifestación del poder público tendrá protección jurídica para hacer frente a esta vulneración.

La teoría de los derechos públicos subjetivos surge producto de la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público. Se entiende al derecho privado como una regulación entre individuos iguales que no requieren de límites externos para la completa satisfacción de relaciones jurídicas, basando sus negociaciones en principios de equidad y libertad contractual, en donde ninguno está por sobre el otro en relación a posiciones de ventaja: “entre iguales las relaciones no pueden ser sino libres”³¹. En la esfera pública se requieren mecanismos que logren neutralizar el carácter desigual de las relaciones, surgidas por la interacción entre el individuo y el Estado. De esta

³⁰ BERLIN, I. “cuatro ensayos sobre la libertad”. Ed. Alianza, Buenos Aires, 1998, p. 5.

³¹ MELIS, CRISTIAN. “Los derechos fundamentales de los trabajadores”. Legal Publishing, Santiago, 2009. p.9.

manera “los derechos fundamentales actuarán como factores reequilibradores o compensadores de la desigualdad que los sujetos privados sufren frente a la omnipotencia del Estado”³². Se entendía esta separación en dos tipos de derechos producto de un contexto histórico decimonónico liberal, que pretendía bloquear al Estado en la esfera privada de los titulares de los derechos, dándole énfasis al carácter liberal de las prerrogativas. Para Gregorio Peces-Barba el carácter unidireccional de los derechos fundamentales sólo corresponde a un proceso histórico puntual en la evolución de estos derechos, que más que avance, significaron una ironía en su proceso constitutivo debido a que los derechos fundamentales pasaron de ser “Dinamizadores del Derecho privado a ser barrera del Derecho Público”³³, y que “no existió base alguna que justifique la exclusión del ámbito de las relaciones privadas de los derechos fundamentales”³⁴.

Esa discusión dará pie a nuevas teorías, mucho más efectivas que la interpretación liberal de los derechos fundamentales y ampliará la esfera de protección, ya no sólo desde una relación vertical del individuo frente al Estado,

³² Ibid. Op. Cit. p.9.

³³ PECES-BARBA, GREGORIO. (Cit. Por Cristián Melis, “los derechos fundamentales de los trabajadores), Legal Publishing, Santiago. p. 10.

³⁴Ibid. (Cit. Por Cristián Melis, “los derechos fundamentales de los trabajadores), Legal Publishing, Santiago. p. 10.

sino, que también ahora se podrá hacer efectiva una protección de la relaciones entre privados, fomentando de esta manera el verdadero objetivo de la teoría de los derechos fundamentales.

5. Derechos fundamentales entre privados

La constitución chilena, en su artículo 6 inciso segundo dispone que “los preceptos de esta constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, es decir, bajo dicho precepto, damos fuerza normativa a los derechos fundamentales contenidos en el artículo 19, y garantizamos su observancia, ya no sólo en su dimensión vertical, sino que también horizontal. Sin embargo, dicha interpretación extensiva, en relación al contenido y eficacia de los derechos fundamentales, ha sido desarrollada a lo largo del tiempo, en diversas teorías. En primer lugar, debemos distinguir la primera función subjetiva de estos derechos derivada de las corrientes liberales, la cual considera a éstos como derechos públicos subjetivos, de acuerdo con la cual “los derechos fundamentales son derechos

de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Esto significa que el individuo tiene asegurada una esfera propia en la que el Estado, entendido según la experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar³⁵. Dicha teoría, en su sentido estricto, no permite darle aplicabilidad a los derechos fundamentales en relación a los privados, toda vez que, su origen, responde al temor existente en los teóricos liberales de percibir al Estado como el único que amenaza el desarrollo de estos derechos, y no concibe su aplicación de manera diferente a diversos agentes de naturaleza diversa. Esta interpretación clásica liberal, ha sido predominante en el desarrollo de nuestra doctrina y jurisprudencia, cuestión que ha ido cambiando con el curso del tiempo en nuestro país.

Por otra parte, existe la función objetiva de los derechos fundamentales, la cual, le asigna un valor normativo diferente, constituyéndose en normas de carácter objetivas, de contenido axiológico, y estableciéndose como principios que regulan la actividad del Derecho en todos sus ámbitos, ya que su fuente primaria deriva de la Constitución, entendida ésta como la ley suprema, con fuerza normativa general. Esta interpretación de los derechos fundamentales, logra ampliar su enfoque de contenido y aplicación, permitiéndole, ya no sólo su vinculación en relación con el Estado y sus órganos, sino también darle eficacia

³⁵CARBONELL, MIGUEL, Los derechos fundamentales en México, México, Porrúa, 2005, pp. 5-10.

a la relaciones recíprocas entre particulares, y limitar de esta forma, la autonomía privada, sujetando su actuar a estos verdaderos valores supremos contenidos en la Constitución. De esta forma, aceptando esta concepción de los derechos fundamentales, se puede afirmar que “la validez de los derechos en las relaciones entre particulares, ya que no existe razón para que su efecto identificador se detenga y limite a las producciones normativas de los principales operadores jurídicos, esto es, de los órganos estatales en un sentido amplio, sino que alcanza a todas las relaciones jurídicas que pueda contener el sistema, incluida aquellas que se conforman a través del Derecho privado”³⁶.

Es menester mencionar, que la diversa conceptualización que ha tenido en su desarrollo los derechos fundamentales no vienen a limitar su interpretación liberal, sino que robustece su eficacia en ambos ámbitos, el público y el privado, por esta razón deberá siempre encontrarse un equilibrio “entre dos dimensiones, cada una de las cuales, a su vez, es producto de una postura ideológica distinta, y que por lo tanto se incardina dentro del debate doctrinal sobre el tránsito del Estado liberal al Estado social”³⁷.

³⁶ MIJANGOS Y GONZALEZ, JAVIER. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano. México, Porrúa, 2007, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional (Núm. 18), p. 7.

³⁷ ESTRADA, ALEXEI, La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 66.

La conceptualización moderna de los derechos fundamentales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, está derivada de los procesos explicados con anterioridad sin embargo, no hemos resuelto aun el modo en que inciden estos derechos en las relaciones *inter privatos*, para aquello, la teoría del *Drittwirkung* ha construido respuestas para resolver este problema de aplicación y eficacia.

La teoría "*Drittwirkung der Grundrechte*" o "efecto frente a terceros de los derechos fundamentales" se generó a través del desarrollo histórico, doctrinal y jurisprudencial, tal como hemos mencionado en capítulos anteriores. El largo proceso por el cual se han ido modificando ciertas apreciaciones respecto al efecto de los derechos fundamentales ha derivado en una nueva doctrina acogida por parte de los ordenamientos jurídicos, tanto internacionales como nacionales. La teoría antes señalada, denominada también como "efecto horizontal de los derechos fundamentales" fue desarrollada a mediados de los años cincuenta en Alemania, a través de la manifestación de criterios jurisprudenciales del juez del Tribunal Laboral Federal alemán Hans Carl Nipperdey, y se ha transformado "sin duda en uno de los descubrimientos jurídicos más interesantes de los tiempos modernos"³⁸. Este fenómeno de

³⁸ VON MUNCH, IGNO. "*Drittwirkung* de los derechos fundamentales en Alemania". En Pablo Salvador, Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Civitas, Madrid, 1997, p. 27.

extensión en la aplicación de los derechos fundamentales se produjo como respuesta o fórmula a los procesos históricos nefastos de la Alemania Nazi.

El Derecho Constitucional Alemán influenciará así al Derecho Privado de tal forma que ahora los asuntos *Inter privados* serán tema no sólo de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, sino también de los derechos fundamentales como principios reguladores de todo el ordenamiento jurídico. De esta forma “el derecho privado, en cuanto forma parte de este todo unitario que es el ordenamiento jurídico, ya no puede entenderse inmune en ninguna de sus ramas, ni de sus instituciones, a la acción conformadora de los principios y derechos constitucionales, especialmente los derechos fundamentales”³⁹.

La teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, no sólo tiene su fuente primaria en las atrocidades vividas bajo la Alemania Nazi, también responde a nuevos fenómenos surgidos en ciertos contextos históricos, como la transformación del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, impulsada por la Constitucional de Weimar y el surgimiento de nuevos centros de poder privado que hoy en día ocupan grandes esferas de poder, incluso mayores a lo que puede representar un Estado. El desarrollo de grandes

³⁹ MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL. “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. (el paradigma de la “*Drittwirkung*” laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional), RTSS N°3(julio-septiembre 1991), p. 66.

economías dará a la creación y desarrollo de grupos económicos que tienen tanto o más poder que el Estado, y que ejercen influencias en todos los aspectos de la vida de los ciudadanos. Esta nueva fuente de poder genera la obligación por parte del Estado de proteger a sus ciudadanos, los cuales ya no sólo podrán verse afectados por el poder burocrático, sino también se verán amenazados en función de estas nuevas organizaciones sujetas al amparo del derecho privado y la autonomía de la voluntad. De esta manera, “es evidente que gigantescos grupos privados ejercen un poder de hecho no menos amenazador que el del Estado, convirtiendo en pura ilusión la teórica igualdad de las partes y la no menos teórica autonomía de la voluntad”⁴⁰. Estos nuevos entes privados pondrán en jaque la protección de los derechos fundamentales de los individuos, debido a la coacción de las libertades que podrán ejercer en nombre del derecho privado.

En dicho sentido, entonces, los conceptos asociados a la igualdad jurídica y la autonomía de la voluntad en el derecho privado, parecen representar más un eufemismo jurídico que la realidad. En el plano jurídico-formal dicha igualdad se defiende como un principio fundamental de las relaciones entre privados, sin embargo la realidad es más de subordinación

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, LUIS.Op. Cit., p. 206.

producto de “las relaciones entre débiles y fuertes socialmente”⁴¹. Hans Nipperdey se refiere a estos entes como “grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la moderna sociedad amenaza al individuo aislado e impotente, y frente a los que el Estado debe intervenir justamente para defender al inerme ciudadano”⁴².

La falacia formal de la igualdad y libertad jurídica, se derrumba en mayor medida en el Derecho del Trabajo. Entendido éste como regulación privada, es donde en mayor medida se ve reflejada la desigualdad entre sujetos privados. El poder empresarial utilizará todas sus herramientas basadas en su superioridad jerárquica y su capacidad de generar subordinación para dar provecho a sus exigencias, aún limitando o vulnerando los derechos fundamentales de los trabajadores, que frente a esta situación representan al sujeto débil de la relación entre privados. En este escenario, el poder público y privado se funden debido a las innumerables facultades de dirección y orden que mantiene el empleador sobre sus trabajadores. Como señala Lombardi, se trata de “un poder que es privado en lo que concierne a su fuente, y a los sujetos implicados, pero cuyo acto de ejercicio se realiza, sin embargo, con

⁴¹BLAT GIMENO, FRANCISCO. “Relaciones laborales en empresas ideológicas”, MTSS, Madrid, 1986, p. 33.

⁴² GARCÍA TORRES, J Y JIMÉNEZ BLANCO, A. Op.Cit, p. 22.

formas de coacción y autoridad asimilables sustancialmente a las categorías propias de los poderes de Derecho Público”⁴³.

Luego, retomando lo relativo a la doctrina estudiada en este apartado y con el fin de dar respuestas a la eficacia de los derechos fundamentales, y coherencia a la teoría del Drittwirkung, se han generado dos posibles teorías. La primera, a la que se le denomina teoría de la eficacia mediata o indirecta, y la segunda, la teoría de la eficacia inmediata o directa.

5.1 Teoría de la eficacia inmediata o directa

La teoría de la eficacia inmediata fue postulada inicialmente por Hans Nipperdey, siendo rechazada tempranamente en Alemania⁴⁴ para dar paso a la teoría de la eficacia mediata o indirecta que veremos en el subcapítulo siguiente.

⁴³ LOMBARDI, G. “Poder privado y derechos fundamentales”, Giappichelli, Torino, 1970, p. 245.

⁴⁴ MARSHALL, PABLO. “El efecto horizontal de los Derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”. Estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, N°1, 2010. p. 13.

Esta teoría, como construcción normativa, pretendió dar eficacia y extensión a los derechos fundamentales de manera directa, sin intermediación legal o judicial, haciéndolos oponibles *erga omnes*. Los derechos fundamentales serían entendidos – según la teoría de los valores y de la integración – como principios objetivos que constituyen directrices dentro del ordenamiento jurídico. Al igual que la teoría de la eficacia mediata, la teoría de los valores constituyó la columna vertebral de los sistemas jurídicos, y a partir de los derechos considerados fundamentales, se comenzó a estructurar su contenido. La diferencia que existe entre ambas teorías alemanas, es que en la teoría de la inmediatez los derechos fundamentales son considerados como valores objetivos y además como derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional. Empero, no todos los derechos fundamentales pueden ser considerados con este “doble carácter”, se requiere “de un test para evaluar, primero, si los derechos pueden ser aplicables en la esfera privada, y luego determinar el ámbito de protección determinado por la finalidad de la norma objetiva, lo que se concretará caso a caso, atendiendo fundamentalmente a la desigualdad de las partes, a la naturaleza del derecho, y a su relación con la autonomía de la voluntad”⁴⁵. De esta manera, éstos derechos afectan a través de un efecto absoluto al ciudadano “alterando o modificando las normas de

⁴⁵Ibid..Op. Cit. p. 55.

Derecho privado existentes”⁴⁶. Es así como esta teoría, entrega una relación inmediata y directa de los derechos fundamentales con las relaciones entre privados. De esta forma, “la norma decisoria del conflicto, como razón primaria y justificadora, ha de ser la constitucional y no la legal”⁴⁷.

Tal como se mencionó anteriormente, esta teoría fue rechazada en Alemania, producto de que prescindió, bajo argumentos de teóricos y jueces federales, de la dimensión legal del Derecho y “propiciaría inseguridad jurídica, acabaría con la autonomía de la voluntad, y subordinaría el derecho privado al constitucional”⁴⁸.

Con posterioridad al desarrollo de dicha teoría, y como reacción a los efectos de inseguridad y limitación a la autonomía privada que generaría la aplicación directa o inmediata de los derechos fundamentales, y con una pretensión de morigerar o moderar sus efectos, nace la teoría de la eficacia mediata o indirecta, la cual, establece que es necesario para el objeto de garantía, que dichas normas sean filtradas a través de normas de derecho privado. Se le asignará, a partir de la concepción de derechos fundamentales

⁴⁶ NIPPERDEY, H, C. Op. Cit., p.24 (cit. por Robert Alexy, Teoría de los derechos... op. Cit, p. 512)

⁴⁷ MELIS, CRISTIAN. Op. Cit. p.25.

⁴⁸ MARSHALL, PABLO. Op. Cit. p. 55.

como derechos públicos subjetivos, la influencia de dichas normas iusfundamentalistas sobre el derecho privado y su vinculación entre los sujetos privados. Como consecuencia, dicha teoría de aplicación mediata, requiere de la intervención del legislador o del juez, cuestión que fue aplicada en Alemania, a través de la intermediación judicial, intentando resolver los conflictos derivados de la aplicación mediata legislativa, la cual, no estaba exenta de errores e imperfecciones en su elaboración. La participación del juez, en la labor interpretativa de los derechos fundamentales, fue asumida por el Tribunal Constitucional alemán, incluyendo al Tribunal laboral federal, el cual, había aceptado en sus inicios la teoría de la eficacia inmediata postulada por Nipperdey. La labor activa del juez en la aplicación eficaz de los derechos fundamentales, se desarrollará a partir de la ponderación de estos derechos, fundado en el efecto irradiación o reflejo que tendrían sobre las relaciones *inter privatos*. El desarrollo doctrinario de la función judicial, aplicada según los principios de ponderación y proporcionalidad, serán tratados con mayor detalle en nuestro capítulo IV de la presente tesis.

5.2 Teoría de la eficacia mediata o indirecta

La teoría de eficacia mediata o indirecta, necesariamente nos vincula a la teoría de los valores, desarrollada en Alemania en los años cincuenta, impulsada por Rudolf Smend. Este autor esgrimió la idea, a palabras de él que "...los derechos fundamentales fijan valores fundamentales de la comunidad, en los cuales los sujetos o los ciudadanos se integran objetivamente en una manera de ser, como un pueblo de idiosincrasia nacional"⁴⁹. Esta teoría surgió producto del suceso de transformación de la función de los derechos desde el desarrollo de un Estado Liberal a uno Social. Se buscó profundizar la extensión de sus efectos en el ámbito privado, intentando dar respuestas vía dogmática jurídica a problemas de la realidad social, como la pobreza material o la protección del trabajador, estructurando a través de un sistema axiológico la naturaleza de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales serán entendidos como normas que representan un "orden objetivo de valores"⁵⁰ en la comunidad. Estas normas serán "objetivas, impregnadas y delimitadas por valores"⁵¹. Esta nueva solución dogmática expandió el efecto de los derechos constitucionales. Al darles connotación valórica-ética, regirán "en toda dirección y en todos los ámbitos del Derecho"⁵², por lo tanto, abarcará las relaciones de

⁴⁹BOCKEFORDE, ERNEST-WOLFGANG. Op. Cit., p. 57.

⁵⁰Ibid., p. 57.

⁵¹ MELIS, CRISTIAN. Op. Cit. p.18.

⁵²Ibid. p. 18.

los individuos privados con el Estado e incluirá la relación *inter privatos*. Esta nueva visión de los derechos fue tomando diversas tendencias, y abrió lugar a la discusión acerca del destinatario de estos derechos y su posibilidad de aplicación.

La teoría "*mittelbaredrittwirkung*" traducida como "teoría de la eficacia mediata", sostiene que los derechos fundamentales rigen como un valor objetivo dentro del ordenamiento jurídico, lo que repercute en que "el Estado tiene la obligación, ya no sólo de abstenerse en la intromisión en la esfera jurídica de los particulares, sino también de garantizar su efectividad en las relaciones privadas"⁵³. La fórmula que el Estado tiene para "garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales, será a través de los órganos del Estado"⁵⁴, y se canalizarán en base a éstos principios o valores fundamentales, los cuales se extenderán a todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, para la teoría de mediación, esta influencia para lograr sus propósitos deberá efectuarse mediante intervención estatal, ya sea mediante la concreción legislativa que trate sobre la extensión y eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de privados, o por concreción judicial, mediante la interpretación de las normas civiles en consideración a los valores y principios

⁵³ STEIN, E. Derecho Político. Madrid,.Aguilar, 1973, p. 243.

⁵⁴ QUADRA, SALCEDO. T. "El recurso de amparo y los derechos fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares, Madrid, Civitas, 1981, p.51.

generales del ordenamiento jurídico que sobrellevan los derechos fundamentales. Esta vertiente de la *Drittwirkung* asigna la tarea al legislador de articular las relaciones entre privados a partir de los derechos fundamentales, fijando “el contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos optando, sea por los derechos fundamentales o por los bienes jurídicos derivados del contenido civil de esas relaciones privadas, cuando exista colisión entre ellos”⁵⁵, y en caso de falta de regulación legislativa, el juez tendrá que analizar el caso puntual dando respuestas a las imperfecciones de la mediación legislativa y fallar de acuerdo a criterios proporcionales, entendiendo los derechos fundamentales como una “fuente de valores sobre las normas de derecho privado”⁵⁶. De esta manera se utilizarán “criterios de integración privilegiados”⁵⁷.

Esta teoría entrega la potestad al legislador “para valorar en qué medida y en qué grado deben quedar afectadas las relaciones privadas por la influencia de los derechos y libertades fundamentales”⁵⁸. En su desarrollo ha sido criticada por diversos motivos, dentro de los cuales está el cuestionamiento a la dificultad

⁵⁵ BLAT GIMENO, FRANCISCO.Op. Cit. p. 33.

⁵⁶Citado por ANZURES GURRÍA, JOSÉ.. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. Revista mexicana de derecho constitucional. Núm. 22. 2010. Ciudad de México. p. 19.

⁵⁷Melis, C. “Los derechos fundamentales de los trabajadores”. Legal Publishing, Santiago, 2009. p.22.

⁵⁸ QUADRA SALCEDO, TOMÁS.Op. Cit., p.52.

que tendría la aplicación de los derechos fundamentales en caso de que no exista una consagración legal, lo que se transformaría en un obstáculo para la aplicación de éstos en el ámbito privado. El legislador encargado de canalizar estos principios y normas a través de la ley, no será capaz de contemplar todos los supuestos de conflicto que puedan darse en caso de confrontación de derechos, y omitirá alguna regulación específica, situación que tornaría altamente inestable la seguridad jurídica desde un enfoque de protección al individuo. Se argumenta que más que favorecer el desarrollo en la esfera de aplicación y extensión de los derechos, éstos se han visto reformados como derechos subjetivos, dándoles especial fuerza y tutela frente al legislador o juez, pero imposibilitando – tal como consta en las actuales constituciones – que los derechos constitucionales sean directamente aplicados sin necesidad de desarrollos legales ulteriores.

III. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO FORMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La Interpretación constitucional

El derecho civil francés y su estructura dogmática, influyó enormemente a las regulaciones civiles latinoamericanas. Dentro de las tantas materias tratadas, generalmente los conflictos normativos derivados de un enfrentamiento entre derechos se han resuelto a través de métodos tradicionales de solución de antinomias⁵⁹. Entre las reglas derivadas de la teoría francesa, encontramos el elemento gramatical, el lógico, el sistémico y el histórico. También suele utilizarse métodos como la jerarquía, la cronología y la especialidad. Sin embargo, dichos métodos son utilizados cuando existe una diferencia entre los tipos de normas que se enfrentan, pero ¿Qué ocurre si la antinomia es producida por normas de igual carácter jerárquico? Si nos enfrentamos a un conflicto que no se puede solucionar a través de jerarquizaciones abstractas, ¿Qué método utilizamos?

⁵⁹ Nuestro Código Civil en sus artículos 19 al 24 tratan justamente de dar criterios de solución a través de diversas reglas interpretativas.

Las Constituciones actuales contienen catálogos de derechos fundamentales los cuales suelen enfrentarse entre sí en caso de eventual litigio. En dicho conflicto, en que su base de discusión se sustenta en un mismo cuerpo normativo como lo es la Constitución, ¿Podremos dar preferencia a través de métodos tradicionales a un derecho sobre otro? La doctrina y la jurisprudencia se han inclinado en manifestar su disconformidad con los mencionados métodos, y han insistido en la búsqueda de nuevas técnicas de resolución de conflictos. De esta manera, la evolución de la doctrina ha permitido el desarrollo de una serie de teorías y construcciones dispuestas para dicho fin, no existiendo hasta el momento un sistema unívoco o que genere total consenso, tal como lo ha señalado Gargarella al indicar que “luego de más de doscientos años de reflexión sobre cuestiones relacionadas con la interpretación constitucional, todavía estamos muy lejos de haber conseguido algún tipo de acuerdo significativo en relación con la pregunta acerca de cómo debe interpretarse la Constitución”⁶⁰.

La discrepancia existente actualmente en la interpretación de la Constitución ha llevado a considerar métodos o maneras muy heterogéneas, cuestión que ha hecho muy difícil lograr un método eficaz y riguroso capaz de

⁶⁰ GARGARELLA, R. Teoría y crítica del Derecho Constitucional, Ed. AbeledoPerrot, Argentina, tomo I, p.157.

dar, a través de la argumentación jurídica razonable, seguridad ante conflictos. Ante estas discrepancias teóricas parece razonable según Ugarte “Moverse a un pluralismo metodológico que flexibilice la actividad interpretativa”⁶¹. Esta argumentación razonable debería confiar en “un método compuesto o pluralista que junto con la aplicación de las tradicionales reglas interpretativas del derecho, importará la utilización de algunas técnicas argumentativas adicionales, que son las que se llaman de interpretación constitucional, y otras que son propias de los derechos fundamentales”⁶².

1.1 Reglas tradicionales de origen francés y su relación constitucional

El método jurídico utilizado en la interpretación legal se basa en la regulación a través de reglas contempladas en nuestro Código Civil influenciados por la teoría francesa. Dichos métodos fueron creados en su construcción original por Savigny, acogidos por las legislaciones, y desarrollados por la doctrina. Nuestro derecho común las recoge y utiliza para

⁶¹ UGARTE, J.L. “Tutela de derechos fundamentales del trabajador”. Legal publishing, Santiago, 2009. p. 55.

⁶²Ibid. p. 55.

solucionar conflictos, ya sean legales o constitucionales. Es así como las reglas tradicionales de interpretación forman parte de la tarea de solución de conflictos normativos incluso a nivel constitucional, y con normas o derechos de una misma categoría jerárquica.

La dogmática y jurisprudencia utilizan los siguientes métodos jurídicos: la regla gramatical, que busca encontrar el sentido exacto de las palabras utilizadas en un contexto normativo determinado; la teleológica, que busca dar una base de fundamentación en la interpretación a través de la finalidad misma de la norma en cuestión; la sistémica, que intenta dar una coherencia global con el resto de las normas; y la regla histórica, que busca interpretar de acuerdo con la historia fidedigna al momento de la dictación de dicha regulación legal. Dicho mecanismo interpretativo – como hemos mencionado – ya no sólo se utiliza en una dimensión legal, sino que también constitucional. Es por ello que debemos dar importancia a estas reglas, debido a que en caso de un eventual conflicto laboral, el juez podría aplicarlas de acuerdo a criterios comunes. Sin embargo debemos ser especialmente críticos en su utilización, tanto en sus pro como en sus contra.

El elemento teleológico también resulta favorable en la protección de los derechos fundamentales, sin entrar en el debate sobre originalismo contra no originalismo, toda vez que su finalidad última es la mayor eficacia en la

garantía en la defensa de la dignidad humana. Así las cosas, los métodos interpretativos que nos entregan las regulaciones legales de derecho privado nos sirven como herramienta primaria de solución de conflictos, pero en una fase constitucional, es necesaria la utilización de mecanismos complementarios, como las nuevas reglas de interpretación constitucional y el juicio de ponderación o proporcionalidad.

1.2 Reglas y principios de interpretación constitucional

Reconocemos que no existe un acuerdo interpretativo sobre los derechos contenidos en las Constituciones, cuestión que produce – necesariamente– una diversidad. El hecho de que las Constituciones no estén resguardadas por métodos interpretativos, como sí ocurre en el ámbito simplemente legal, produce un alto grado de discreción en las sentencias, cuestión que genera cierta inseguridad jurídica al no saber cuál será el mecanismo utilizado para resolver conflictos derivados de un choque entre derechos fundamentales. Sin embargo, y a pesar de la diversidad de prácticas interpretativas, existen ciertos cánones o principios que se comprenden dentro de las tendencias contemporáneas de interpretación constitucional y que han

logrado mayor aceptación dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia. Dichas tendencias doctrinarias actuales, encuentran su cuna en las antiguas reglas de interpretación propuestas en sus inicios por Savigny, pero más desarrolladas, dando énfasis en la interpretación integral, razonable y pluralista. Dentro de estas reglas encontramos las siguientes:

A)-Regla de la unidad conceptual: dicha regla pretende alcanzar un grado de armonía y coherencia entre todos los preceptos constitucionales y tratados internacionales vigente para nuestro país.

B)-Regla de máxima eficacia: busca dar mayor extensión a la utilización de métodos de interpretación, que den efectividad y utilidad a las normas contempladas en las constituciones (reforzando así su carácter vinculante) y que sirven de base general para todo ordenamiento jurídico.

C)-Regla de concordancia práctica: busca la mayor integración entre las normas constitucionales, evitando despojar una norma por sobre otra; por dicha regla, se busca la compatibilización normativa.

Este último principio, se genera a partir del respeto al contenido esencial. También, las nuevas tendencias de interpretación constitucional han recogido principios esenciales para lograr una mayor compatibilidad entre los derechos, y un justo trato jurisprudencial en caso de antinomias entre normas

de rango fundamental. De esta forma, la doctrina nacional y comparada, acepta una serie de principios que explicaremos a continuación.

a. Principio “*Pro Homine*”

Este principio se vincula directamente con los fundamentos originarios de los derechos fundamentales. El centro de protección ha sido la persona y su esfera de dignidad. Los derechos fundamentales tienen como orientación primaria la garantía estatal del respeto a la persona, y es deber de todo Estado estar a su servicio a través del respeto a la esfera de libertad del hombre y a la promoción de los derechos sociales. Este principio se convierte en la piedra angular de este tipo de derechos, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional chileno⁶³. También ha sido reconocido este principio en una serie de tratados internacionales, como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5⁶⁴, en la Convención Americana

⁶³Rol 740-2007.

⁶⁴ “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

sobre Derechos Humanos en su artículo 29⁶⁵, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 5⁶⁶.

Bajo este manto de protección consagrado en los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional, se hace ineludible su reconocimiento al momento de interpretar de la manera más extensiva un posible enfrentamiento entre derechos en pro de la persona humana. Por esta razón, “se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos”⁶⁷.

⁶⁵ “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁶⁶ “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

⁶⁷ ARIZA, R.. “Interpretación Constitucional, principio Pro Hominis”. Círculo Doxa, Argentina, www.circulodoxa.org/documentos

Este principio contiene una doble aplicación. En primer lugar, en caso de que se produzca un conflicto entre diversas normas, se deberá elegir aquella que sea más efectiva en su dimensión de protección de la persona humana. Y en segundo lugar, en caso de interpretación de una norma jurídica, se debe dar preferencia a una interpretación más extensiva y garantista sobre aquel derecho que se trata. Este criterio interpretativo es de relevante importancia, producto de que sirve de base para sustentar y fundamentar el efecto horizontal y directo en la aplicación de los derechos fundamentales.

b. Principio de la posición preferente

Este principio tiene su punto de origen en la interpretación de jerarquía normativa que tendrían las Constituciones y los derechos contenidos en ella. Este criterio, se explica por la importancia que tendrían las normas constitucionales por sobre las normas legales, y sería especialmente relevante de considerar al momento de efectuar cualquier tipo de interpretación judicial. El funcionario público encargado de efectuar la aplicación de los derechos en conflicto jamás puede elegir una norma de inferior rango a las contempladas en la Constitución. Es menester acoger el principio de supremacía

constitucional por sobre el resto del ordenamiento jurídico y aceptar la importancia en términos fundamentales que contienen estas normas.

En conclusión, bajo este principio las normas de rango constitucional deben tener preferencia al momento de resolver un conflicto normativo. Se debe dar preeminencia por sobre cualquier tipo de norma de naturaleza inferior a la constitucional, sustentando dicho argumento en el criterio de jerarquía normativo.

c. Principio de progresividad

Este principio intenta buscar que los administrativos – ya sean jurisdiccionales o legislativos – intenten dar la mayor eficacia posible a los derechos fundamentales por sobre cualquier otro tipo de norma. Se relaciona directamente con el momento de aplicación de las normas jurídicas. Es una directriz que intenta configurar directamente la decisión de los operadores jurídicos, en palabras de Sánchez Gil “el operador jurídico, debe siempre optar

por la alternativa preferencial, por la norma y la solución que mejor satisfaga la protección de los derechos, y con ellos la dignidad de la persona”⁶⁸.

Se vincula directamente este principio con la regla de la posición preferente de los derechos fundamentales, toda vez que éste se sustenta en base a la jerarquía constitucional – dándole énfasis a normas de mayor rango – y al principio de progresividad de los derechos fundamentales. Cabe mencionar que el principio de progresividad ha sido reconocido al igual que el principio *Pro Homine*, por tratados internacionales como el: Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 52 y en el Protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 4⁶⁹. Por último, nuestra Constitución en su artículo 5 inciso 2⁷⁰ también vincula el principio de la progresividad con la función del Estado “al exigir a los órganos del Estado el deber de proteger y promover los derechos fundamentales”⁷¹

⁶⁸ SANCHEZ GIL, R. “El principio de proporcionalidad”, UNAM, México, 2007. p. 30.

⁶⁹ “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”

⁷⁰ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

⁷¹ NOGUEIRA, H. “Derechos fundamentales y garantías constitucionales, CECOCH, Santiago, 2008, p. 235.

d. Principio de interpretación conforme a la Constitución

Como explicamos en el principio de la posición preferente de los derechos fundamentales, las normas de rango legal deben ajustarse y limitarse a la Constitución, la cual se fundamenta como la base primordial del ordenamiento jurídico, y es a partir de ella que debe interpretarse las normas de inferior rango. En tal sentido, la supremacía constitucional y las normas fundamentales allí contenidas deben servir de línea interpretativa para cualquier eventual conflicto normativo, dándole prevalencia a la de jerarquía superior. No está de más decir que cuando nos referimos a Constitución, abarcamos no sólo el texto constitucional, sino también el conjunto de normas de derecho internacional que conforman el bloque de protección de la persona humana. De esta forma “este bloque de derechos contenidos en tales enunciados normativos adecuadamente sistematizados y armonizados con su objeto y fin, como asimismo interpretados conforme al principio pro persona, constituyen un parámetro de control para las normas internas de rango legal, ya que todas ellas están limitadas por derechos fundamentales, y deben ser interpretadas en

conformidad con tales derechos, siendo ello aplicable a los preceptos legales y demás normas del ordenamiento jurídico interno⁷²

El criterio recién señalado resulta especialmente relevante en materia laboral, ya que el procedimiento de tutela laboral chileno, se regula a través de normas de rango simplemente legal contenidas en el Código del Trabajo.

2. La teoría de los principios, la máxima de proporcionalidad y la ponderación

2.1 Introducción a la proporcionalidad

El criterio de la proporcionalidad representa un *formato* cuya construcción es relativamente reciente dentro de la óptica constitucional; ante el cual se logra un sentido flexible en la medida que pondera los valores asociados a derechos fundamentales; y que genera una suerte de justicia *material* al tratar caso a caso. Es decir, representa un sistema donde se deja de lado el paradigma de jerarquía o posición preferente de determinados derechos. De esta forma, el principio de proporcionalidad actúa como un mecanismo que intenta determinar el ejercicio de un derecho fundamental que colisiona con

⁷²Ibid.Op. Cit. p. 243.

otros derechos, y que busca dilucidar a través de los subprincipios de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, si el ejercicio del derecho que produce el conflicto tiene una justificación constitucional para restringir o limitar el ejercicio del derecho (o los derechos) colisionados. De esta forma, el principio de proporcionalidad se constituye como un “mecanismo esencialmente defensivo o de acción negativa”⁷³ que pretende proteger y lograr un método para reforzar la eficacia de los derechos fundamentales.

Este mecanismo de interpretación de derechos fundamentales se constituye como un método necesario para el desarrollo del contenido de dichos derechos, y en un medio defensivo en la propensión de la eficacia de los derechos, sea en una dimensión de su ejercicio vertical u horizontal. A modo de síntesis, precisas resultan las palabras de Bernal Pulido: “el principio de proporcionalidad cumple la función de establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto, transformando el principio que precede en una regla de validez definitiva, operando en consecuencia como premisa mayor de la fundamentación interna (proceso de subsunción) de la sentencia”⁷⁴.

⁷³ DIETER GRIMM, “Constitucionalismo y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2006, p.155.

⁷⁴ BERNAL PULIDO, CARLOS. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. CEPC, Madrid, 1997. p. 36.

2.2 Objeto de la ponderación y la proporcionalidad

El método de la ponderación y proporcionalidad propuesto por Robert Alexy, intenta solucionar un conflicto entre la colisión de principios (y derechos) de una misma naturaleza. Es fundamental considerar que para enfrentar una solución viable ante tal naturaleza axiológica contenida en los derechos fundamentales, no es posible argumentar una respuesta satisfactoria basada solamente en los criterios de aplicación tradicionales contenidos en el Código Civil, sino que se vuelve necesario e imperioso en razón de la justificación proporcional, la determinación de una regla específica que logre compatibilizar la satisfacción de los principios enfrentados, evitando de cualquier modo la jerarquización de un derecho sobre otro. En palabras de Gascón y García “...podría decirse que todos los derechos gozan, por así decirlo, de la misma dignidad constitucional y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras”⁷⁵. Ante tal conflicto normativo, y considerando que la Constitución chilena no establece un mecanismo para resolver este tipo de problemas, ni un sistema de prioridades

⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, M, Y GARCÍA FIGUEROA, A. “La argumentación en el Derecho”. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 315.

de derechos (tal como lo propuso José Luis Cea), ni uno de excepciones absolutas como lo propuso la antigua doctrina alemana, debe evitarse la arbitrariedad y la falta de razonamiento en las decisiones judiciales, conciliando diversos principios normativos en un procedimiento de ponderación.

La ponderación, aparece como la forma en que se aplican los principios. Es decir, como la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso. Por otra parte, el test de la proporcionalidad también es una estructura, es decir, una técnica argumentativa constituida para resolver conflictos de derechos. El objeto principal del test de proporcionalidad será establecer una correcta relación de preferencia o procedencia condicionada entre los principios o derechos en conflicto. Logrando asimismo, la reducción de los márgenes de discrecionalidad en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales, y para verificar las posibilidad fácticas y jurídicas de realización de los principios.

La teoría del derecho actual ha diferenciado a los derechos fundamentales de las demás normas jurídicas, dándole la connotación de principios frente a las demás normas jurídicas, por tal motivo Baquerizo asevera que “su aplicación no puede ser todo o nada, pues los principios no excluyen la

validez simultánea de otros principios en conflicto”⁷⁶. En esta misma línea Gascón y García señalan que “los principios suelen dar lugar a una perplejidad entre los juristas: son normas jurídicas que no siempre obtienen aplicación efectiva porque su aplicación puede ser desplazada (o derrotada) por la aplicación de otras. Se ha hablado, en este sentido, de los principios como normas derrotables”⁷⁷.

El fundamento para considerar a los derechos fundamentales como principios radica en la necesidad de constituir un sistema abierto y pluralista, alejado de uno de carácter absoluto y cerrado que derivaría en una confrontación que provoque la prevalencia de un derecho sobre otro. De esta manera, considerando el contenido axiológico y valórico de estos derechos, se evita que “vayan adquiriendo carácter absoluto, y se conviertan en tiranos”⁷⁸. Esta configuración y naturaleza de los derechos fundamentales se relaciona directamente con una manera actual de pensar la constitución, entregándole un contexto abierto y dúctil, que permita una base material pluralista y democrática. El aludido contexto tiene deseables consecuencias,

⁷⁶ BAQUERIZO, JORGE. “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”. http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/080311/dpc-colision_derechos_fundamentales.pdf

⁷⁷ GASCÓN ABELLAN, M. Y GARCÍA FIGUEROA, A. Op. Cit., p. 252.

⁷⁸ Ibid, p. 152.

según Baquerizo “se logra la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas, pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo holístico de asfixia política por saturación jurídica. La constitución se situaría contra la democracia”⁷⁹.

El juicio de ponderación propuesto por Alexy se adecúa a esta teoría pluralista que conlleva caracterizar a los derechos fundamentales con naturaleza axiológica. Es necesario entender este tipo de derechos como diferentes al resto, tornándose en “mandatos de optimización” que deben ser analizados y resueltos en caso de confrontación eventual, con una solución armonizadora que optimice su realización. Para ello es fundamental que estos principios jamás sean considerados absolutos, dándole espacio a una eventual confrontación abierta, que permita, a través de la dimensión de peso, lograr una solución armónica y plural.

2.3 La estructura de la ponderación y la proporcionalidad

⁷⁹ BAQUERIZO, JORGE. Op. Cit. p. 45.

Los diversos sistemas jurídicos están compuestos por reglas y principios, lo cual, nos genera un conflicto y la necesidad imperiosa de buscar nuevas formas de reconocer e interpretar los posibles conflictos derivados de la aplicación de dichos principios. Debemos saber que los principios son normas que difieren en cuanto a su configuración como normas clásicas, y se conceptualizan como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. Los derechos fundamentales, son la manifestación más clara y controvertida de principios en nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, resulta necesario generar un sistema interpretativo robusto, que impida interpretaciones intuitivas o jerarquizadas, con preeminencias preestablecidas de manera injustificada e irracional, configurando criterios racionales casuísticos. Para dicho objeto, la ponderación y la proporcionalidad son las herramientas llamadas a solucionar los conflictos derivados por aplicación de los derechos fundamentales.

2.3.1. Fin legítimo

El test de proporcionalidad y la ponderación se sujeta a la máxima de constitucionalidad, al igual que todo ordenamiento jurídico. El enfrentamiento y la consecuente interferencia en los límites de otro derecho o principio protegido, en primer lugar, deben tratarse de actos cuya finalidad esté legítimamente fundamentada a nivel constitucional. Si el acto que produce la colisión de derechos fundamentales no tiene una finalidad legítima, dicho acto produciría una afectación gratuita al derecho colisionado y no tendría razón práctica para realizar un análisis en base a la ponderación o balance, por faltar un fin legítimo en términos de comparación entre los derechos o principios enfrentados.

Ineludiblemente debemos discutir a partir de qué principios o normas podemos recurrir al “fin legítimo”, debido al carácter no resuelto que tendría el potencial conflicto. Ante este problema tenemos dos posibles soluciones. La primera es: o nos aferramos a un criterio de jerarquía constitucional, abocando nuestros esfuerzos sólo a los catálogos de derechos fundamentales contemplados en cada constitución, y resolviendo dicho conflicto con un criterio de rango jerárquico constitucional, o segundo, aceptamos, como propone Prieto Sanchís, de una solución alternativa que permita considerar como fin legítimo ciertos actos que no estando prohibidos por las Constituciones, permiten una compatibilidad y una lógica de protección congruente con los bloques

constitucionales y su dimensión axiológica. Consideramos que la respuesta entregada por Prieto Sanchís permite un mayor grado de desarrollo en las finalidades que pueden contemplar las Constituciones, toda vez que al considerar no sólo un catálogo de derechos fundamentales, sino también una serie de principios no constitucionalizados como “la buena fe”, permitiría el desarrollo de la autonomía legislativa en un sentido amplio considerando dicha posibilidad como un valor constitucional en sí mismo, en razón de la pluralidad y la democracia. De esta manera en el desarrollo de nuevas leyes se permitiría cualquier fin que no sea inconstitucional y se desarrollaría “una función más bien negativa: no impone la consecución de un cierto catálogo de fines, sino que sólo excluye algunos”⁸⁰

2.3.2. Idoneidad o adecuación

La idoneidad o adecuación como requisito de la ponderación, busca responder a la interrogante acerca de si la medida restrictiva o limitativa que se genera por el desarrollo de cierto principio o derecho fundamental sobre otro,

⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, LUIS. Op. Cit. p. 200.

corresponde a una finalidad legítima. Para lo cual, se debe determinar si el acto que genera dicho conflicto, es adecuado para lograr tal propósito. Por el contrario, si es que la actuación que afecta a otros derechos no es idónea o adecuada para lograr el desarrollo de su finalidad legítima en dicha intervención, se afectaría, restringiendo o limitando un derecho o principio constitucionalmente protegido, sin una medida de peso que justifique tal colisión. Así las cosas, al ser inadecuada la actuación se volvería totalmente injustificada la afectación al derecho colisionado. De esta manera “Si la intromisión en la esfera de un bien constitucional no persigue finalidad alguna, o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, ello es una razón para considerarla no justificada”⁸¹.

2.3.3. Necesidad

La actuación o medida que se somete a este examen de proporcionalidad, debe corresponder a la alternativa más necesaria y menos perjudicial en términos de restricción o limitación de los principios o derechos

⁸¹PRIETO SANCHÍS, LUIS. Op. Cit. p. 200.

fundamentales afectados. En la intervención de la medida cuestionada, se debe acreditar que no había forma de lograr por dichos medios ni por otros, el fin legítimo perseguido. Se intenta responder a una necesidad de medio, el más benigno para un fin pretendido, y que ocasiona una colisión.

Dicho requisito de la ponderación implica necesariamente preguntarse por métodos alternativos a dicha medida tomada, cumpliendo con la forma y la finalidad del valor perseguido. Corresponderá al juez determinar si esta medida fue necesaria para lograr el objetivo propuesto, y si dicha alternativa fue, a la menos, lesiva de un principio o derecho fundamental. En este requisito a diferencia del requisito del fin legítimo, se requiere una argumentación en sentido positivo, desechando las demás alternativas que pudieren ocasionar mayor afectación.

2.3.4. Proporcionalidad

Dentro de la estructura de la ponderación y sus diversos requisitos de aplicación práctica, la proporcionalidad se contempla como el centro de dicho método de resolución de conflictos. Este requisito debe ser aplicado no sólo en

las relaciones e interferencias públicas, sino también, producto del efecto horizontal recogido por nuevas corrientes doctrinarias en las conductas entre particulares.

Como núcleo del método propuesto por Alexy, la proporcionalidad consiste en “demostrar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular (que protege un bien constitucional persiga un fin legítimo) y entre los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor”⁸². Dicho de otra manera y correspondiendo a lo que Alexy denomina “Ley de la Ponderación”, la finalidad última de dichos requisitos y la estructura de este método, es que “la medida objeto de control debe ser proporcionada o equilibrada, por derivarse de la misma, más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”⁸³.

Por último, en la ley de la ponderación propuesta por Alexy, y su juicio de proporcionalidad, se logra identificar tres pasos fundamentales para el análisis práctico:

⁸² GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Editorial Thomson Aranzandi, Navarra, 2003. p. 14.

⁸³ *Ibid.* p. 15.

1) La intensidad de la intervención: en la cual es preciso definir el grado de la insatisfacción o de afectación de uno de los principios;

2) La importancia de las razones para la intervención: la cual se define por la importancia en la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;

3) La justificación de la intervención: Debe definirse si la importancia de la satisfacción de principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro⁸⁴.

⁸⁴ BAQUERIZO, JORGE. Op. Cit. p. 40.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

1.1 Normas constitucionales que componen el sistema de derechos fundamentales

La pieza fundamental del sistema constitucional es el artículo 19, catálogo de derechos fundamentales, y que contiene las principales garantías y libertades para los ciudadanos en la convivencia democrática, y de resguardo de sus intereses tanto individuales como colectivos (con claro énfasis en lo individual). Dicho artículo se encabeza con la frase “La Constitución asegura a todas las personas”, para luego continuar con un catálogo de garantías diversas en su contenido y que consagran: el derecho a la vida y a la integridad física y síquica (1°), la igualdad ante la ley (2°), la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (3°) que contiene lo que se ha llamado “el debido proceso”; el derecho a la honra y la vida privada (4°), la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas (5°), la libertad de conciencia (6°), la libertad personal y la seguridad individual (7°), el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (8°), la protección de la salud (9°), el derecho a la educación (10°), la libertad de enseñanza (11°), la libertad de emitir opinión y de

informar sin censura previa (12°), el derecho de reunión (13°), de petición (14°), de asociación (15°), la libertad de trabajo (16°), la admisión a todas las funciones y empleos públicos (17°), el derecho a la seguridad social (18°), El derecho de sindicarse (19°), igual repartición de los tributos (20°), derecho al emprendimiento (21°), no discriminación económica (22°), libertad para adquirir dominio (23°), el derecho de propiedad (24°) y la propiedad intelectual (25°). En su numeral 26, el artículo 19 de la Constitución consagra al final del catálogo la obligación del legislador de no alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales, lo que deviene en una garantía normativa y de definición de lo que es permisible como acto limitativo de un derecho fundamental, puesto que dicho acto no puede desnaturalizar un derecho, transformarlo en otro, o modificarlo al punto de hacerlo irreconocible o de impedir su ejercicio⁸⁵.

El artículo 5° de la Constitución en su inciso segundo señala lo siguiente: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”. La importancia de dicha norma es transversalmente reconocida, puesto que amplía el catálogo de garantías. A esto es importante

⁸⁵ NOGUEIRA, H. op. Cit. p.8

agregar el artículo 6° permite aseverar que en Chile se reconoce expresamente el “principio de vinculación directa”, que afecta tanto al Poder Público como a los particulares. El inciso segundo del artículo antes indicado versa así: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos [del Estado] como a toda persona, institución o grupo.” A raíz de este precepto se ha desarrollado la idea de “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”,

Así, el sistema constitucional nacional está claramente determinado en cuanto a las normas que lo componen, al límite a la soberanía, la inclusión de los Tratados Internacionales al derecho interno, las garantías contempladas y cuáles son las que gozan de tutela judicial efectiva (de acuerdo al artículo 20), y a la existencia de un contenido esencial el cual no puede ser vulnerado conforme al artículo 19 N° 26. Sin embargo, a raíz de lo antes señalado en relación al complejo escenario del poder constituyente originario, es que en el alcance y sentido de los derechos fundamentales podemos encontrar las diferencias más significativas.

2. Resolución de conflictos normativos relativos a Derechos Fundamentales, diversas soluciones y teorías

¿Qué es un conflicto normativo relativo a derechos fundamentales? En la vida jurídica los derechos de las personas – ya sea naturales o jurídicas – interactúan, contraponiéndose unos a otros en diversas situaciones. Por ejemplo, el derecho de propiedad de un empleador y su potestad de dirección empresarial se contraponen a la honra y vida privada del trabajador, en caso de que el primero quiera implementar un sistema de detección contra posibles hurtos dentro de la fábrica que implique la revisión de las pertenencias y vestimentas del último. En casos de contraposición de derechos fundamentales reviste suma importancia los conceptos de “delimitación”, “límites” y “limitaciones”⁸⁶. Delimitar significa establecer el contenido del derecho fundamental (el alcance del tratamiento jurídico constitucional del mismo), determinar su ámbito de realidad protegido (explicitarlo de forma clara). En lo que se refiere a la configuración del derecho muchas veces la Constitución no es exhaustiva, dejando a cargo del legislador dicha tarea⁸⁷. El “límite” de un derecho fundamental por otra parte, citando a Nogueira, “...es la frontera entre

⁸⁶NOGUEIRA, H. Op. Cit. p. 6.

⁸⁷NOGUEIRA, H. Op. Cit. p. 7.

lo que algo es y lo que no es. El límite es parte de la estructura del derecho y considera todos los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. El límite de un derecho presupone la existencia de un contenido constitucionalmente protegido prefijado dentro del cual conlleva un límite como contorno o frontera. Los límites o fronteras de los derechos consideran los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, constituyendo un sistema integrado y armónico⁸⁸.” Finalmente en lo que a “limitación” de un derecho se refiere, tal como lo dice la palabra, implica la imposición de restricciones. Así la norma que regula la limitación en nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 19 N°26 de la Constitución, estableciendo el respeto al contenido esencial como “limitación a la limitación”, ya que éste no puede ser desnaturalizado, ni transformado en uno diverso o que se haga imposible su reconocimiento y ejercicio. Así lo prescribe la norma en comentario⁸⁹.

Así las cosas, una vez establecida la delimitación, los límites y la limitación de un derecho fundamental, cabe hacerse la pregunta de cómo resolver la contradicción (o aparente contradicción para algunos, como veremos a continuación) entre derechos fundamentales. Íntimamente relacionado con los dos criterios interpretativos mencionados en el acápite anterior, los modos de

⁸⁸Ibid.

⁸⁹NOGUEIRA, H. Op. Cit. p. 8.

resolver los conflictos en Chile van a variar según nos encontremos en la visión liberal clásica o en el prisma democrático de la Constitución.

2.1 Criterio de jerarquía o preferencia

Identificado en Chile con la interpretación originaria o liberal-clásica de la Constitución, esta teoría aboga por resolver los conflictos de derechos fundamentales estableciendo *a priori* – sin mirar a la particularidad del caso – derechos más importantes que otros. José Luis Cea Egaña es el principal exponente en nuestro derecho de esta teoría (también se pueden señalar como destacados Alejandro Silva Bascuñán, Enrique Evans De La Cuadra, Martínez Estay y Gómez Bernales entre otros), y como no ha de sorprender, los derechos que primarán son aquellos de primera generación (libertades individuales). En palabras del autor: “... en el caso de colisión, no todos los derechos fundamentales gozan de idéntica jerarquía... También en el plano de los principios, tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales. Comenzando con la fuente o el presupuesto de todos, o sea, la dignidad humana, para seguir con la vida e integridad personal...⁹⁰”.

⁹⁰ CEA, J. 2008. Derecho Constitucional Chileno. Segunda Edición. Santiago, Universidad Católica de Chile. Tomo 2. pp. 60-69.

Esta idea es concordante con la visión ideológica de los redactores del texto constitucional, considerando la hiperregulación de ciertos derechos, el no dotar de acción a otros y ni siquiera mencionar a los derechos de tercera generación; todo en la línea de un liberalismo irrestricto. A juicio de Cea, la ponderación (criterio que revisaremos a continuación) es una solución subsidiaria y excepcional, aplicable únicamente cuando la jerarquía no sea aplicable. La tesis del autor se sustenta en que la enumeración del artículo 19 no es caprichosa, “sino que ordenados siguiendo la secuencia jerárquica enunciada⁹¹”.

Esta tesis ha ido en decadencia en cuanto al acogimiento de la misma por parte de los tribunales y la doctrina, pese a esto existen ciertos fallos en los cuales es acogida⁹². Pese a todo lo anterior, la tesis en análisis reconoce un límite en el derecho positivo, y es lo dispuesto por el artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental. Tanto es así que Cea reconoce que “lo que debe ser desestimado, por ende, es el sacrificio total del ejercicio de un derecho

⁹¹ CEA, J. Op. Cit. p.70.

⁹² Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1993, considerandos 8° y 9°. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 1 de septiembre de 2005, considerando 4°. Corte Suprema, 15 de junio de 1993, considerando 3°.

fundamental en beneficio de otro, porque hacerlo sería desconocer al primero su cualidad de inalienable e inafectable en su núcleo esencial⁹³.

2.2 Criterio de ponderación o balanceo

Afín a la interpretación democrática o moderna de la Constitución chilena, se erige como un rechazo a la adopción de jerarquías respecto del catálogo de derechos (recordemos que esto abarca aquellos incorporados en atención al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución). Este sistema, por su parte, implica elevar a la igualdad, lo moral, lo religioso y lo político a un mismo plano de relevancia en el que se encuentra la libertad. El modo de concretizar lo anterior es mediante el balanceo y la ponderación.

El primero (el balanceo) “busca reconocer los costos y beneficios sociales que pueden reconocerse en los conflictos entre derechos fundamentales⁹⁴”. Este criterio es también de asignación de preponderancia de un derecho sobre otro, pero de manera razonada, meditada y como

⁹³ CEA, J. Op. Cit. p.644.

⁹⁴ RUIZ-TAGLE, P. 2006. Entre el iusfundamentalismo y la democracia. EN: La República en Chile. Santiago, LOM Ediciones. p. 263.

consecuencia de un análisis, de la particularidad del caso y como se conjugan dentro de lo fáctico; lo importante no es caer en generalizaciones arbitrarias.⁹⁵

La ponderación, en la misma línea, le atribuye un peso que permita conciliar ambos derechos, siempre con respeto a lo indicado en el artículo 19 N° 26. En este sentido se ha expresado nuestro Tribunal Constitucional: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”⁹⁶. Sin duda algunas que una visión jerarquizada pasaría a llevar de manera automática lo antes enunciado por el Tribunal Constitucional.

Identificado en un comienzo en Chile con la doctrina originaria, liberal-clásica y por ende con el criterio de jerarquía, Humberto Nogueira de forma más reciente y de manera individual y ya no asociado a su obra conjunta con Verdugo y Pfeffer, se ubica más ligado a la concepción democrática moderna de los derechos fundamentales de la Constitución chilena, toda vez que una cita suya (del año 2005), resume de manera precisa a nuestro entender la

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Rol 33-85, 3 de octubre de 1985.

importancia de la ponderación de los derechos fundamentales, y del abandono de la jerarquía:

*“Consideramos que no pueden utilizarse algunos enunciados constitucionales de derechos o bienes jurídicos para anular otros; todos ellos son elementos constitutivos del orden constitucional que no pueden entrar en contradicción, pudiendo sólo existir conflictos aparentes por una inadecuada o deficiente delimitación de los derechos, estos deben interpretarse siempre en el sentido de darles un efecto útil y la máxima efectividad, vale decir, optimizándolos dentro de su ámbito propio. **Cada uno y todos los derechos pertenecen a un sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos.** No hay norma alguna de la Carta Fundamental que autorice a aniquilar un derecho o a desnaturalizarlo para favorecer a otro, a su vez todos ellos tienen incorporado el límite del bien común, en la medida que las personas conviven en sociedad.⁹⁷”*

En definitiva, a la luz de la ponderación y el balanceo, la idea integracionista de derechos que propone el artículo 5° inciso segundo queda resguardada, al tener todos los derechos una misma posición jurídica, siendo

⁹⁷ NOGUEIRA, H. Op. Cit. p. 7. El destacado es nuestro

dotados así del potencial de primar en un caso particular, y no ser sometidos de manera genérica ante las libertades clásicas. Esta es la postura más acorde a la democracia representativa, moderna y global, que tiende al pleno respeto de las garantías constitucionales y que propugna un Estado encaminado día a día a la mejor satisfacción de éstas.

3. Concepto de núcleo esencial del derecho dentro del ordenamiento jurídico chileno

Sin redundar en lo ya analizado en el Capítulo II en lo relativo a la garantía del contenido esencial, el concepto del núcleo esencial en nuestro ordenamiento lo encontramos en sede constitucional en lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución de 1980: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

De la redacción del artículo 19 N° 26 podemos desprender que el núcleo esencial no constituye un atributo sino que una restricción, un límite al legislador

(“...no podrán afectar...”) “insuperable e infranqueable a la hora de establecer posibles limitaciones de los derechos”⁹⁸. La amplitud de este concepto en los términos planteados por la Carta Fundamental nos obliga a mirar a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (Rol 43-87, 24 de febrero de 1987) para lograr una visión más exhaustiva de qué se ha entendido en nuestro país por núcleo esencial: “...debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide "el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”. Si bien el pronunciamiento anterior otorga más claridad que lo dispuesto en la Constitución, el tenor de lo dispuesto deja abierta algunas dudas: ¿Qué es lo consustancial? ¿Cuándo se torna irreconocible un derecho? ¿Quién determina en nuestro ordenamiento si una exigencia es irrealizable o no? ¿Qué traba sería mayor que lo razonable? Parece ser que la configuración del contenido esencial del derecho da lugar a un margen de arbitrariedad importante, puesto que el único derecho del catálogo del artículo 19 en el que existe consenso respecto a sus atributos esenciales es el derecho de dominio⁹⁹. En este rol delimitador y

⁹⁸ NOGUEIRA, H. Op. Cit. pp. 28-29.

⁹⁹ En esta materia se ha seguido lo dispuesto por el Código Civil.

limitador a la hora de definir la esencia del derecho es que juegan un papel fundamental otras disposiciones constitucionales, como lo son el artículo 6° y 7°. Así lo ha aseverado nuestro Tribunal Constitucional (Rol 226-95, 2 de octubre de 1995): "...tales limitaciones jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho, esto es, no pueden consistir en 'privación' del derecho... privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador, situación que conlleva de suyo la vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución"¹⁰⁰. También como límite a la arbitrariedad y en resguardo de la igualdad ante la ley, lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 es un criterio relevante para el Tribunal Constitucional (Rol 280-98, 16 de septiembre de 1998): "...debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento que nacen, como en el que cesan"¹⁰¹. Así las cosas, el espectro de arbitrariedad se reduce, pero no deja de llamar la atención que los atributos esenciales de un derecho fundamental distinto del de propiedad, sea un producto de la creación doctrinaria y jurisprudencial en gran medida. Es en este punto donde consideramos que

¹⁰⁰ Considerando 46°.

¹⁰¹ Considerando 14°.

reviste importancia máxima el artículo 5° inciso segundo¹⁰², y su rol integrador de los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales, ya que dada la especificidad de los mismos en determinados tópicos, serían un parámetro objetivo y vinculante para el juez a la hora de explicitar los límites, el contenido esencial y los atributos de un derecho.

En plena armonía con lo expuesto en el acápite 2.2. de este capítulo relativo al criterio de ponderación, es menester señalar que la noción de núcleo esencial de nuestro derecho y todas las formas de controlar la arbitrariedad de este concepto que a primera vista se ve exiguo, se ligan íntimamente al principio de proporcionalidad, puesto que la manera de no trasgredir el núcleo esencial es mediante su aplicación. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional (Rol 280-98, 16 de septiembre de 1998): "...y, finalmente, deben estar establecidas [las limitaciones] con parámetros incuestionables, esto es razonables y justificadas"¹⁰³.

De esta forma se ha configurado el núcleo esencial de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Pese a que las normas constitucionales y los derechos de los tratados internacionales permiten sustentar el sistema y otorgar ciertas garantías, es llamativa la indeterminación

¹⁰² NOGUEIRA, Op. Cit. p. 39.

¹⁰³ Considerando 14°.

del concepto y la falta de regulación legal del contenido de muchos derechos presentes en el artículo 19. Producto de lo anterior es que la jurisprudencia y la doctrina han tenido suma importancia en la materia, ya que el contenido mínimo del derecho o su núcleo esencial suele ser en la realidad algo distinto a su mera caracterización y definición. La línea de interpretación que se siga de la Constitución y la forma de resolver conflictos de derechos fundamentales que se aplique, va a ser totalmente determinante a la hora de lograr establecer qué compone ese núcleo esencial, si lo esencial es algo mayor al mínimo, si lo que hace reconocible a un derecho es algo mucho más sustantivo que formal, etc.; en definitiva, cuál es el grado de reconocimiento, promoción y protección de los derechos fundamentales por aquellos que aplican el derecho y resuelven los litigios.

En ese contexto, deseable sería un desarrollo legal más acabado de los atributos de los derechos del artículo 19, evitando de ese modo que la protección de los mismos cedan ante posibles ejercicios de arbitrariedad judicial y defensas de la interpretación originaria o liberal-clásica de la Constitución.

4. Formas de control y aseguramiento de las Garantías constitucionales

La positivización de garantías fundamentales no tiene sentido alguno sin mecanismos jurídicos procesales que permitan a sus titulares ejercerlas o reclamar su vulneración. A continuación pasaremos a enunciar las principales vías de aseguramiento del ordenamiento chileno.

4.1 El recurso o acción constitucional de protección

Consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política, a favor de todas las personas que hayan sido víctimas de una privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales, como consecuencia de una acción u omisión ilegal o arbitraria, con el fin de restablecer el imperio del derecho. Su naturaleza no corresponde al de una acción de lato conocimiento, sino que surge como un remedio procesal de emergencia ante una vulneración. Cabe señalar que no resguarda todos los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico chileno, sino que sólo los que el artículo 20 expresamente enuncia, dejando de lado tanto garantías del artículo 19 como todos aquellos derechos fundamentales contenidos en Tratados Internacionales ratificados por Chile. Si bien tiene un carácter de acción cautelar de urgencia, y como tal deja a salvo

los demás derechos que puedan reclamarse ante la autoridad en acciones de lato conocimiento (produce cosa juzgada formal), esto no es más que la regla general. El inciso 4° del artículo 485 del Código del Trabajo constituye la excepción: “Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refieran a los mismos hechos”. Sin duda que la naturaleza de “remedio de emergencia” de esta acción, y la circunstancia de que no todos los derechos fundamentales del ordenamiento estén cautelados por ella, son señales inequívocas de una deficiente protección de las garantías constitucionales, limitando así el ejercicio de ellas por parte de la ciudadanía.

4.2 El recurso o acción constitucional de amparo

El artículo 21 de la Carta Fundamental mediante esta acción resguarda la libertad personal y la seguridad individual, constituyéndose así en una garantía contra las privaciones ilegales de libertad. Atendiendo a la naturaleza de los derechos en juego, es una acción de rápida y de urgente tramitación y

especialísima puesto que procede únicamente para los dos derechos antes señalados.

4.3 El recuerdo o acción de amparo económico

Establecida para denunciar infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución, el cual consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (con los límites del Orden Público, la moral y la Seguridad Nacional); garantiza la subsidiariedad de la participación Estatal en la economía, y el sometimiento de las actividades empresariales del Estado a la ley común que es aplicable a los particulares. Comparte el carácter cautelar y de remedio procesal de emergencia de las acciones antes mencionadas, replicando por tanto las dificultades que subyacen a éstas.

4.4 Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Si bien este es un medio “indirecto” de protección y claramente excepcional, conviene mencionarlo toda vez que su propósito es la no aplicación de un precepto legal a una gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial, cuando la aplicación de dicho precepto resulte contrario a la Constitución. La titularidad puede corresponder tanto al juez del conflicto como a una de las partes. Mediante esta acción por tanto, un particular puede reclamar la vulneración que un precepto legal (en sentido amplio: Ley, DL, DFL) hace de un derecho fundamental que le pertenece conforme a lo dispuesto por la Constitución. “Es un tipo de control de constitucionalidad concreto, represivo y facultativo; concreto ya que tiene como supuesto material una gestión respecto de la cual se construye el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada; control represivo puesto que recae en normas legales del ordenamiento jurídico, y control facultativo, en la medida que se incoa el proceso ante el tribunal constitucional mediante una acción entablada por el juez de la gestión a través de un “auto motivado” o vía requerimiento de parte...”¹⁰⁴

4.5 Acciones legales en general

¹⁰⁴VEGA, F. Y ZUÑIGA, F. “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y Práctica” En: Estudios Constitucionales, año 4 N°2, Universidad de Talca, 2006. p. 146.

El derecho a accionar en términos generales, expresado en el artículo 19 N° 14 de la Carta Fundamental (“El derecho de presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”), materializa la tutela judicial efectiva que subyace a la idea de Estado de Derecho. De esta forma, las acciones civiles, penales, reclamaciones administrativas, etc. están destinadas a la cautela de un interés legamente regulado (el derecho a obtener una indemnización por los perjuicios causados por otro particular, la protección de un bien jurídico en el ámbito punitivo, un derecho irrenunciable en materia laboral o de familia, etc.) que se identifica plenamente con los derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 2.329 del Código Civil al establecer “Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta” reconoce la idea de que un delito o cuasidelito civil que lesiona un derecho fundamental (la vida, la integridad física o síquica, la propiedad, etc.) genera en el autor el deber de reparar a la víctima. En definitiva, las acciones legales generales son la vía que el ordenamiento jurídico dispone para el ejercicio de lo dispuesto en la Constitución.

4.6 Acciones de rango simplemente legal destinadas a cautelas garantías constitucionales específicamente señaladas

Estas acciones constituyen la excepción en nuestro ordenamiento, y se diferencian de las anteriores ya que no protegen a los derechos fundamentales en un sentido indirecto o general, sino que se instaura un procedimiento de lato conocimiento ante un juez de letras para conocer y juzgar vulneraciones de derechos fundamentales expresamente tipificadas. Este es el caso en materia de Derecho del Trabajo: El Párrafo 6º, del Capítulo II, del Título I, del Libro V del Código del Trabajo consagra el Procedimiento de Tutela Laboral y su vez el artículo 292 del mismo cuerpo normativo señala que las prácticas antisindicales se regirán por el antedicho Procedimiento. Sobre estos procedimientos se profundizará en el Capítulo IV de esta memoria.

V. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL CHILENO

1. Derechos de ciudadanía dentro de la empresa

La correlación entre normas constitucionales y laborales antes descrita permite acercarnos a la conceptualización de este fenómeno por parte de la doctrina.

La constitucionalización del Derecho del Trabajo data de principios del Siglo XX, considerándose sus máximos hitos la Constitución Mexicana de 1917 (Querétaro) y la Constitución Alemana de 1919 (Weimar), con la consagración positiva del Estado Social de Derecho. En un primer momento el fenómeno se caracterizó por el reconocimiento de derechos laborales colectivos en las constituciones, para evolucionar a lo que en la actualidad se asocia a la idea de constitucionalización: la impregnación del contrato de trabajo de derechos inespecíficos del trabajador. Inespecíficos por no ser propiamente derechos laborales, pero que le pertenecen en su ámbito de ciudadano y en dicha calidad

puede hacerlos valer en el ámbito de la fábrica.¹⁰⁵ El contrato de trabajo ahora está limitado por la Constitución¹⁰⁶, y la función clásica de resguardar derechos mínimos e irrenunciables en lo individual y la libertad sindical en lo colectivo, toma una nueva dimensión, y es el reconocimiento de la calidad de ciudadano en base a lo dispuesto en la Constitución y los Tratados Internacionales.¹⁰⁷

A esta idea de ciudadanía de la empresa se liga indefectiblemente la de eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹⁰⁸, siendo este fenómeno laboral una manifestación de dicho principio. Lo que se busca en definitiva es proporcionar al trabajador de un trato digno dentro de la empresa, que se condiga con una democracia real¹⁰⁹ en la cual su rol es el de un sujeto de derechos y no sólo el de un acreedor de libertades. El trato digno se consigue dando a los derechos fundamentales el estatus de ejes modeladores y de límites infranqueables de los poderes empresariales. Así, la jurisprudencia ha señalado: “De este modo se crea un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de

¹⁰⁵ MELIS, C. 2009. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Santiago. Legal Publishing. pp. 31-37.

¹⁰⁶ MELIS, C. Op. Cit. p.41.

¹⁰⁷ CAAMAÑO, E. Op. Cit. p 35.

¹⁰⁸ UGARTE, J.L. Op. Cit. pp. 120-124.

¹⁰⁹ UGARTE, J.L. 2011. Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Santiago. Cuarta Edición. Legal Publishing. p. 3.

las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos.”¹¹⁰

Es un tema pacífico en nuestra doctrina el reconocimiento de la idea de ciudadanía de la empresa en nuestro ordenamiento, el artículo 5° del Código del Trabajo no deja dudas al respecto, así también lo ha entendido nuestra jurisprudencia:

“En el ámbito nacional es posible afirmar que existe, un claro reconocimiento de la idea de "ciudadanía en la empresa", al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral –por ejemplo, la libertad sindical– sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales –inespecíficos o de la personalidad–, que como se señaló, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, entre estos se encuentran; el derecho a la honra y la protección de la vida privada (artículo 19 N°4 de la CPE) así como también, otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales

¹¹⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 25 de abril de 2009. Rol N° T-2-2009.

ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía (artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política).¹¹¹

2. Normas constitucionales y legales aplicables en la relación de trabajo.

2.1 Evolución normativa y los primeros avances en materia de derechos fundamentales en el Código del Trabajo

La situación de los derechos fundamentales en un determinado ordenamiento jurídico será un reflejo de todas sus instituciones, y el Derecho Laboral en el caso de la Constitución chilena no es la excepción. Las particularidades del fenómeno constitucional y los deseos del poder constituyente de la dictadura significaron durante mucho tiempo la inalterabilidad de una barrera que impidió la penetración de los derechos fundamentales en la realidad de la empresa. Lo anterior fue constatado tanto en los procesos productivos (donde el tema siguió el cauce que también se vivía fuera de la fábrica restricción y vulneración del gobierno de facto, y bajas

¹¹¹ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 14 de enero de 2011. Rol N° T-56-2010.

reformas consecuencia de los entrapes constitucionales); como en el reconocimiento judicial de las garantías constitucionales, puesto que el único mecanismo procesal válido para reclamar la vulneración de derechos fundamentales dentro del ámbito de la empresa fue la genérica acción de protección, cuyas características la transformó en un instrumento estéril para cautelar a los trabajadores; esto, toda vez que la naturaleza jurídica de la acción la hacía desde su esencia en un medio procesal inoperante para el fin deseado¹¹².

El carácter de remedio constitucional de emergencia de la acción de protección lo hacía inoficioso para una vulneración en el contexto laboral, puesto que no permitía llevar a cabo una investigación acuciosa que dejase en evidencia la conducta, siendo a todas luces lo necesario una acción de lato conocimiento. A su vez dejaba al trabajador completamente vulnerable a las represalias que el empleador podía adoptar en su contra, la cual se materializaba por lo general en el despido. Tampoco era un remedio eficiente para reparar el mal causado por la escasa acogida de la jurisprudencia tanto como de la declaración de la existencia de un acto vulneratorio, como por la casi nula posibilidad de obtener una reparación patrimonial del daño. Sumado a

¹¹² UGARTE, J.L. 2007. El Nuevo Derecho del Trabajo. Primera Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 124

todo esto, lo más grave es la tutela selectiva que implica la acción de protección, puesto que se protegen solo aquellas garantías que el artículo 20 señala, y no incluye aquellas que contiene el artículo 19 N°16, haciendo totalmente estéril el recurso de protección dentro de la fábrica¹¹³¹¹⁴.

Así las cosas, el panorama era del todo desalentador. Pero con el paso del tiempo se avanzó, y dentro de este avance constituye un gran hito la dictación de la Ley N° 19.759, publicada el 5 de octubre de 2001. Esta ley vino a establecer tres disposiciones claves en el reconocimiento de los derechos fundamentales en nuestro derecho. En primer lugar la modificación del artículo segundo del Código del Trabajo, agregando cinco incisos relativos a los actos de discriminación. Los más relevantes son los actuales incisos segundos y terceros del ya mencionado artículo segundo:

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

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil,

¹¹³ Sobre este tema profundiza J.L. Ugarte en “Los derechos fundamentales y la relación laboral: el largo camino a los tribunales”, en el Anuario de la Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo del año 2001, en su N°2. Tema de vital importancia antes de la Ley N° 20.087.

¹¹⁴ UGARTE, J.L. Op. Cit. pp. 132-133.

sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”

Si bien este artículo segundo no hace referencia expresa a un derecho fundamental, se identifica plenamente con el artículo 19 N°2 de la Constitución, siendo la no discriminación una manifestación de la igualdad ante la ley, y un refuerzo y complemento del artículo 19 N°16 inciso segundo (prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal) del mismo cuerpo normativo. El fin de esta modificación fue adecuar el Código del Trabajo a lo dispuesto en el Convenio 111 de la OIT sobre no discriminación en el empleo, es más, la definición de actos discriminatorias es idéntica a la del convenio¹¹⁵.

En segundo lugar, trascendental resulta la modificación introducida por la Ley N° 19.759 al artículo 5° del Código del Trabajo, que incorpora el que será su nuevo inciso primero:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los

¹¹⁵ CAAMAÑO, E. 2012. Códigos Profesionales 2012: Código del Trabajo. Primera Edición. Santiago. AbeledoPerrot. Tomo 1. p. 9.

trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

En materia de derechos fundamentales este inciso se transforma en un respaldo expreso a la inclusión de éstos a la realidad de la empresa, haciendo alusión directa al catálogo del artículo 19 de la Constitución tanto en genérico como señalando ejemplos, ingresando éste a ser un contenido relevante dentro de la realidad jurídica del contrato de trabajo. ¿Y por qué es necesario darle el apellido de “jurídica”? Porque al no contar con un procedimiento que respalde a estas normas su aplicación se hace limitada, y hace que en la práctica no sean más una declaración de buenas intenciones dentro del ámbito judicial (salvo contadas excepciones)¹¹⁶, teniendo su mejor desarrollo en la jurisprudencia administrativa¹¹⁷. Una posible alternativa que se sugería al no existir procedimiento era el uso de la facultad del artículo 171 para que el trabajador se autodespida y así alegar que se ha vulnerado contenido perteneciente al contrato¹¹⁸. Aquella fórmula sin embargo no encontró gran recepción en la

¹¹⁶ Dentro de estas excepciones, deben ser señalados los siguientes fallos: Corte Suprema, 5 de enero de 2006, Rol N° 5234-2005: establece límites al uso de las cámaras de seguridad en la empresa, salvaguardando lo dispuesto por el artículo 5°. Corte Suprema, 25 de agosto de 2005, Rol N° 4052-2005: no es ilegal ni arbitraria la multa cursada por la Inspección del Trabajo por usar cámaras de audio y video con el exclusivo fin de controlar a los trabajadores, lo anterior fundado en el artículo 5°.

¹¹⁷ En el capítulo V de esta Memoria se analizarán en detalle Jurisprudencia Administrativa relativa a los derechos fundamentales.

¹¹⁸ UGARTE, J.L. Op. Cit. p. 125.

práctica, y dejaba al trabajador expuesto a represalias que finalmente lo privaron de su fuente de ingreso.

Finalmente en materia de derechos fundamentales la Ley N°19.759 introdujo el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo relativo al contenido del Reglamento Interno lo siguiente:

"Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador."

De vital importancia ha sido esta norma en potenciar la actividad fiscalizadora de la Inspección del Trabajo, haciendo frente a la incorporación de tecnología que, con el fin de mejorar y depurar el proceso productivo, ha dado vida a diversos medios inidóneos (detector de mentiras, cámaras en instalaciones de recreación de los empleados, etc.), violando así diversas garantías fundamentales de los trabajadores.¹¹⁹ También la jurisprudencia ha reconocido la diametral importancia de la incorporación de esta norma,

¹¹⁹ UGARTE, J.L. Op. Cit. pp. 126-127.

considerándola como fundamento de otorgar una indemnización por daño moral en sede laboral:

“...transgrediendo lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo, artículo 5 del mismo cuerpo legal, que se refiere a la dignidad de las personas y, más grave aún a un Derecho consagrado como columna vertebral de todo Estado de Derecho, el artículo 1 de nuestra Carta Fundamental, el derecho a la dignidad. Una persona que transgrede de tal manera todos los derechos de una persona y que la Ley laboral se ha encargado de proteger más allá de lo que consagra la Constitución Política, al incorporar todos ellos con la dictación de la Ley 19.759 a este cuerpo legal, con el ánimo-como han sostenido muchos autores- de traer la ciudadanía a la empresa, sólo se puede resarcir tal violencia a la condena de una indemnización por daño moral...”¹²⁰.

En el mismo sentido antes expresado, el artículo 183-Y del Código del Trabajo en su inciso primero, a propósito del régimen de subcontratación, señala lo siguiente, en el sentido de consagrar el límite infranqueable de los derechos fundamentales a la empresa usuaria:

“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

¹²⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, 16 de junio de 2010. Rol N° T-2-2010.

especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

2.2 Dictación de la Ley N° 20.087 y la creación del Procedimiento de Tutela

Si bien los avances en materia de derechos fundamentales señalados en el acápite anterior fueron importantes, mas no decisivos. En la jurisprudencia administrativa encontraron buena acogida, pero la reforma judicial y la incorporación de un procedimiento que regulara los derechos fundamentales en la realidad de la empresa era absolutamente necesario.

Así la Ley N° 20.087, publicada el 3 de enero del año 2006 vino a ser el avance decisivo en el reconocimiento de la “Ciudadanía de la Empresa”¹²¹ a considerar la existencia de un verdadero bloque normativo laboral que salvaguarda los derechos fundamentales de los trabajadores, sobre todo los inespecíficos que eran los que se encontraban en una situación de orfandad. Del Mensaje de la Ley N° 20.087 se pueden extraer importantes frases que resumen el objeto de este nuevo procedimiento de Tutela de Derechos

¹²¹ Concepto descrito en el numeral 1 de este Capítulo V.

Fundamentales. Se consideró que esta reforma tenía como objetivo central “Posibilitar la efectividad del derecho sustantivo”, para lo cual “Se requiere además contar con los mecanismos adecuados de tutela y protección jurisdiccional”. En la configuración del proceso laboral como “un instrumento de pacificación social”, era esencial “diseñar un modelo concreto de tutela de derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales”. Así la tutela significaría “el posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas”.

El artículo 485 del Código del Trabajo define el Procedimiento de Tutela en los siguientes términos:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto,

cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

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

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos.”

Una vez citado, se pueden responder las preguntas que explican su contenido:

¿A qué se aplica? A las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales.

¿Bajo qué supuesto? Que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores.

¿Todos los derechos fundamentales? No, solo al artículo 19, número 1 inciso primero (el derecho a la vida y a la integridad física y síquica), 4º(protección de la vida privada y de la honra), 5º (inviolabilidad de las comunicaciones privadas), 6º inciso primero (libertad de conciencia y de culto), 12º inciso primero (libertad de opinión), y 16º en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto (derecho a la negociación colectiva).

¿Se aplica este procedimiento únicamente a los derechos fundamentales? No, también se utiliza para conocer los actos discriminatorios del artículo 2º con excepción de los del inciso sexto (ofertas de trabajo), para las denuncias realizadas invocando el artículo 62 bis (es decir, por vulneración del principio de igualdad en las remuneraciones)¹²², cuando existen represalias

¹²² Artículo 62 bis: s. El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

ejercidas en contra de trabajadores como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales (garantía de indemnidad) y para el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales (como lo señala el artículo 292, y el 389 en lo relativo a la negociación colectiva).

2.3 Dicotomía entre los Derechos Fundamentales del trabajador en sentido amplio y Derechos Fundamentales que el procedimiento de tutela permite cautelar

Del contenido o ámbito de aplicación del Procedimiento de Tutela podemos señalar algunos aspectos que parecen a primera vista llamativos, y que hacen que la pregunta por las normas constitucionales aplicables en la relación de trabajo no sea la misma que la pregunta por las normas constitucionales que ampara la Tutela Laboral. Para saber qué normas constitucionales son aplicables a la relación de trabajo debemos remitirnos al artículo 5° del Código del Trabajo, donde el límite son las garantías

Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código [destacado nuestro], una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa.

constitucionales del trabajador, todas ellas, puesto que de la redacción del artículo en comento se desprende que la enunciación de la intimidad, vida privada y honra es enunciativa, toda vez que viene antecedida de la expresión “en especial”. En concordancia con lo señalado en el Capítulo V de esta memoria, las garantías constitucionales no son sólo aquellas señaladas en el artículo 19: son todas estas más las que el artículo 5° inciso segundo incorpora a nuestra legislación.

Ahora si volvemos a lo dispuesto en el artículo 485 del Código Laboral, curiosa parece la redacción del artículo en lo que sigue:

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

De la redacción de la disposición sería incluso posible concluir que el inciso primero del artículo 485 define cuáles son los derechos fundamentales de los trabajadores, ya que no dice “sólo se aplicará a los siguientes derechos” o “regirá únicamente para los siguientes”; dice que afectará a los derechos fundamentales de los trabajadores (en general, sin hacer distinciones) y luego dice cuáles son ellos. Ahora si volvemos al artículo 5° del Código del Trabajo,

este utiliza la expresión “garantías constitucionales de los trabajadores” sin señalar qué se entiende por ellas, lo que incluso podría llegar a limitar esta norma en función de la inoportuna redacción del artículo 485, basándose en un argumento de texto. Por suerte sostener esto, iría en clara contradicción con la Constitución derivando en su inaplicabilidad, toda vez que resultaría imposible limitar la calidad de persona humana como sujeto de derechos fundamentales, en razón del sujeto “trabajador” que no es más que la misma persona en uno de sus ámbitos de desenvolvimiento.

Así, en una interpretación sistémica de lo dispuesto en los artículos 5° de la Constitución y el Código del Trabajo nos encontramos con una amplia gama de derechos contemplados, pero al igual que como sucede con el recurso de protección el artículo 485 del Código Laboral cumple el mismo rol del artículo 20 de la Carta Fundamental: restringe el ejercicio de los derechos, garantizando la protección sólo de algunos, quedando los otros en la categoría de una mera declaración de buenas intenciones.

Ahora cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Hay un derecho fundamental no mencionado en el artículo 485 aplicable a la relación de trabajo? La respuesta parece ser negativa: a lo menos eso nos demuestra la exigua jurisprudencia pre reforma laboral. La efectividad de todos aquellos derechos fundamentales no enunciados por el artículo 485 será uno de los aspectos a

evaluar en el capítulo VII de esta memoria a la hora de abocarnos al análisis de la jurisprudencia judicial.

De ser real la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales difundida en alguna jurisprudencia administrativa, no sería un óbice la exclusión de múltiples derechos fundamentales del artículo 485 para obtener un pronunciamiento del juez sobre los no expresamente contemplados, ya que en virtud de este principio la Constitución obliga al juez directamente sin necesidad de una norma de rango legal que materialice o especifique el contenido o alcance de dichos derechos, ya que su rango constitucional superior los hace parte del litigio. Sin embargo, esta postura es muy discutible desde el punto de vista adjetivo y de certeza jurídica, por lo que será necesario analizar cómo la jurisprudencia ha reaccionado ante la solicitud de las partes a, por la parte demandante, condenar la vulneración de un derecho fundamental no contenido en el artículo 485; y por la parte demandada, de rechazar la demanda en aquella parte en que se alega la vulneración de un derecho que no está dentro de los márgenes del Procedimiento de Tutela.¹²³

¹²³ Nuevamente se indica que dicho análisis será parte del Capítulo V de esta memoria.

2.4 Derechos fundamentales invocables dentro de la relación laboral y amparados por el procedimiento de tutela

Si bien el problema expuesto en el acápite anterior parece no ser menor, es preciso poner de manifiesto que la observación está situada en el contexto de un avance tremendamente significativo como lo es el hecho de que exista un procedimiento autónomo para la tutela de derechos fundamentales, y que pese a las antedichas limitaciones, la práctica judicial y el análisis de los derechos invocables nos lleva a concluir que gran parte de las situaciones que en la empresa llevan a una potencial vulneración o afectación de un derecho fundamental que finalmente derive en la interposición de una acción judicial, estén cubiertas por el catálogo del artículo 485.

Cuando nos referimos a un derecho fundamental dentro de la relación laboral por regla general estamos ante derechos inespecíficos, vale decir, “...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.”¹²⁴

¹²⁴ PALOMEQUE, M., “Los derechos laborales en la Constitución Española”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Pese a que por la vía del procedimiento de tutela no se puedan hacer valer todos los derechos del bloque constitucional, sí es pertinente entender la invocación de un derecho en sentido amplio: ya sea como una objeción o límite a una determinada cláusula del contrato, como el fundamento de una solicitud de verificación por parte de la Inspección del Trabajo de una determinada situación, etc. En esta acepción el espectro se ensancha en los términos del artículo 5° de la Constitución. Por lo tanto, el límite de la invocación no está dado por el catálogo del artículo 485, sino que por un presupuesto fáctico: que la limitación o vulneración sea consecuencia del ejercicio que las facultades le reconoce al empleador.

En cuanto a los derechos fundamentales que el artículo 485 señala, nos encontramos con dos categorías: por una parte aquellos que expresamente hacen referencia a lo dispuesto en la Constitución (llevando a cabo una especie de reenvío hacia la Carta Fundamental), y por otra aquellas disposiciones de rango simplemente legal que encuentran su fundamento en un derecho constitucional. En la primera categoría están el derecho a la vida y a la integridad física y síquica, la protección de la vida privada y de la honra, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la libertad de conciencia y de culto, la libertad de opinión; y la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y el derecho a la negociación colectiva. En una segunda categoría

podemos encontrar los actos discriminatorios del artículo 2° con excepción de las ofertas de trabajo, las denuncias por vulneración del principio de igualdad en las remuneraciones que el artículo 62 bis señala que se conocerán por el procedimiento de tutela, la garantía de indemnidad, y las infracciones por prácticas desleales o antisindicales. Si bien estos últimos no corresponden a derechos fundamentales como tales, consideramos que los principios que llevan al legislador a contemplar estas normas encuentran su fundamento en garantías constitucionales: la no discriminación y la igualdad de remuneración tienen su razón de ser en la igualdad ante la ley (artículo 19 N°2), la sanción de las prácticas antisindicales a raíz de la protección de la libertad sindical (artículo 19 N°19 y la garantía de indemnidad en el derecho de petición (artículo 19 N°14).

3. La labor de la Dirección del Trabajo en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales

Para el goce efectivo de los derechos que la Constitución y las leyes establecen, es necesario contar con una institucionalidad que permita

materializarlo. Es así como se ha considerado un aspecto esencial en materia laboral contar con un organismo estatal de inspección del trabajo.

El Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo (convenio de gobernanza prioritario) describe el sistema de inspección del trabajo, siendo su principal tarea “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión”¹²⁵. Considerando que las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo a lo largo del siglo XX incorporaron los derechos inespecíficos de los trabajadores, el resguardo de la ciudadanía de la empresa sí se encuentra dentro de la órbita de acción del organismo fiscalizador, que en nuestro país está a cargo de la Dirección del Trabajo.

3.1 La Dirección del Trabajo y sus atribuciones en materia de derechos fundamentales

El DFL 2 del año 1967 que fija las funciones de la Dirección del Trabajo, sintetiza éstas en su artículo primero, entre las cuales se destacan para efectos

¹²⁵ Convenio 081 sobre la inspección del trabajo, 1947. Organización Internacional del Trabajo. Artículo 1.

de este estudio: la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral, fijar a través de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo, la divulgación de los principios sociales de la legislación laboral y la realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo¹²⁶.

La fiscalización es una pieza angular en la labor de este servicio, a cargo de su Departamento de Inspección se desenvuelve ya sea a petición de parte (fiscalización reactiva) o de oficio (fiscalización proactiva) con miras a elevar y mejorar los niveles de cumplimiento de la normativa. Esta actividad es crucial en materia de derechos fundamentales: en el contexto de una denuncia de Tutela judicializada, el artículo 486 del Código del Trabajo señala que es la Inspección del Trabajo la institución encargada de emitir un informe acerca de los hechos vulneratorios denunciados, incluso le otorga la posibilidad de hacerse parte en el juicio. Sin perjuicio de la obligación que recae sobre este organismo de denunciar los hechos que con ocasión de sus labores fiscalizadoras conozca y sean vulneratorios de derechos fundamentales.

Dentro de sus labores interpretativas, la Dirección del Trabajo mediante dictámenes fija el sentido y alcance de la normativa laboral. Esta labor ha sido

¹²⁶ DFL 2, MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, 29/09/1967. Artículo 1.

crucial en el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales. Sin embargo, estas opiniones no son vinculantes para la judicatura.

Para muchos jueces los dictámenes de la DT son puntos de referencia, puesto que son opiniones expertas y vanguardistas en temas que son ejes centrales para la ciudadanía de la empresa, como el reconocimiento de derechos inespecíficos, la aplicación del principio de proporcionalidad en la colisión de derechos fundamentales, etc. Pero para otros magistrados no son relevantes, lo que genera discordancias profundas entre la interpretación administrativa y la judicial en materia de derechos fundamentales, siendo por supuesto la última la definitiva a la hora de resolver un conflicto de relevancia jurídica a través de la sentencia. En los apartados siguientes revisaremos los principales pronunciamientos de la DT en la materia, y veremos su relevancia para el objeto de estudio.

3.2 Orden de Servicio N°9 de la Dirección del Trabajo del año 2008. Procedimiento administrativo en caso de denuncia de derechos fundamentales

Con motivo de la dictación de la Ley N°20.087 antes comentada y para regular el rol del organismo fiscalizador en el marco del nuevo procedimiento de tutela se dictó la Orden de Servicio N°9 el 31 de diciembre del año 2008.

Más allá de las indicaciones procesales propias de la actividad fiscalizadora y la indicación de sus nuevas competencias, la orden refuerza conceptos esenciales para el entendimiento de los derechos fundamentales en este procedimiento.

En primer término destaca la eficacia horizontal e inmediata de los derechos fundamentales, la necesidad de velar por la no discriminación por materia de género, para decantar en la noción de ciudadanía de la empresa y su rol fundamental en este procedimiento. Luego destaca al artículo 6 de la Constitución como el fundamento principal de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el carácter de derecho interno de los Convenios OIT y de los demás tratados internacionales ratificados por Chile, adquiriendo por tanto éstos la calidad de fuente directa “lo que permite fundar en sus textos las decisiones de las autoridades administrativas y judiciales, si estuvieren ratificados y vigentes.”¹²⁷

¹²⁷ Orden de Servicio de la Inspección del Trabajo N°9. “Imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo en caso de denuncia por vulneración de derechos fundamentales, en el marco de la ley 20.087, que incorpora procedimiento de tutela laboral”. Santiago, 31 de diciembre 2008.

Continúa el dictamen en comentario analizando la eficacia horizontal de los derechos fundamentales inespecíficos en material del trabajo, para luego señalar el amplio espectro de garantías cauteladas, que si bien no son todas, envuelven la gran mayoría de las conductas. Particular resulta la interpretación de la Dirección del Trabajo de la garantía de indemnidad al señalar que el derecho a no ser objeto de represalias por requerir una fiscalización “está elevado a la categoría de fundamental por la reforma de la ley 20.087”. La frase es errada y puede llevar a confusiones metodológicas: en primer término una Ley no puede elevar a rango constitucional un derecho, por razones de jerarquía normativa. A su vez la garantía de indemnidad se debe considerar como una regla, mas no como un principio a la hora de resolver los conflictos, lo que deriva en que no corresponda usar en estos casos el mecanismo de la ponderación. Que la cautela de esta situación sea conocida en sede de tutela, no significa esto una alteración normativa. En caso de verificarse la infracción bajo estándares objetivos, debe ser condenado el infractor a las multas correspondientes, las cuales son idénticas a las que se verifican en la violación de las garantías fundamentales aludidas, pero eso no significa una transformación o una elevación al estatus de derecho fundamental.

En cuanto a la intensidad necesaria de la lesión para estar ante una acción condenable, según el criterio de la Dirección del Trabajo esta sucede a

propósito de una limitación injustificada, y no se requiere necesariamente una vulneración del contenido esencial. Esto lo desprende de la expresión “o” que antecede en el artículo 485 a la vulneración del contenido esencial. Compartimos este criterio y analizaremos en el Capítulo VII si los tribunales también lo han entendido de esta forma o no.

En lo que al análisis de la conducta del empleador se refiere, es opinión del órgano fiscalizador que es un deber realizar siempre el examen del comportamiento (conforme al principio de proporcionalidad), criterio que pugna con algunas resoluciones judiciales que serán objeto de análisis, puesto que se confunde en más de una oportunidad lo dispuesto en el artículo 453:

“Cuando el demandado no contestare la demanda, o de hacerlo no negare en ella algunos de los hechos contenidos en la demanda, el juez, en la sentencia definitiva, podrá estimarlos como tácitamente admitidos.”

La estimación de tácitamente admitidos de los hechos no debe significar una omisión de la aplicación del principio de proporcionalidad en los casos que corresponda. Muchas veces la rebeldía del demandado se constituye en sinónimo de condena por afectación de derechos fundamentales, sin esbozar siquiera un intento de análisis de la conducta a la luz del principio de proporcionalidad, lo que nos parece a todas luces contraproducente con los

finés del procedimiento, y un factor más que deja de manifiesto la confusión o dispersión conceptual que puede observarse en esta materia.

3.3. El dictamen N°2210/035 de la Dirección del Trabajo. El reconocimiento del principio de proporcionalidad en el derecho chileno

Dictado el 5 de junio de 2009 con el propósito de orientar a los funcionarios de la Inspección que tomen conocimiento de denuncias administrativas, les toque fiscalizarlas, mediar en ellas o eventualmente judicializarlas.

La importancia de este dictamen excede lo meramente administrativo o la actividad fiscalizadora, y ha pasado a ser la gran referencia del sistema de derechos fundamentales en materia de trabajo, toda vez que abarca temas respecto de los cuales no existe un pronunciamiento legal expreso y que a falta de aquel, los tribunales y los actores del sistema lo han tomado como una importante guía a la hora de resolver y plantear los conflictos de derechos fundamentales en el trabajo. Su carácter de dictamen administrativo lo priva de obligatoriedad general para la judicatura, pero los términos generales en que ha sido dictado y recogiendo el sentido amplio del vocablo “ley”, no está privado a

los tribunales tomar este como una referencia o un criterio orientador al momento de dirimir un conflicto.

Dentro de los tópicos más relevantes que son tratados en este documento, el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la ciudadanía de la empresa, los derechos inespecíficos de los trabajadores, la función limitadora de los derechos fundamentales respecto a la potestad de mando del empleador, y una extensa explicación del alcance de los derechos fundamentales inespecíficos en materia laboral, enfatizando la dignidad y su conexión con la no discriminación, en particular profundizando en la discriminación con razón del sexo. Pero a continuación de lo antes enunciado se encuentra la principal novedad y aporte de este dictamen al derecho laboral chileno, y es que constituye el reconocimiento de un órgano público con competencia en materia laboral del principio de proporcionalidad y de la ponderación de derechos fundamentales para la resolución del conflicto.

En gran medida este dictamen rescata las principales ideas que a lo largo de este trabajo se han expuesto y que pretenden explicar cómo se llegó a un pronunciamiento administrativo de semejante tenor: existe una tradición jurídica extensa a nivel mundial en torno a los derechos fundamentales, la cual ha ido evolucionando de manera significativa hasta lo que conocemos hoy. En Chile también podemos apreciar una clara evolución que una vez analizada,

permite entender el porqué de la instauración del procedimiento de tutela. Mas, como hemos visto –y pese a la fortaleza del análisis de la DT– no es una pauta vinculante para la judicatura. ¿Cómo se puede manifestar lo problemático de este déficit? en una dispersión jurisprudencial a la hora de resolver los juicios de tutela, puesto que la observancia del contenido es voluntaria, es posible que encontremos jueces que verán en el principio de proporcionalidad la única forma de entender lo dispuesto en el artículo 493 (“...corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”), pero también es posible que otros omitan este razonamiento en su totalidad, y simplemente vean el juicio de tutela como un juicio más donde se discute la ocurrencia de hechos y no la ponderación de derechos fundamentales. Todo esto será objeto de nuestro análisis jurisprudencial.

El juicio de proporcionalidad en conjunto con sus tres sub-juicios es la fórmula que Robert Alexy propone para dicho fin, y que es recibida en su totalidad por el ente fiscalizador a la hora de entender la reforma de la Ley N° 20.087. Este aspecto, desde nuestra perspectiva debió recogerse con mayor extensión en la faz legal de la reforma, con el fin de evitar ambigüedades y proteger con mayor eficacia el derecho de los trabajadores y sobre todo para que los intervinientes del sistema, tanto jueces como trabajadores, comprendan

las particulares expuestas que hacen que el nuevo procedimiento de tutela diste mucho de un juicio convencional por despido.

4. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo incorporados al derecho chileno relativos a derechos fundamentales

Miembro desde su fundación en el año 1929, Chile ha ratificado los 8 Convenios Fundamentales de la OIT, 2 de los 4 Convenios Prioritarios y un total de 51 Convenios Técnicos. En la actualidad 51 de estos Convenios se encuentran en vigor.

De manera coherente con el trabajo desarrollado hasta este punto, la ratificación de un Convenio en virtud de lo señalado por el artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución incorporaría los derechos fundamentales contenidos en ellos a la legislación nacional, con rango a lo menos legal. “Los Convenios son instrumentos que crean obligaciones jurídicas al ser ratificados”¹²⁸, y una vez incorporadas a una legislación adquieren el carácter de normas mínimas según el artículo 19 de la Constitución de la OIT:

¹²⁸OIT, “Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales de trabajo”. Edición revisada. 2006. p. 2.

“8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o la recomendación”.

A su vez resulta una obligación constitucional (entiéndase de la Constitución de la OIT) “someter” los convenios a las autoridades competentes nacionales.¹²⁹ Por todo lo anteriormente mencionado es claro que los Convenios OIT relativo a derechos fundamentales deben ser considerados dentro de aquellos reconocidos por el ordenamiento jurídico laboral chileno.

[Con todo], los más importantes en el área que nos ocupa son los enunciados a continuación:

4.1 Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación

¹²⁹Idem, p. 8.

Adoptado en julio del año 1948 por la OIT y ratificado por Chile el 1 de enero de 1999, garantiza la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. Su artículo 11 señala que “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.”

Altamente cuestionable es el cumplimiento de dicha disposición por parte de nuestro país, pero profundizar en aquello ya sería materia de un nuevo estudio¹³⁰. Sin perjuicio de lo anterior, es importante apuntar que de los convenios que se encuentran en vigor, es el que más observaciones por las organizaciones de trabajadores ha recibido (un total de 13), siendo la última de agosto del presente año¹³¹.

4.2 Convenio 100 sobre igualdad de remuneración

¹³⁰En relación al tema consultar: TOLEDO, C. “Tutela de la Libertad Sindical”. Editorial Thomson Reuters.

¹³¹NORMLEX.Information System on International Labour Standards.

Ratificado el 20 de septiembre del año 1971, y siendo un eje central del foco de la Organización Internacional del Trabajo, la segmentación del mercado de trabajo en función del sexo ha generado diferencias estructurales de salario entre hombres y mujeres¹³², problema que en el presente en nuestro país se sigue replicando y la jurisprudencia [en materia] de derechos fundamentales no ha reflejado mejoría o solución alguna. La Ley N° 20.348 destinada a combatir la desigualdad en las remuneraciones no ha tenido el impacto, ni el conocimiento, ni la recepción esperada, como lo demuestra un estudio realizado por la Dirección del Trabajo¹³³.

4.3 Convenio 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación

Estando en vigor desde el 15 de junio de 1960 y ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971, lo dispuesto en el artículo 111 se recoge en gran medida en el artículo 2° del Código del Trabajo, que en lo que a discriminación

¹³² Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, junio 1999. "Memoria del Director General: Trabajo Decente".

¹³³ HENRIQUEZ, H. y RIQUELME V. "El derecho a ganar lo mismo. Ley N° 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres". En: Temas Laborales N° 27. Santiago, 2011.

respecta realiza una transcripción literal de su contenido, el cual es cautelado por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

A su vez es de los convenios que menos observaciones presenta de parte de las organizaciones de trabajadores de empleadores y trabajadores (una en 2011 y otra en 2012)¹³⁴. Sin embargo en cuanto a la observación de su aplicación existen sendas observaciones principalmente en lo relativo a la discriminación por género que impone el régimen de capitalización privado que existe en nuestro país. También se realizaron solicitudes directas de la OIT al Estado de Chile para que informe sobre los planes para combatir la discriminación por discapacidad, programas para combatir el VIH, la promoción de la igualdad en el empleo y la ocupación entre hombres y mujeres, la discriminación por género en el sector público, informe sobre las denuncias de acoso sexual, así como también se solicita el envío de un resumen de las causas que dan cuenta de la aplicación práctica del procedimiento de tutela de derechos fundamentales¹³⁵. Dada la gran cantidad de observaciones y solicitudes hechas por el Organismo Internacional, comprendemos que la erradicación de la discriminación es un tema central para avanzar en una

¹³⁴NORMLEX.Information System on International Labour Standards.

¹³⁵ Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2012, Publicación: 102ª reunión CIT (2013).

política de justicia en las relaciones de trabajo y garantizar el respeto de los derechos fundamentales requiere adoptar las solicitudes realizadas que no sólo pasan por la resolución de causas de tutelas sino que por la implementación de planes y programas gubernamentales y la eliminación de leyes que en su génesis contienen rasgos discriminatorios.

VI. ANÁLISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS

1. Objeto del análisis

La mejor forma de conocer la real posición de los derechos fundamentales en la relación de trabajo es analizar cómo estos se desenvuelven en la práctica, mediante el análisis de resoluciones de los dos organismos con competencia en la materia. Por una parte la Dirección del Trabajo tuvo un rol preponderante en materia de derechos fundamentales con antelación a la reforma, y muchas de sus directrices fueron recogidas al momento de fijar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, por lo

que en primer término veremos resoluciones administrativas previas a la Ley N°20.087, para luego pasar a aquellas adoptadas post reforma laboral.

Posteriormente nos avocaremos al análisis de resoluciones judiciales de tutela de derechos fundamentales, con el objetivo de determinar si dicha construcción dogmática constitucional ha tenido la recepción adecuada o si por el contrario no ha penetrado en el criterio judicial. También analizar qué sucede en los casos de la vulneración de la garantía de indemnidad y si esta ha sido entendida como una regla objetiva a la cual no se le aplica el mecanismo de la ponderación o si por el contrario existe confusión en la materia; concluir respecto al volumen de normas internacionales de derechos humanos y del trabajo que se esgrimen para resolver los casos; y resaltar en general, todas las particularidades que resulten relevantes a la luz de este estudio.

1.1 Descripción de la muestra y de la tabla de análisis.

En total 50 resoluciones componen la muestra objeto de nuestro análisis, de las cuales 12 corresponden a dictámenes de la Dirección del Trabajo, y las 38 restantes corresponden a resoluciones judiciales emanadas de Juzgados de Letras del Trabajo. La tabla de análisis comienza identificando el organismo del

cual emana la sentencia. Luego se individualiza mediante su número ORD. en caso de ser dictamen o a través de su Rol en el caso de las resoluciones judiciales. Continúa con la individualización del o los destinatarios en caso de los dictámenes y de las partes en el caso de las sentencias judiciales. Posteriormente una breve descripción de los hechos permite al lector contextualizarse en el caso así como también la enunciación del o los derechos fundamentales afectados. A continuación se explica la decisión del ente administrativo o el tribunal según corresponda, enunciando las citas legales que la han motivado. Para finalizar, se entrega un comentario a modo de conclusión que rescata los tópicos más relevantes de cada resolución, desde el prisma de nuestro estudio.

2. Resoluciones de la Dirección del Trabajo

FICHA N°1	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N° 3448/168
FECHA	12 de septiembre de 2001
DESTINATARIO	Presidente de la agrupación de profesionales y cesantes; DICOM
HECHOS	Consultan si es legal que los empleadores exijan un certificado de la empresa Dicom como requisito para contratar a un trabajador y, en los casos que se tiene un empleo, como requisito para conservar éste
DERECHOS FUNDAMENTALES	Libertad de trabajo
DECISIÓN	Es ilícito exigir certificaciones de la empresa Dicom para postular a un trabajo, como asimismo,

	<p>es igualmente ilícito que la conservación de un empleo quede sujeta a certificaciones provenientes de dicha empresa</p>
<p>CITAS LEGALES</p>	<p>Artículos 1, 5° inciso 2, 19 N° 16 de la Constitución Política. Artículo 2 inciso 2 del Código del Trabajo. Artículo 6 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 2 N° 2 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</p>
<p>COMENTARIOS</p>	<p>Para construir el resguardo del derecho fundamental objeto de la disputa, hace un respaldo a la idea de que los tratados internacionales forman parte del derecho chileno y los utiliza como norma que resuelve el conflicto sin que tenga que mediar una norma de derecho chileno de por medio.</p> <p>El dictamen realiza una defensa expresa de la eficacia directa de los derechos fundamentales: “Tal es el sentido de la doctrina de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, cual es,</p>

	<p>"servir de pauta de comportamiento de los individuos en sus relaciones y no simplemente de ser un elemento interpretativo del Derecho privado".</p> <p>Finalmente es el mecanismo de la ponderación el que dirime el conflicto: "...de lo que se trata, es de sopesar equilibra-da-mente los intereses en juego, en el sentido sistémico y finalista que aconseja la interpretación constitucional. Así, la certificación de Dicom analizada, que lejanamente se sustenta en el derecho fundamental de propiedad que el empleador tiene sobre su empresa, razonablemente debe ceder ante el derecho fundamental a la libertad de trabajo"</p>
--	--

FICHA N°2	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N° 2856/162
FECHA	30 de agosto de 2002
DESTINATARIO	Alcance general
OBJETO	Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo
DERECHOS FUNDAMENTALES	La función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales en el seno de la relación de trabajo
DECISIÓN	Los derechos fundamentales respecto de los cuales es titular la persona del trabajador en cuanto a su condición de ciudadano, han de servir como medida de valoración de los poderes empresariales, erigiéndose en límites infranqueables al ejercicio por parte del empresario de dichos poderes
CITAS LEGALES	Artículo 5º del Código del Trabajo.

	<p>Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Naciones Unidas en 1948. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Convención Americana de Derechos del Hombre. Artículos 6 y 19 de la Constitución Política</p>
<p>COMENTARIOS</p>	<p>Se puede considerar como el antecedente jurídico del dictamen N°2210/035, señala explícitamente que la reforma del artículo 5 del Código del Trabajo consagra en Chile el concepto de “Ciudadanía de la Empresa”. Expresa a su vez el carácter de status jurídico que revisten los derechos fundamentales: “...han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluridireccional.” También explicita la idea de vinculación directa de la Constitución a los particulares, los derechos inespecíficos y la impregnación de éstos al contrato de trabajo, la</p>

	<p>función limitadora de los derechos fundamentales.</p> <p>Luego trata los conflictos de derechos fundamentales, reconociendo que éstos no son absolutos y luego hace referencia al principio de proporcionalidad, la ponderación y el núcleo esencial de los derechos: "Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad", y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional."</p>
--	--

FICHA N°3	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N° 3276/173
FECHA	16 de octubre de 2002
DESTINATARIO	Confederación Nacional Unitaria de Trabajadores del Transporte y Afines de Chile
HECHOS	Se solicita un pronunciamiento de esta Dirección sobre la legalidad de los sistemas de vigilancia y control, a través de videocámaras instaladas en los vehículos de la locomoción colectiva urbana.
DERECHOS FUNDAMENTALES	Derecho a la intimidad
DECISIÓN	Más allá de los fines y motivaciones alegadas -técnico productiva o de seguridad- por las empresas fiscalizadas para la implementación de estos dispositivos de control audiovisual, y que

	<p>justificarían su utilización, en la práctica estos mecanismos han constituido una forma de control ilícito, en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad de los trabajadores que no es razonable o proporcional a los fines reales perseguidos</p>
CITAS LEGALES	<p>Artículo 19 N°4 de la Constitución. Artículos 5 y 154 del Código del Trabajo</p>
COMENTARIOS	<p>Junto con razonar sobre la impertinencia de la medida que es discutida en el presente dictamen, se resuelve el conflicto en cuestión mediante la aplicación expresa del principio de proporcionalidad, por tratarse el caso de una colisión de derechos fundamentales: ...”importa a todas luces una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado «principio de proporcionalidad», y que sirve de medida de</p>

	<p>valoración de su justificación constitucional.» «En virtud de este principio de proporcionalidad, se exige que la medida limitativa, en este caso el control audiovisual, sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, lo que en la situación en análisis evidentemente no ocurre». Y finalmente establece las condiciones en que podría eventualmente aplicarse una medida de semejante naturaleza, tanto desde el punto de vista general de toda medida de control, como la específicamente aludida</p>
--	--

FICHA N°4	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N° 698/16
FECHA	11 de febrero de 2003
DESTINATARIO	Directora Regional del Trabajo de Aysén, fundado en presentación del Colegio de Profesores de Chile de la XI Región.
HECHOS	publicaciones de avisos para oferta laboral, señalando como requisito para un trabajo una "edad máxima de 35 años"
DERECHOS FUNDAMENTALES	Derecho a la no discriminación en el empleo
DECISIÓN	La publicación de avisos en medios de prensa señalando como requisito para acceder a un determinado puesto de trabajo algunas de las condiciones o calidades señaladas en el artículo 2 del Código del Trabajo, entre ellas, la edad,

	<p>configura la infracción laboral tipificada en el inciso quinto del mismo artículo, debiendo ser sancionada por este Servicio con las multas administrativas contemplada en el artículo 477 del Código del Trabajo. (Recordar que esta sanción es previa a la reforma, en atención al artículo citado)</p>
CITAS LEGALES	<p>Artículo 19 N°16 de la Constitución. Convenio N° 111 de la OIT. Artículo 2 del Código del Trabajo</p>
COMENTARIOS	<p>Resulta particular el razonamiento del Dictamen en comentario toda vez que se delinea el contenido de un derecho constitucional a raíz de un precepto legal: “De este modo en Chile, resulta una vulneración del derecho constitucional a la no discriminación laboral, cualquier distinción, preferencia o exclusión efectuada en base a los criterios señalados por las normas anteriormente citadas, dentro de los cuales, tanto en el artículo 2 del Código de</p>

	<p>Trabajo como el artículo 1 del Convenio N° 111 de la OIT, se encuentre expresamente señalada la edad.”</p> <p>A su vez cabe destacar el carácter de objetivo de este ilícito laboral (objetivo vale decir que baste que se cumplan sus supuestos para la configuración, independiente del dolo o la culpa). Esto se torna relevante al no existir un criterio de ponderación o de aplicación del principio de proporcionalidad para resolver el asunto sino que la implementación de una regla. A nuestro juicio lo anterior se explica producto de que la no discriminación en su faz laboral finalmente se construye como una regla legal objetiva en el artículo 2° del Código del Trabajo. Y que finalmente el derecho fundamental es el principio inspirador del precepto, y así no recibe aplicación directa</p>
FICHA N°5	

ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N° 3704/134
FECHA	11 de agosto de 2004
DESTINATARIO	Aplicación general
HECHOS	Sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2º, del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral
DERECHOS FUNDAMENTALES	Igualdad ante la ley, derecho a la no discriminación en el empleo.
DECISIÓN	<p>El derecho a la no discriminación ejerce su virtualidad protectora en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva.</p> <p>En efecto, tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes, en los procesos de</p>

	<p>selección de personal, como durante su desarrollo y en su conclusión el derecho a la no discriminación emerge como límite a los poderes empresariales.</p> <p>Asimismo, y ahora en cuanto al ámbito material en que puede ejercerse el derecho a la no discriminación, éste no sólo se refiere a las conductas ligadas al acceso al empleo (ofertas de trabajo y selección de personal) sino también a aquellas referidas al desarrollo de la relación laboral propiamente tal, es decir, a las condiciones de trabajo y a la causa de término de la misma.</p>
CITAS LEGALES	<p>Artículo 1 inciso 1, 19 N°2 y 16 de la Constitución. Convenio N°111 de la OIT. Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo</p>
COMENTARIOS	<p>Se resalta el estatus del principio de igualdad como un valor superior del sistema</p>

	<p>jurídico, identificando las normas tanto legales como constitucionales que lo reconocen. Luego identifica al derecho a la no discriminación y desarrolla su contenido en tanto derecho fundamental, y lo configura como un límite del ejercicio del poder empresarial. Luego se profundiza en el concepto de discriminación y lo diferencia de la mera igualdad formal, agregando la exigencia de paridad o igualdad de trato como elemento esencial. Continúa desarrollando el concepto de discriminación indirecta, fundamental para una adecuada protección: “Se trata pues, de conductas que siendo neutras (dirigidas o aplicadas de manera indiferenciada o con tratamientos razonablemente desiguales) en el tratamiento formal de los distintos grupos o colectivos, en cuanto a su efectos introducen diferenciaciones discriminatorias, impacto adverso (<i>adverse impact</i>)”, Finalmente se reproduce lo analizado en la ficha N°4, en</p>
--	--

	atención a la regla objetiva para determinar actos discriminatorios. De la misma forma se entiende por reproducida la explicación dada en dicha ficha a esa estructura de resolución.
--	---

FICHA N°6

ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N°2697/041
FECHA	7 de julio de 2009
DESTINATARIO	Presidente y Secretario del Sindicato de Trabajadores de la Empresa VTR Global COM S.A. IV Región.
HECHOS	El anexo de contrato celebrado entre a la empresa y sus trabajadores busca regular posibles conflicto de interés, se solicita por parte del sindicato de trabajadores de la empresa aludida un pronunciamiento respecto al contenido de la anexo ya que este podría contener vulneraciones a garantías constitucionales
DERECHOS FUNDAMENTALES	Libertad de trabajo
DECISIÓN	El que se obligue a los trabajadores a informar, entre otras circunstancias, el hecho de

	<p>participar en cualquier situación (léase actividad) académica, ciertamente que limita la libertad de desarrollar actividades docentes al someterlas a un estatuto ajeno a las mismas que excede, por lo mismo, de los contornos del contrato de trabajo y del respeto al derecho a la libertad de trabajo.</p> <p>La comisión creada por el empleador para hacer operativo el anexo de contrato denominado Comité de Ética de VTR deberá necesariamente encontrar como límites a su actuación ya no tan sólo los derechos constitucionales sustanciales, sino también en el derecho al debido proceso en su faz adjetiva o formal.</p> <p>El Comité de Ética, deberá respetar los derechos constitucionales de los trabajadores sometidos a su actuar, en especial, por la naturaleza de las obligaciones a que se refiere el</p>
--	--

	<p>anexo de contrato de trabajo, en lo relativo al respeto y protección de la vida privada, consagrado en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental.</p>
CITAS LEGALES	<p>Artículo 19 N°s 3, 4 y 16 de la Constitución. Artículo 5 del Código del Trabajo.</p>
COMENTARIOS	<p>La resolución contempla expresamente la forma de resolver el conflicto en comento: “tal como se reconoce en doctrina y en la jurisprudencia judicial comparada y nacional (así, en este último caso, sentencia del Juzgado del Trabajo de Copiapó de 15.09.2008, RIT T-1-2008), así como la propia jurisprudencia administrativa... en caso de no existir una norma que resuelva dicho conflicto, habrá de resolverse en un análisis casuístico en base al denominado "principio de proporcionalidad", que se materializa en tres sub principios”. Una vez hecho el análisis concluye que la medida es “desproporcionada”.</p>

FICHA N°7	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N° 1187/018
FECHA	10 de marzo de 2010
DESTINATARIO	Jefe de Relaciones Laborales KOMATSU Chile
HECHOS	Se ha solicitado un pronunciamiento a la Inspección del Trabajo en relación a la Ley N° 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones
DERECHOS FUNDAMENTALES	Igualdad ante la ley, que es el derecho fundamental que inspira a la igualdad en las remuneraciones. Derecho a la no discriminación en el empleo.
DECISIÓN	El objetivo de la Ley N° 20.348 es eliminar situaciones de discriminación que puedan afectar a las mujeres en el ámbito remuneracional, en

	<p>razón de género. La citada disposición legal sólo está referida a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres y no comprende tal igualdad entre personas del mismo sexo. Frente a iguales funciones desempeñadas por un hombre y una mujer, es posible asignar remuneraciones distintas, fundándose en criterios objetivos.</p> <p>De configurarse contravención al principio de igualdad de remuneraciones la afectada debe comenzar deduciendo un reclamo por escrito, ciñéndose al procedimiento que para tales efectos se haya establecido en el reglamento interno, y una vez agotada esta instancia se puede iniciar el procedimiento de tutela.</p> <p>Por "características técnicas esenciales", debe entenderse aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a desempeñar y que</p>
--	--

	<p>permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda realizar en la empresa. En la elaboración de este registro, por lo tanto, se deberán consignar aquellos distintivos que definen el cargo o función a desempeñar, que son parte de su esencia, de su naturaleza, sin considerar aquellos aspectos que pudieran ser variables.</p>
CITAS LEGALES	<p>Artículo 19 N°2 de la Constitución, artículo 62 bis del Código del Trabajo.</p>
COMENTARIOS	<p>El detalle y la posibilidad de argumentar caracteres objetivos de forma no taxativa a nuestro juicio ha influido en la baja aplicación de esta reforma y en la poca recepción que ha tenido la Ley N° 20.348 (al respecto ver HENRIQUEZ, H. y RIQUELME V. “El derecho a ganar lo mismo. Ley N° 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres”. En:</p>

	<p>Temas Laborales N° 27. Santiago, 2011.) ya que pareciera ser que siempre podrá existir una diferencia entre dos personas en la cual se pueda justificar la diferenciación para así justificar y disfrazar la falta.</p>
--	--

FICHA N°8	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N°3032/047
FECHA	12 de julio de 2010
DESTINATARIO	Presidente de la Federación Nacional de Trabajadores de Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.
HECHOS	Se solicita un pronunciamiento acerca de la legalidad y de la forma de los exámenes de control de drogas y alcohol a los cuales son obligados los trabajadores de la empresa
DERECHOS FUNDAMENTALES	Resguardo de los derechos fundamentales de los trabajadores en sentido amplio, a propósito de la medida de control discutida
DECISIÓN	Las obligaciones y prohibiciones que justifican el control en materia de drogas y

	<p>alcohol deben contenerse en el Reglamento Interno de la empresa. Deben explicitar cuál es el procedimiento específico de control empleado en materia de test de drogas y alcohol.</p> <p>Toda documentación que se ponga en conocimiento de los trabajadores con relación al sistema de control del consumo de drogas y de alcohol, debe encontrarse redactado íntegramente en idioma español. Toda norma relativa al control del consumo de drogas debe explicitar qué tipo de drogas serán objeto de dicho control. La extensión temporal y territorial de las obligaciones y prohibiciones en materia de consumo de drogas y de abuso de alcohol, debe circunscribirse a las labores, permanencia y vida en las dependencias de la empresa.</p> <p>Las normas reglamentarias que regulan un programa relativo al control del consumo de drogas y alcohol, deben respetar las exigencias</p>
--	---

	del juicio de proporcionalidad, esto es, deben ser idóneas, necesarias y proporcionales
CITAS LEGALES	Ley N°19.628. Artículos 5 inciso 1, 153, 154 bis inciso 1 N°s 5 y 10 del Código del Trabajo
COMENTARIOS	<p>Se explicita que el principio de proporcionalidad es “el” criterio que debe utilizarse para la solución de una eventual colisión de derechos fundamentales, y que la respuesta asertiva de los tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). También es destacada la idea de que la generalidad e impersonalidad de la medida no bastan por sí solas para garantizar la satisfacción del principio de proporcionalidad.</p> <p>En el presente caso el control de consumo de drogas y alcohol realizado por la empresa excede lo meramente laboral, al pretender promover un “positivo desarrollo humano”, como también cuando se extiende el control a</p>

	<p>personas que no son trabajadores de la empresa (personal de honorarios y/o subcontratados). Se extralimita el control de drogas al extenderse a espacios temporales y territoriales que son propios del trabajador.</p> <p>Al considerarse inidónea la medida, se omiten los otros juicios.</p>
--	--

FICHA N°9	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N°4731/081
FECHA	3 de noviembre de 2010
DESTINATARIO	Representantes de ENERSIS
HECHOS	Se solicita un pronunciamiento acerca de la legalidad de una cláusula contractual que exija a los trabajadores la obligación de confidencialidad de la información que conozca con ocasión del desempeño de su trabajo, extendiendo su exigibilidad incluso con posterioridad al término de la relación laboral.
DERECHOS FUNDAMENTALES	Libertad de trabajo, libertad de expresión
DECISIÓN	Resulta ajustado a derecho pactar en un contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad, incluso para regir más allá del

	<p>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</p>
CITAS LEGALES	<p>Artículo 19 N°12 y 16 de la Constitución. Artículo 13 Convención Americana de Derechos Humanos</p>
COMENTARIOS	<p>La legalidad o ilegalidad de la cláusula estará determinada según si ella se ajusta o no al principio de proporcionalidad, siendo este la</p>

	<p>medida y la única forma de resolver el conflicto en comento. Así las cosas, “la obligación de confidencialidad será idónea en la medida que persiga un fin legítimo y que, razonablemente, de acuerdo a su naturaleza, pueda alcanzar dicho fin. A priori, parecerá idóneo el fin de cautelar cierta información que supusiere una ventaja respecto de la competencia y cuya revelación, por lo mismo, implicará razonablemente un perjuicio para aquélla. En cambio, no parecerá idónea una información que sea de conocimiento público en el medio en el que se desenvuelve la empresa. Tampoco parecerá idónea aquella reserva que se exija respecto de información que derive de la experiencia adquirida al servicio de un empleador, en cuanto esté formada por conocimientos que se han integrado en la personalidad profesional”. Esto es en relación a la necesidad, en lo que a la proporcionalidad respecta no debe existir un medio menos</p>
--	--

	<p>gravoso para tal fin, y será proporcional en la medida en que la imposición de reserva sea de mayor importancia que los derechos constitucionales de los trabajadores que pudieren verse afectados. Para tomar en cuenta lo anterior se debe analizar qué otras medidas ha adoptado el empleador para dicho fin y qué contraprestación recibe el trabajador por el cumplimiento de la cláusula.</p>
--	--

FICHA N°10	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N°: 4936/092
FECHA	16 de noviembre de 2010
DESTINATARIO	Subgerente de Seguridad Grupo PROSEGUR
HECHOS	<p>La empresa consulta al ente fiscalizador si puede a través de su servicio de vigilantes de guardia interna, proceder en forma aleatoria a la revisión corporal de los trabajadores; si la revisión puede ser incorporada como parte de las obligaciones en los contratos individuales de los trabajadores; si en el evento que un trabajador se niegue, es posible aplicar una sanción administrativa; y si sólo debe recurrirse a elementos de carácter electrónico para la selección del personal que sea sometido a revisión.</p>

DERECHOS FUNDAMENTALES	Derecho a la dignidad humana, protección de la vida privada y derecho a la honra.
DECISIÓN	<p>Cabe entonces concluir que, una medida de control que no puede siquiera salvar el juicio de idoneidad, al no explicar siquiera su o sus finalidades precisas que sirven de sustento a la puesta en uso del mencionado mecanismo de control, no resulta legítima, al afectar sin justificación razonable los derechos constitucionales de los trabajadores alcanzados por ella, especialmente la dignidad, honra y privacidad de los mismos, razón por la cual no resulta ajustado a derecho incorporarla al Reglamento Interno de la empresa en cuestión.</p> <p>Es posible concluir que el mecanismo de control que pretende implementar la empresa Grupo Prosegur, consistente en la revisión corporal de los trabajadores no resulta ajustada a derecho al afectar sin justificación razonable</p>

	<p>los derechos constitucionales de los trabajadores alcanzados por ella, especialmente la dignidad, honra y privacidad de los mismos, razón por la cual no resulta procedente incorporarla al Reglamento Interno de la señalada empresa</p>
CITAS LEGALES	<p>Artículos 1 y 19 N°4 de la Constitución. Artículos 5 inciso 1 y 154 bis del Código del Trabajo</p>
COMENTARIOS	<p>La forma de satisfacer la legalidad de una medida de control que implica la limitación de garantías constitucionales es, velar porque los medios sean idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral. En su aplicación habrá de respetarse como directrices legales, la generalidad de la medida y la impersonalidad de la misma, siempre en la búsqueda del respeto de la dignidad de los trabajadores. La forma de determinar la idoneidad de la medida es mediante la aplicación del principio de proporcionalidad; el organismo</p>

	<p>fiscalizador reitera su criterio de que no basta la generalidad o aleatoriedad de la medida para la aplicación de una medida o para satisfacer el principio de proporcionalidad. La falta de fundamentación razonable de la medida en este caso es el principal síntoma de lesión de derecho fundamental, ya que significa que no satisface el juicio de idoneidad.</p>
--	--

FICHA N°11	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. 4084/43
FECHA	18 de octubre de 2013
DESTINATARIO	Directiva Sindicato Nacional Interempresa Ripley
HECHOS	Requieren un pronunciamiento respecto a la legalidad de la cláusula del anexo de contrato individual relativa a antecedentes comerciales que debieron suscribir los trabajadores que se desempeñan como vendedores. También consultan acerca de la legalidad de las estipulaciones de los anexos de contrato individual suscritos por las mismas partes, relativas a las metas que deberán cumplir los trabajadores de que se trata para acceder al pago de remuneraciones variables.
DERECHOS	Libertad de trabajo, principio de no

FUNDAMENTALES	discriminación y derecho a la vida privada.
DECISIÓN	<p>No se ajusta a derecho la cláusula en que se obliga a los trabajadores a abstenerse de mantener deudas o gravámenes de cualquier índole durante la vigencia del contrato, prohibición esta que vulnera garantías constitucionales como el derecho a la libertad de trabajo, a la no discriminación y a la vida privada.</p> <p>Tampoco se ajusta a derecho la cláusula que contempla el pago de una "comisión adicional por meta", por cuanto tal estipulación significa para los aludidos vendedores renunciar anticipadamente a derechos laborales e incorporar incertidumbre en el pago de las remuneraciones.</p> <p>Esta Dirección no cuenta con facultades para pronunciarse respecto de la responsabilidad que recae en la parte que dictó una cláusula contractual ambigua sin haber otorgado la</p>

	<p>explicación correspondiente y que por tal razón habilita a interpretar en su contra la misma, toda vez que dicha materia compete privativamente a los Tribunales de Justicia.</p>
CITAS LEGALES	<p>Artículos 1, 5 inciso 2 y 19 N°s 16 y 26 de la Constitución. Artículos 2 inciso 7 y 10 N°4 del Código del Trabajo. Artículo 5° de la ley 20.575.</p>
COMENTARIOS	<p>En esta doctrina más reciente de la Dirección del Trabajo, ante un evidente conflicto de derechos fundamentales, se resuelve el mismo únicamente aseverando la existencia de una vulneración de derechos constitucionales con el actuar del empleador, abandonando de esta forma el principio de proporcionalidad y el mecanismo de la ponderación. Como “doctrina del servicio” únicamente se mencionan dictámenes del año 2012. Tampoco existe referencia alguna a la doctrina previa que se analizaba de que una limitación es apta para lesionar un derecho fundamental. Un dictamen</p>

	<p>como el presente – pese a su resultado favorable a los trabajadores – deja de manifiesto la fragilidad y lo contraproducente que es depender en muchos aspectos de los dictámenes de la Dirección del Trabajo a la hora de analizar el sistema chileno de derechos fundamentales en el trabajo. Es muy frágil ante la contingencia política</p>
--	--

FICHA N°12	
ORGANISMO	Dirección del Trabajo
NÚMERO	ORD. N°4930/086
FECHA	16 de noviembre de 2010
DESTINATARIO	Gerente General Empresa EULEN Seguridad S.A.
HECHOS	Consulta respecto de la procedencia de establecer diferencias en las remuneraciones de hombres y mujeres que prestan servicios para diversas empresas principales, todas clientes suyas, y que provendrían de las particulares condiciones con que la empleadora en cada caso pactaría la prestación
DERECHOS FUNDAMENTALES	Igualdad ante la ley, no discriminación en el empleo
DECISIÓN	Resultará jurídicamente procedente que la empleadora empresa Eulen Seguridad S.A.,

	<p>establezca diferencias en las remuneraciones de sus trabajadores hombres y mujeres por prestar servicios como guardias de seguridad para empresas principales diversas, en tanto los criterios conforme los cuales se determine qué dependientes se destinarán a prestar servicios en unas u otras, no resulten arbitrarios, se basen en elementos objetivos y se encuentren establecidos entre la contratista y la empresa principal respectiva. De igual forma, no serían consideradas arbitrarias las diferencias de remuneraciones entre dicho personal cuando las empresas principales exijan competencias especiales y diversas</p>
CITAS LEGALES	Ley N°20.438. Artículo 2 del Código del Trabajo
COMENTARIOS	Si bien el dictamen aplica con propiedad lo dispuesto en la Ley N° 20.348, no queda claro o no existe un pronunciamiento enfático respecto a qué sucede en estos casos con la aplicación

	<p>del principio de proporcionalidad. La igualdad en las remuneraciones es una manifestación de la garantía fundamental de la igualdad ante la ley, razón que permitiría justificar la aplicación del principio de proporcionalidad en éstos casos, lo mismo sucede a nuestro entender con los actos discriminatorios del artículo 2 del Código del Trabajo. No existe un pronunciamiento claro en ninguno de los dos sentidos.</p>
--	---

3. Resoluciones de los Tribunales de Justicia

FICHA N° 13	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique
ROL	T-26-2010
FECHA	4 de septiembre de 2010
PARTES	Ricardo Arellano Mamani con Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi
HECHOS	El dirigente sindical demandante de autos en conjunto a otros sindicatos dio comienzo a una movilización que duró varios días. Una vez depuesta la misma al intentar regresar el dirigente en cuestión, se le denegó el acceso a la faena minera.
DERECHOS	Señala que la conducta de la demandada

INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	constituye una práctica antisindical, según lo establece el artículo 289 del Código del Trabajo y la letra b) del artículo 291 del Código del Trabajo
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda.
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	No procede, toda vez que se ha demandado el reintegro a sus labores de dirigente sindical.
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°s 16 y 19 CPR. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Convenios N°87 y 98 de la OIT
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan.
COMENTARIOS	El juez ponderó el derecho de propiedad alegado por el empleador, versus la garantía

	<p>constitucional y legal de no discriminación y de ejercicio pleno del derecho a la sindicación. Al respecto señaló que la medida de separar al trabajador no fue proporcional, y al separarlo de sus labores incurrió en discriminación, al fundarse el despido en su condición de dirigente sindical.</p> <p>Señaló el juez que “la principal herramienta que poseen los trabajadores, el único mecanismo de contrapeso que tienen frente al empresario, para velar por sus derechos, son precisamente las asociaciones sindicales, conjuntamente con la negociación colectiva y el derecho a huelga, siendo ésta la razón por la que la mayoría de las leyes y tratados internacionales en materia laboral tienden a la protección irrestricta del derecho colectivo. De este modo, cualquier actuación empresarial tendiente a la limitación del pleno ejercicio del derecho a fundar sindicatos y de asociarse a él, deben ser sancionados por todos los órganos del estado...”</p>
--	---

FICHA N° 14	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Litueche
ROL	T-1-2010
FECHA	8 de octubre de 2010
PARTES	Agenor Bustamante Bustamante con Gusmar y Compañía Ltda
HECHOS	Como consecuencia de una denuncia del trabajador de autos se llevó a cabo fiscalización por parte de la Inspección del Trabajo, constatándose irregularidades como el no pago de horas extras y la no actualización del libro de asistencias, razón por la cual se cursó una multa a su empleador. Como consecuencia de dicha multa se indicó en autos que el empleador obligó al trabajador a realizar un trabajo para el cual no estaba capacitado, dada su condición de analfabeto. Al señalar su imposibilidad de realizar dicha tarea, fue despedido.

DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Vulneración de la garantía de indemnidad
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Seis meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 485 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	En los casos de garantía de indemnidad, o despido por represalias como consecuencia de la actividad fiscalizadora de la Inspección del Trabajo, no aplica la ponderación ni el principio de proporcionalidad en los términos que ha sido expuesto en este trabajo, puesto que la garantía de indemnidad no es un derecho fundamental que

	<p>sea necesario ponderar. A pesar de esto la sentencia constantemente razona sobre la lesión de un derecho fundamental, y no de una garantía legal cubierta por el procedimiento de tutela.</p> <p>En el caso de autos se busca establecer una conexión causal y temporal entre la actividad fiscalizadora y la desvinculación del trabajador; tomando como indicios de la vulneración, toda la documentación que acredita la concurrencia de la Inspección del Trabajo</p>
--	--

FICHA N°15	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Calama
ROL	T-10-2010
FECHA	9 de septiembre de 2010
PARTES	Eva Mendoza Barrios con Sociedad INSIDE Ltda
HECHOS	<p>La trabajadora en el caso de autos alegó que sufría malos tratos y hostigamiento de parte de su empleadora, lo que se traducía en expresiones descalificadoras en tono fuerte e inapropiado, y que todo esto sería constitutivo de maltrato. Como consecuencias de lo anterior se inició una investigación por la Inspección del Trabajo que verificó vulneración, pero dicho procedimiento se vio suspendido en etapa de conciliación por el despido de la actora. Los malos tratos alegados en la especie habrían provocado a la trabajadora estrés y depresión ansiosa</p>

DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad suica y la honra
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Acoge la demanda.
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Once meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 Nós 1, 4 y 5 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	Indemnización por daño moral
COMENTARIOS	El juez para determinar si procede la vulneración en el caso sub-lite, pone en la balanza la potestad de mando del empleador emanada de su derecho de propiedad versus la integridad sicológica de la actora. Así esgrime el siguiente parámetro: "Que, para que estemos frente a una vulneración a la integridad

	<p>psicológica de la denunciante es menester que exista un acto del empleador que importe un atentado directo, que la menoscabe en su condición de persona, que la ridiculice o estigmatice frente al resto de sus compañeros de trabajo.”.</p> <p>Para rechazar la vulneración del derecho a la honra realiza una interpretación restrictiva y errada tanto en el criterio como en el texto aludido, ya que limita su ámbito a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, estando lo relativo a la honra fuera del alcance de la tutela laboral, siendo que la honra se ubica en el 19 N°4 (que se tutela íntegramente) y lo que se restringe o se deja fuera es la “inviolabilidad del hogar” del N°5. Así la pretendida por algunos eficacia directa de la Constitución no recibe aplicación en la presente sentencia, tanto por error de texto como por fundamento de fondo (Considerando Octavo).</p>
--	---

	<p>En lo que al daño moral respecta no lo considera incluido en la indemnización del artículo 489, por tanto lo otorgó de forma adicional a ella, siendo así una expresión de la doctrina minoritaria en la materia.</p>
--	--

FICHA N°16	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique
ROL	T-11-2009
FECHA	21 de julio de 2009
PARTES	Nolvia Tapia Villalobos y otra con Sociedad Jeria HnosLtda
HECHOS	Las demandantes interpusieron una denuncia, por existir un supuesto maltrato de parte de los jefes a las empleadas, alegando que ellos habrían ocupado lenguaje inapropiado, insultos y agresiones constitutivas de violencia de género. Una vez constituida la Inspección del Trabajo en su labor fiscalizadora (donde corroboró lo antes dicho), se produjo el envío de la carta en que se comunica el despido a las actoras, sin siquiera esperar a que se pusiera

	término a la fiscalización.
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Vulneración de la garantía de indemnidad
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Once meses de la última remuneración mensual para cada trabajadora
CITAS LEGALES	Artículo 485 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan.
COMENTARIOS	Es preciso hacer una observación al razonamiento judicial de este fallo, que aplica el juicio de proporcionalidad con sus respectivos subjuicios – aspecto deseable y omitido en muchos fallos –, pero lo hace ponderando la garantía de indemnidad que no es un derecho

	<p>fundamental y que como se mencionó anteriormente, no es parte del ámbito de la ponderación. Sin perjuicio de esto dicha estructura de razonamiento dota de claridad a la argumentación judicial.</p> <p>La confusión se hace evidente puesto que la sentencia señala “lo razonado en el considerando decimonoveno de este fallo, atiende a que ante la colisión que surge entre derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empleador, se hace necesario aplicar el método de la ponderación, guiado por el principio de proporcionalidad, el cual a su vez opera a través de tres sub-juicios: el de adecuación, necesidad y proporcionalidad, en atención de los cuales no se observa razonablemente, para el caso de marras...” (Considerando Vigésimo).</p>
--	--

FICHA N°17	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Calama
ROL	T-13-2009
FECHA	26 de abril de 2010
PARTES	Manuel Peña con Inmobiliaria Casa Grande Ltda. y otro
HECHOS	Los trabajadores de la empresa demandada señalaron en su presentación que se encontraban en pésimas condiciones laborales. Ante esta situación se reunieron con el empleador directo sin resultados, por lo que el demandado se contactó con el gerente de la empresa mandante para informarle. Enterado su empleador directo de la situación habría convocado a una reunión en la cual supuestamente habría agredido física y verbalmente al trabajador, para posteriormente despedirlo

DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad física y síquica
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda.
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Diez meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	Si bien existe un razonamiento en torno a cómo los derechos fundamentales interactúan en el presente caso, es éste a todas luces exiguo e insuficiente: “Que, en el caso de marras, nos encontramos ante un conflicto de dos derechos por un lado el derecho a la integridad física y psíquica del trabajador y por otro la integridad física del

empleador, debiendo en este caso, dado los antecedentes, prevalecer el derecho del trabajador dado que su actuar fue en todo momento legítimo, y el actuar del empleador fue desproporcionado, ya que actuó en represalia por el reclamo efectuado por el trabajador.” (Considerando Vigésimo).

El análisis del conflicto de derechos fundamentales por parte del juez en el presente caso es incompleto, puesto que la integridad física del empleador no es el único derecho que entra en conflicto, incluso, se podría aseverar que tampoco es el más relevante. Lo importante en este caso más allá de determinar si la integridad física del empleador se vio lesionada, es establecer si su potestad de mando fue ejercida de manera proporcional, y determinar si dicho ejercicio fue idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto. Para determinar si existe o no conducta vulneratoria de derechos, no basta aseverar que la conducta del trabajador fue legítima, eso no es un

	<p>estándar para determinar si fue conculcado en sus garantías, razón por la cual se considera que la forma de plantear la problemática es incompleta y errada.</p>
--	---

FICHA N° 18	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta
ROL	T-18-2010
FECHA	08/10/2010
PARTES	Alfonso Palta Reygada con Tur Bus LTDA.
HECHOS	Trabajador alegó por vía de denuncia ante el ente fiscalizador cambio en sus funciones que le ocasionó un menoscabo económico y también por deudas pendientes que tenía la empresa para con el trabajador. Al no existir cumplimiento realizó una nueva denuncia, la cual retiró a petición del empleador, sin embargo, la entidad fiscalizadora concurrió igual, y por este motivo el trabajador fue despedido al día siguiente
DERECHOS INVOCADOS POR	Vulneración de la garantía de indemnidad

EL TRABAJADOR	
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Ocho meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 485 del Código del Trabajo. Artículo 19 N°s 3 y 26 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	La parte demandada deberá abstenerse de ejercer en lo sucesivo actos que constituyan represión al legítimo ejercicio de las acciones o reclamaciones administrativas de sus trabajadores.
COMENTARIOS	Pese a que la garantía de indemnidad es un derecho de fuente legal y como tal no está sujeto a ponderación como sí lo están los derechos fundamentales, este fallo identifica “su fuente mediata o indirecta en la garantía de tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 19 N° 3 y N° 26 de la Constitución Política de la República”. En lo

que a la indemnidad se refiere, se cita a José Luis Ugarte quien señala: “Es la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza (fundamentales específicos o inespecíficos, legales o contractuales), de resultas o como consecuencia de las actuaciones de organismos públicos en la materia, tanto judiciales como administrativos”

A su vez el tribunal recoge una opinión de doctrina comparada de la misma materia: “...vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalia empresarial distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos”

FICHA N° 19	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique
ROL	T-2-2009
FECHA	1 de junio de 2009
PARTES	Ismenia López con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique
HECHOS	La actora alega haber sido hostigada en su trabajo, situación que le habría ocasionado una depresión, situación que el despido agravó
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad síquica, derecho a la no discriminación
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN	Ocho meses de la última remuneración

ARTÍCULO 489	mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N° 1 de la Constitución. Convenio N° 111 de la OIT. Artículos 489 y 493 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	<p>El tribunal en el presente litigio aplica o cita de forma directa como norma <i>resolutoria Litis</i> el Convenio N°111 de la OIT, referido a la no discriminación en el empleo, en este caso para determinar que no existió discriminación en el caso de autos. Lo anterior nos parece tremendamente significativo y a nuestro entender conforme a lo desarrollado en este estudio es el camino a seguir por los tribunales, complementando lo resuelto y ocupando normas internacionales de trabajo para dirimir el conflicto.</p> <p>Por otra parte en lo que a la determinación</p>

	<p>de la vulneración del derecho fundamental a la integridad síquica respecta, no es posible observar referencia alguna a la ponderación ni al principio de proporcionalidad: “Documento que apreciado conforme la sana crítica, hace a esta Juez convicción suficiente para concluir que la actora fue vulnerada en su derecho a la integridad síquica, producto de actos lesivos ocasionados por la demandada, vulneración que producto del término de la relación laboral, no ajustado a derecho provoca una nueva vulneración de la integridad síquica de la actora”. El daño y su antecedente documental son necesarios para configurar la lesión, que el tribunal trata y dirime como una común y corriente y no una pugna entre garantías constitucionales</p>
--	---

FICHA N° 20	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique
ROL	T-2-2010
FECHA	24 de abril de 2010
PARTES	Manuel Muñoz con Minera Doña Inés de Collahuasi SCM
HECHOS	El actor alega que fue despedido junto a otros compañeros de trabajo, según él para ser perjudicados deliberadamente por la empresa por pertenecer a un determinado sindicato, y obtener con esto la desafiliación del mismo de otros trabajadores
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Libertad de trabajo, libertad de afiliación sindical
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	No se otorgan los montos porque al final del juicio el trabajador optó por la reincorporación a sus labores
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°s 16 y 19 de la Constitución. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Artículo 8 N°1. Artículos 2, 161, 489 y 493 del Código del Trabajo.
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	<p>Es pertinente señalar que en este juicio el actor y sus representantes situaron con el tenor de su demanda el debate en sede constitucional, ya que en su libelo desarrollaron la idea de que la conducta del empleador no satisfacía el principio de proporcionalidad por la vía de aplicar los subjuicios al caso particular.</p> <p>Lo anterior claramente colaboró a que la resolución por parte del juez en el caso se situara</p>

	<p>en idénticos términos: "... efectivamente desarrolló actividades discriminatorias con el actor, pues las actuaciones de la empresa fueron sin justificación suficiente, en forma arbitraria y desproporcionada, por lo que se concluye que el despido es discriminatorio basado en el hecho de la sindicación del trabajador".</p>
--	---

FICHA N° 21	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique
ROL	T-4-2008
FECHA	20 de febrero de 2008
PARTES	Fanny Olivares con RODAC S.A.
HECHOS	La actora en tres oportunidades denunció a su empleador por falta de escrituración de su contrato. Alega que el despido del cual fue objeto habría sido consecuencia de dichas denuncias
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Vulneración de la garantía de indemnidad
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN	Siete meses de la última remuneración

ARTÍCULO 489	mensual
CITAS LEGALES	Artículo 485 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	<p>Celebramos el presente fallo puesto que mediante una cita de doctrina (José Luis Ugarte) explica un tema que mediante este capítulo de análisis se ha reiterado en más de una oportunidad y que guarda relación con la confusión de la naturaleza de la garantía de indemnidad.</p> <p>La cita señala lo siguiente: "...a diferencia del resto de los derechos protegidos por la lista del artículo 485 del Código del Trabajo que están reenviados directamente al texto constitucional, es un derecho fundamental construido como una regla, y no como un principio. En efecto, la norma en cuestión tiene la estructura propia de una regla en cuanto fija de antemano las condiciones de</p>

	<p>aplicación de la misma: en las relaciones laborales, y cuando el trabajador haya ejercido una acción judicial o se haya producido una fiscalización de la Inspección del Trabajo, el trabajador tiene el derecho a no ser objeto de represalias de cualquier naturaleza..." "...a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales estructurados como principios - o sea el resto de los previstos en la acción de tutela-, la garantía de indemnidad no debe ponderarse ni balancearse con otros derechos, de modo tal, que nunca hay represalias justificadas o proporcionadas"</p>
--	--

FICHA N° 22	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó
ROL	T-4-2009
FECHA	3 de septiembre de 2009
PARTES	Luis Chacana con Silvia Guzmán
HECHOS	Trabajador alega que su empleadora supuestamente le adeudaría remuneraciones, feriados entre otros. Ante esta situación solicitó una fiscalización y al concluir esta el demandante fue separado de sus funciones
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Vulneración de la garantía de indemnidad
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Once meses de la última remuneración mensual

CITAS LEGALES	Artículos 485 y 493 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	<p data-bbox="619 730 1343 1339">Esta ficha demuestra lo señalado en la ficha N°21 en relación a la confusión existente en la sanción de la vulneración a la garantía de indemnidad, al considerarla como un derecho fundamental más, para efectos de determinar si fue una medida proporcional al fin; en lugar de entender su naturaleza de regla y verificar si en el caso se cumplen los supuestos que la generan y de ser positivo aquello, sancionarla.</p> <p data-bbox="619 1375 1343 1774">A continuación rescatamos los pasajes de la sentencia donde queda de manifiesto la confusión antes señalada: “Pues bien, se han aportado en autos elementos de convicción de los que emanan indicios suficientes y esenciales no sólo para sospechar la ocurrencia de la vulneración</p>

	<p>denunciada sino que además, sumados a la desidia demostrada por los requeridos, han sido determinantes para tener por asentada la infracción del derecho fundamental del actor a no ser objeto de represalia... ..ni mucho menos han explicado en estrados los fundamentos de la medida adoptada ni su justificación y proporcionalidad.” (Considerando Séptimo).</p> <p>“Que el despido de que fue objeto el actor con fecha 12 de marzo de 2009, por parte de los denunciados, ha lesionado gravemente y en forma desproporcionada su derecho a no ser objeto de represalias por haber ejercitado una acción de carácter administrativo” (Parte resolutive).</p>
--	---

FICHA N° 23	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique
ROL	T-5-2008
FECHA	16 de marzo de 2009
PARTES	Rogelio Andaur con BESALCO Ltda.
HECHOS	El demandado fue acusado de hurtar petróleo de la empresa donde trabajaba, situación que luego de una investigación realizada por la PDI se comprobó que no tuvo participación. Producto de estos hechos fue revisado en sus pertenencias delante de todos sus compañeros de trabajo y obligado a renunciar
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la honra
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Ocho meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°4 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	<p>Lo resuelto en este fallo deja de manifiesto el error en que incurrió el juez en el fallo de la ficha N° 15, que excluyó la honra como garantía amparada por el procedimiento de tutela.</p> <p>El actor en su libelo analizó los hechos a la luz del principio de proporcionalidad, pero el tribunal a la hora de resolver la vulneración no llevó a cabo el mismo razonamiento o por lo menos no lo exteriorizó, y se limitó a señalar lo siguiente, que a nuestro juicio resulta incompleto como fundamentación de una sentencia de tutela: "...es dable concluir que, el actor fue denostado públicamente, lo que sin lugar a dudas, representa</p>

	<p>una lesión a su honra y configura una desproporción en el ejercicio de las facultades del empleador demandado. Constituyendo la confección de la carta de renuncia por el empleador, además, una presunción grave en torno a que el trabajador fue presionado a firmar dicha carta.” (Considerando Decimosexto)</p>
--	--

FICHA N° 24	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó
ROL	T-7-2009
FECHA	26 de marzo de 2010
PARTES	Dirección del Trabajo con Casino Copiapó
HECHOS	En el proceso de negociación colectiva, al rechazar el sindicato la última oferta de la empresa, se inició huelga legal. Durante la huelga el sindicato alegó que la empresa habría reemplazado a los trabajadores en huelga
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Libertad sindical, derecho a negociar colectivamente, derecho a huelga
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	No procede
CITAS LEGALES	Artículos 381 y 387 del Código del Trabajo. Artículo 19 N°s 16 y 19 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	Los términos utilizados por el tribunal a la hora de resolver el conflicto de derechos fundamentales sometido a su conocimiento se aleja del principio de proporcionalidad y de la ponderación de los derechos fundamentales: “lo que en la práctica no sería más que una manera de burlar el derecho garantido constitucionalmente por el artículo 19 N° 16 y 19...“. Luego en la parte resolutive se señala que “existió lesión” de los derechos fundamentales objeto del conflicto; pero ni una referencia a un balanceo de derechos fundamentales existe en la sentencia

FICHA N° 25	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Arica
ROL	T-8-2010
FECHA	13 de julio de 2010
PARTES	Karen Campos con Transporte Aéreo S.A.
HECHOS	Trabajadora con licencia y fueron maternal fue supuestamente presionada firmar un finiquito en el cual se señala que habría renunciado, siendo que no existió siquiera carta de renuncia que le antecediere
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad física y síquica
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Ocho meses de la última remuneración mensual

CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	Si bien en este caso no existe una referencia expresa al principio de proporcionalidad ni a una ponderación o balanceo de los derechos fundamentales en el caso; sí es posible ver un acucioso razonamiento en torno a la conducta desplegada por el demandado de autos y el análisis de la misma se identifica en gran medida con el análisis propio de un conflicto de derechos fundamentales: “la obtención de la suscripción de tal documento, lo fue sin que la voluntad de la trabajadora estuviera exenta de todo hecho que obstaculizara la libre expresión de ella”. Aquí se determina qué conducta es la ilícita y de qué forma impide el ejercicio del derecho fundamental, luego se señala: “...la ausencia de la renuncia de la

	<p>trabajadora, la enfermedad que padecía... los que constituyen una vulneración efectiva de su integridad psíquica, en términos de no haber podido autodeterminarse y decidir por sí, y un menoscabo a su integridad física y psíquica por haber agravado su condición de salud mental.”. En lo recién enunciado se muestra cómo se lleva a cabo la vulneración. Finalmente señala el juez que los hechos desplegados por el demandado “fueron completamente innecesarios”. Así las cosas si bien existe un razonamiento elaborado y minucioso en torno a ver cómo la conducta afectó las garantías de la trabajadora, mejor hubiese sido aquello al alero del principio de proporcionalidad, pese a que el razonamiento en torno a la necesidad de la conducta se destaca como algo positivo en la sentencia.</p>
--	---

FICHA N° 26	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique
ROL	T-12-2009
FECHA	28 de septiembre de 2009
PARTES	Enrique Gatica con EMIN Ingeniería
HECHOS	Presidente de sindicato alega que el traslado del que fue objeto le impediría llevar a cabo sus labores de dirigente sindical, a su vez alegó que supuestamente no se le estaría brindando ocupación alguna, para así impulsarlo a renunciar
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad síquica
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN	No procede (hechos acaecidos durante la

ARTÍCULO 489	relación laboral)
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1 de la Constitución. Artículo 2329 del Código Civil
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	Indemnización por daño moral, se ordena otorgar el trabajo convenido al actor
COMENTARIOS	Destaca el texto del presente fallo por el otorgamiento de una indemnización por daño moral en sede de tutela, alejándose de aquella doctrina que considera este concepto incluido en la indemnización del artículo 489. A su vez es valioso por hacer un extenso desarrollo del concepto de <i>mobbing</i> o acoso laboral. Pese a lo anteriormente señalado nuevamente no es posible encontrar razonamiento alguno a la luz del principio de proporcionalidad, ni un atisbo de ponderación de garantías constitucionales a la hora de resolver el conflicto. El tribunal para tener por acreditada la lesión se ha valido únicamente de establecer un

	<p>nexo causal entre la conducta del empleador y el daño sufrido por el trabajador: “Ahora bien, al tenor de la prueba rendida por las partes, cabe concluir que existe un nexo entre el deterioro síquico del trabajador y la actitud contumaz del empleador en cuanto a no otorgarle el trabajo convenido...”</p>
--	---

FICHA N° 27	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena
ROL	T-13-2009
FECHA	14 de octubre de 2009
PARTES	XendaBastías con Lisbeth Opazo
HECHOS	Trabajadora declaró como testigo en juicio seguido por otra trabajadora en contra de su empleadora. Al día siguiente se cesó su contrato aduciendo la empleadora necesidades de la empresa
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Vulneración de la garantía de Indemnidad
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Ocho meses de la última remuneración mensual

CITAS LEGALES	<p>Artículo 5 del Convenio N°158 de la OIT.</p> <p>Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 485 del Código del Trabajo</p>
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	<p>No se dictan</p>
COMENTARIOS	<p>Sin perjuicio de que este fallo resulta novedoso por interpretar extensivamente el concepto legal de “ejercicio de acciones judiciales” y considerar que la declaración en calidad de testigo en un juicio se puede incluir en el mismo, celebramos a su vez y destacamos ya que se conecta de manera más directa al objeto de este estudio la cita de normas de derecho internacional del trabajo. Pese a esto cabe indicar que resulta llamativo que un juez señala expresamente un Convenio OIT como fundamento de la garantía de indemnidad pero que esté haciendo referencia a un</p>

	<p>Convenio que no ha sido ratificado por Chile; para evitar conflicto consideramos que hubiese sido preferible indicar expresamente que dicho Convenio no está ratificado por nuestro país (Considerando Séptimo).</p> <p>También hacemos presente que este fallo recoge la correcta doctrina para los casos de vulneración de la garantía de indemnidad, y la distingue de los derechos fundamentales: "... de acuerdo con lo que ha señalado la doctrina, la garantía de indemnidad está construida como una regla y no como un principio, de manera que no debe ponderarse ni balancearse con otros derechos."</p>
--	--

FICHA N° 28	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta
ROL	T-16-2010
FECHA	24 de septiembre de 2010
PARTES	Jorge Cabrera con Corporación Cultural de Antofagasta
HECHOS	Trabajadores fueron despedidos por la causal necesidades de la empresa, pero ellos alegan que la real causa de su despido fue haberse reunido en forma particular para planificar la creación de un sindicato
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Libertad sindical
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Seis meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 294 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	Si bien el despido por prácticas antisindicales es la expresión de una garantía fundamental, dados los términos normativos en que se ha regulado y la consagración expresa por parte del tribunal de su contenido y de los supuestos en que estamos ante una práctica antisindical, la aplicación de la regla en conformidad a la ley se muestra como suficiente para establecer la vulneración, y siguiendo la misma lógica de lo dispuesto para la garantía de indemnidad, no por el hecho de regirse por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales implica necesariamente el

	requerimiento de aplicar el principio de proporcionalidad
--	---

FICHA N° 29	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique
ROL	T-20-2010
FECHA	27 de agosto de 2010
PARTES	Duxann Pérez con Serviclínica S.A.
HECHOS	El trabajador alega que su empleador habría incurrido en conductas de acoso laboral en su contra. Lo anterior lo llevó a realizar una denuncia ante la Inspección del Trabajo. Pocos días después de realizada la denuncia el actor fue separado de sus funciones.
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad síquica y garantía de indemnidad
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN	Once meses de la última remuneración

ARTÍCULO 489	mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1 de la Constitución Política. Artículo 485 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	En este fallo no es posible identificar un razonamiento en torno a un conflicto de derechos fundamentales ni tampoco alusión alguna al principio de proporcionalidad como mecanismo de resolver dichos conflictos, en lo que a la integridad síquica respecta y a la decisión condenatoria de la misma. Luego de hacer una descripción fáctica de la conducta del empleador se limita el tribunal a mencionar que “la demandada lesionó el derecho fundamental del trabajador, relativo a su integridad síquica, por medio de agresiones recurrentes, por parte del gerente general de la empresa denunciada”, lo que en relación lo dispuesto en el

	artículo 493 del Código del Trabajo, parece a todas luces insuficiente.
--	---

FICHA N° 30	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique
ROL	T-21-2010
FECHA	20 de agosto de 2012
PARTES	Rolando Flores con Servicios De Mantención Minera
HECHOS	Trabajador víctima de un accidente de trabajo alega que su empleador le habría manifestado que cuando fuera a atenderse al Hospital reportara un accidente de carácter común y no laboral; lo anterior sería porque no existía un contrato de trabajo escriturado. De forma posterior al accidente el trabajador alega ser separado de sus funciones por no servir para el trabajo como consecuencia del accidente, y alega agresiones físicas de su ex empleador hacia su persona
DERECHOS INVOCADOS POR	Derecho a la integridad física

EL TRABAJADOR	
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Once meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	En este caso no es posible identificar el uso del principio de proporcionalidad por parte del juez a la hora de resolver el conflicto, tampoco existe atisbo alguno de intento de ponderación de garantías constitucionales. Lo anterior resulta problemático en este caso donde el origen de las lesiones del trabajador no provienen directamente de la acción de su empleador (es un accidente del trabajo y no una agresión directa de su parte la que

puso en riesgo su vida), sino que es más su omisión y su actitud a posteriori lo que se le imputa. Se puede violar o limitar un derecho fundamental a propósito de una omisión pero esto requiere de un análisis más detallado de las conductas desplegadas al cual no se realizó.

También es necesario hacer el alcance de la homologación que realiza el juez de la vulneración de la integridad física como derecho fundamental y la obligación legal de proteger eficazmente la vida de los trabajadores contenida en el artículo 184 (Considerando Duodécimo). Si bien el propósito de ambos es contribuir a salvaguardar el derecho a la vida se hace desde distintas ópticas (un derecho fundamental consagrado constitucionalmente y una disposición meramente legal en forma de regla que de ser infringida da origen a una multa administrativa). Desde nuestro punto de vista asimilar ambas normas genera una confusión y se presta para dejar de lado la ponderación en este

	tipo de hechos, como sucede en el caso de autos.
--	--

FICHA N° 31	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Calama
ROL	T-24-2010
FECHA	23 de noviembre de 2010
PARTES	Iván Molina con Instrumentación y Servicios S.A.
HECHOS	Trabajador alega haber sufrido acoso laboral en el ejercicio de sus funciones, todo a raíz de que se negó a trabajar manipulando una maquinaria cuya certificación de reparación supuestamente no se había realizado. Producto del acoso solicitó la actividad de la Inspección del Trabajo la cual llevó a cabo una mediación, pero señala que posteriormente se volvieron a reiterar las conductas lesivas.
DERECHOS	Garantía de indemnidad y derecho a la

INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	integridad síquica
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Ocho meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1 de la Constitución. Artículo 489 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	La empresa en un plazo de 48 horas deberá disponer el cese de las conductas atentatorias a la integridad psíquica del actor y evitar en el futuro acciones que importen vulneración al derecho a la indemnidad. Indemnización por daño moral. La empresa deberá establecer mecanismos para mejorar el clima laboral y capacitar a sus trabajadores en materia de derechos fundamentales. También deberá consignar en su reglamento interno un capítulo especial sobre

	derechos fundamentales.
COMENTARIOS	<p>A lo largo de la revisión de las sentencias se ha apreciado desde nuestro punto de vista un grado de incomprensión del principio de proporcionalidad y que es el tema central de estudios de este trabajo, no podemos dejar de señalar que este fallo adolece de errores que reflejan la incomprensión de los límites y alcances de la aplicación del procedimiento de tutela.</p> <p>El inciso séptimo del artículo 453 señala que “Cuando el demandado no contestare la demanda, o de hacerlo no negare en ella algunos de los hechos contenidos en la demanda, el juez, en la sentencia definitiva, podrá estimarlos como tácitamente admitidos.” Lo anterior no implica omitir la ponderación de los derechos fundamentales, solo tener por admitidos los fundamentos de hecho que sirvan de base a la ponderación. En este caso no sólo se ha omitido como en otros la ponderación, sino que también se</p>

	<p>han otorgado sendas indemnizaciones de daño moral y la que dispone el artículo 489, siendo que no ha existido despido en el caso y que los actos vulneratorios son durante la relación laboral; contraviniendo expresamente el artículo 489 que regula las indemnizaciones sólo a propósito de la terminación del contrato de trabajo</p>
--	--

FICHA N° 32	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Calama
ROL	T-37-2010
FECHA	25 de febrero de 2012
PARTES	Jessica Gutiérrez con Centro Médico y Oftalmológico del Norte
HECHOS	La trabajadora alega que supuestamente su jefe la habría insultado y le habría gritado delante de los pacientes que a esa hora se encontraban en el centro de salud. Indica que los hechos anteriores le habrían ocasionado una crisis nerviosa
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la honra y a la integridad síquica
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN	Ocho meses de la última remuneración

ARTÍCULO 489	mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°s 1 y 4 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	Como se ha visto en la mayoría de las resoluciones judiciales analizadas, el juicio de derechos fundamentales no termina siendo tal, no es posible apreciar una identificación de los derechos, su límite, y como los derechos en conflicto interactúan para determinar si ha existido una limitación indebida o decididamente una vulneración del mismo; por el contrario vemos que una y otra vez se transforma en un juicio fáctico común y corriente donde se describen los hechos que dieron origen a la denuncia y luego de reflexionar sobre la gravedad de los mismo se colige que existe una lesión de derechos fundamentales. En el presente caso lo vemos

	<p>expresado de la siguiente forma: "... a juicio de este sentenciador, la conducta desplegada... provocó efectiva lesión de la integridad física y psíquica y de la honra de la trabajadora, toda vez que, mediante gritos y contacto físico, se profirió insultos y hubo agresión que, en una mujer normal, ordinariamente provocan una alteración o afectación efectiva."</p>
--	--

FICHA N° 33	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel
ROL	T-2-2009
FECHA	30 de diciembre de 2009
PARTES	Marcela Droguett con Soc. Educativa Alberto Blest Gana
HECHOS	La trabajadora alega que desde su ingreso al sindicato habría sido víctima de hostigamientos y discriminaciones en su contra. Señala que se le habría privado de otorgarle el trabajo convenido.
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la no discriminación en el empleo, a la integridad síquica y a la honra
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN	No procede

ARTÍCULO 489	
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°s 1, 4 y 16 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	<p>Declaración pública y en el reglamento interno de que la referida empresa respeta en forma irrestricta el derecho de todo trabajador a la integridad psíquica y a su honra..</p> <p>Realización de jornada especial de reflexión sobre el tema de discriminación y a la que deberá convocar a todos los miembros de la comunidad escolar</p>
COMENTARIOS	<p>Una lesión de un derecho fundamental no solamente tiene un prisma monetario y por eso cabe destacar este fallo que conjuntamente con analizar la conducta en los términos de los subjuicios de proporcionalidad, dictamina medidas de reparación adicional. El tribunal señaló a propósito del conflicto de garantías constitucionales: "...ha de señalarse que los</p>

	<p>derechos no son absolutos pues los mismos reconocen como límite el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales, lo que no implica que esté autorizada su afectación en términos esenciales. Ahora bien, para determinar si la afectación lo ha sido en los términos dispuestos por el constituyente, es necesario (sic) la realización del juicio de ponderación. Al respecto, ha de señalarse que la ley ha dotado al empleador del poder de dirección y de disciplina, esto es la facultad de dirigir y mantener el orden dentro de la empresa. Estos poderes reconocen su fundamento en el derecho constitucional de propiedad y en la libertad para desarrollar cualquier actividad económica razón por la cual resulta de vital importancia la ponderación de todos los derechos involucrados. En este orden de cosas ha de concluirse que en la especie no ha existido ni adecuación, ni necesidad ni menos proporcionalidad en la medida adoptada por la</p>
--	---

	<p>empresa toda vez que el empleador pudo haber adoptado otra medida que le permitiera lograr el fin que pretendía, pero de manera legítima. Asimismo, ha de señalarse que la medida adoptada por la empresa no ha sido ni racional, ni proporcionada al fin previsto por el empleador.”</p>
--	--

FICHA N° 34	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel
ROL	T-2-2010
FECHA	16 de junio de 2010
PARTES	Javiera Peña con Escuela Diferencial 192 Gabriela Mistral
HECHOS	Profesora alega que supuestamente habría sido víctima de acoso sexual por parte de su empleador. Todo esto le habría desencadenado

	una neurosis laboral
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad física y síquica, derecho a la honra y a la vida privada
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	No procede
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°s 1 y 4 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	Indemnización por daño moral
COMENTARIOS	Es llamativa la suerte de compensación que podemos ver en este caso, ya que como la terminación de la relación laboral fue por la vía de la renuncia, la magistrado deniega la indemnización del artículo 489, pero establece una indemnización por daño moral para reparar el daño

	<p>causado, fundándola en el inciso 3 del artículo 495 “incluidas las indemnizaciones que procedan”. (Considerando Vigésimo Primero).</p> <p>Si bien esta sentencia no razona expresamente en los términos del principio de proporcionalidad, sí lleva a cabo la delimitación de los derechos fundamentales en juego, determina su contenido y razona en torno a cómo estos han sido afectados en el caso de autos por la conducta del empleador. Si bien no en el lenguaje de la ponderación, sí se razona y argumenta en sede constitucional, lo que dota de más sentido acorde al procedimiento en que nos situamos al contenido de la sentencia</p>
--	---

FICHA N° 35	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso
ROL	T-6-2010
FECHA	18 de junio de 2010
PARTES	Carolina Castro y otra con La Gula Ltda
HECHOS	Dos trabajadoras alegan que su empleador supuestamente las habría insultado, agredido físicamente y que las acusó de hurtar en el local donde trabajaban
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad física y síquica
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN	Seis meses de la última remuneración

ARTÍCULO 489	mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	<p>Sin duda alguna en el presente caso está totalmente ausente la dimensión constitucional del conflicto de derechos fundamentales, al no existir referencia alguna a la proporcionalidad de la conducta ni a los derechos fundamentales que constituyen el litigio. Evidencia de lo anterior es la forma en que da por acreditada la lesión de la integridad física y síquica la magistrado:</p> <p>“ha quedado probado que don Osvaldo César Márquez era un hombre violento, que trataba en términos soeces a las demandantes, constitutiva de violencia psicológica, y también les daba malos tratos físicos a éstas, de tal manera que se les lesionó el derecho a la integridad física</p>

	<p>y psíquica, con las siguientes pruebas:" (Considerando Séptimo). Una vez enumerados los documentos adjuntados por las demandantes concluye: "con lo expuesto, se acogerá la demanda de tutela laboral".</p>
--	--

FICHA N° 36	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso
ROL	T-24-2010
FECHA	12 de octubre de 2010
PARTES	Inspección del Trabajo con París Administradora Norte
HECHOS	La empresa denunciada en el contexto de una investigación interna para determinar la existencia de un delito por parte de una trabajadora, se habría arrogado facultades policiales al realizar preguntas personales y de índole familiar a la trabajadora
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la honra y derecho a la intimidad
DECISIÓN DEL	Se acoge la denuncia

TRIBUNAL	
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	No procede
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°4 de la Constitución Política
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	<p>La empresa deberá, cesar inmediatamente con la práctica de incluir en sus investigaciones internas entrevistas a sus dependientes en las que se les inquiera sobre información de carácter personal y familiar, debiendo, además transparentar e informar el procedimiento de auditoría interna, de manera que no constituya un procedimiento pre policial que vulnere los derechos de los trabajadores.</p> <p>La empresa deberá realizar una declaración en orden a que la referida empresa respeta en forma irrestricta el derecho a la honra y vida privada de todo trabajador</p>
COMENTARIOS	En esta sentencia es posible apreciar la

aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos fundamentales a la hora de resolver el conflicto.

No parece ser casualidad que el litigante sea la Inspección del Trabajo, ya que los términos en que fue planteada la denuncia sitúa la discusión como una de carácter constitucional. En este sentido señala el tribunal: “Se ha sostenido en doctrina que, “el empresario no podrá llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere (la ley) intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, por lo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental tendrá que supeditarse a la estricta observancia del “principio de proporcionalidad” o “necesario equilibrio” entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional”. (Considerando Undécimo). En el considerando

	undécimo señala que la colisión del derecho a la honra del trabajador es principalmente con el derecho a la información del empleador (Considerando Doudécimo)
--	--

FICHA N° 37	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso
ROL	T-41-2009
FECHA	25 de enero de 2010
PARTES	Ramón Salazar con Carnes Santa Ana
HECHOS	Trabajador alega que habría sido infundadamente acusado de robar mercadería por parte de su empleador. La imputación habría sido realizada 48 horas después de los supuestos hechos, alega haber sido retenido por su empleador y haber sido compelido a firmar una carta de renuncia o en caso contrario se llamaría a Carabineros. El trabajador se negó a firmar la renuncia
DERECHOS INVOCADOS POR	Derecho a la honra

EL TRABAJADOR	
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Ocho meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°4 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	Pese a ser el mismo tribunal que dictó la sentencia de la ficha N° 36 , vemos que el criterio es disímil. Cabe hacer la salvedad que esta sentencia fue dictada por una distinta magistrada, por lo que eso explicaría que ante una misma situación se utilicen distintos criterios de resolución. Este fallo sigue la tendencia general de los analizados en este estudio, donde la proporcionalidad no es mencionada, la

	<p>ponderación no es realizada pero sin embargo es posible apreciar que para determinar que se lesionó el derecho fundamental alegado, se razona en torno a que la actitud del empleador fue desmedida e innecesaria a raíz del análisis de los hechos en el Considerando Séptimo, lo que dota de cierto contenido constitucional a la sentencia pero desde nuestro punto de vista insuficiente, ya que no delimita el ámbito del derecho, de qué manera colisionaron y porque finalmente la afectación es ilegítima constitucionalmente hablando.</p>
--	--

FICHA N° 38	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso
ROL	T-55-2009
FECHA	24 de febrero de 2010
PARTES	Inspección del Trabajo con con Sociedad de Inversiones Hoteleras y Turísticas ANKARA
HECHOS	Trabajador alega que supuestamente habría sido víctima de hostigamiento por parte de su empleador, que según lo que manifiesta en su libelo consistieron en rebajarlo de jerarquía, someterlo a presiones excesivas y no concordantes con el resto de los trabajadores. Señala que toda esta situación le habría generado un estado depresivo
DERECHOS INVOCADOS POR	Derecho a la integridad física y síquica

EL TRABAJADOR	
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	No procede
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1 de la Constitución Política
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	Se ordena a la empresa denunciada el cese inmediato de las conductas lesivas a los derechos fundamentales indicados, esto es, que se otorgue al mencionado trabajador el trabajo convenido de Jefe de Mantención del Hotel, con el personal que tenía a su cargo y que cesen los excesivos controles a que fue sometido
COMENTARIOS	No es posible en este juicio identificar elementos que den cuenta de una ponderación de derechos fundamentales por parte del tribunal o de la aplicación del principio de proporcionalidad, pese a que se detalla cómo la conducta

	<p>desplegada por el empleador lesionó al trabajador, nos parece insuficiente y se le asemeja a un juicio fáctico de aplicación de reglas y no de ponderación de principios como debiese ser el de tutela.</p>
--	--

FICHA N° 39	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso
ROL	T-56-2010
FECHA	14 de enero de 2011
PARTES	Elizabeth Contreras con Santa Isabel Administradora
HECHOS	Trabajadora etiquetó un producto de fiambrería con un valor inferior al de mercado, y procedió a entregarlo a otro trabajador que se encontraba comprando. En la caja se percataron de la diferencia. La circunstancia anterior no fue discutida en el juicio, sí la connotación de la misma, toda vez que la trabajadora la atribuyó a un error y la empresa a un hecho delictivo. La empresa llamó a carabineros quienes procedieron a esposar y a detener a ambos trabajadores y sacarlos de las dependencias del supermercado a

	la vista de clientes y compañeros de trabajo
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la honra
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Ocho meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°4 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	La empresa deberá publicar en lugares visibles del local donde sucedieron los hechos y de acceso a los trabajadores que allí se desempeñen, como comedores y vestuarios, copia de esta sentencia, además de una carta de públicas disculpas a la actora
COMENTARIOS	La magistrado Ximena Cárcamo nuevamente vuelve a dar aplicación al principio de proporcionalidad en materia de tutela, siendo de

los pocos magistrados en el país que resuelven estos conflictos en dichos términos. En el presente caso comienza por identificar el derecho fundamental en conflicto, definirlo al alero de la doctrina constitucional, y analiza si la limitación realizada por el empleador cumple o no con el estándar de proporcionalidad, test que no aprobó dicha conducta lo que derivó en una sentencia condenatoria.

En estos términos la magistrado destaca el sitial de los derechos fundamentales: “Los derechos fundamentales constituyen, la expresión jurídica más tangible y manifiesta de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad. Siendo su categorización de "fundamentales" una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona. Los derechos fundamentales se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan

	<p>y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero "status jurídico" para los mismos, irrenunciable e irreductible. De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluri direccional."</p>
--	---

FICHA N° 40	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso
ROL	T-62-2009
FECHA	19 de marzo de 2010
PARTES	Isabel Rivera con Vida Tres
HECHOS	Trabajadora a consecuencia de una irregularidad acaecida mientras se encontraba fuera de la empresa por enfermedad, se le imputó una irregularidad y habría sido sometida a pericias caligráficas sin su consentimiento. Antes de conocerse los resultados de dicha investigación fue despedida por los mismos, lo que le generó un cuadro depresivo.
DERECHOS INVOCADOS POR	Derecho a la integridad física y síquica y derecho al honor

EL TRABAJADOR	
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Siete meses de la última remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°s 1 y 4 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	<p>Importante es apuntar la reducción o delimitación del conflicto que lleva a cabo la magistrada en esta causa, limitando a los hechos que con ocasión del despido hayan sucedido, sin tomar en consideración circunstancias previas:</p> <p>“Que, tratándose la presente acción de una de tutela laboral con ocasión del despido, no resultan atendibles los hechos o actos que pudieron acontecer durante la vigencia de la relación laboral</p>

entre las partes, por cuanto ha sido la actora quien ha denunciado la violación de sus derechos fundamentales, a la integridad física y psíquica y a la honra, ocurrida con ocasión del despido, en consecuencia, esta sentenciadora no ponderará ni evaluará los hechos, circunstancias y pormenores que hubieren ocurrido mientras se encontró vigente el vínculo (sic) contractual entre las partes, sin que únicamente los que se derivan del despido sufrido por la demandante.” (Considerando Décimo)

En lo que a la aplicación del principio de proporcionalidad respecta, no se da en el presente caso, no existió ponderación de derechos fundamentales por parte de la magistrada, sino que solamente analizó la gravedad de los hechos imputados y a raíz de eso determinó que los derechos constitucionales de la actora fueron lesionados: “a la luz de los medios probatorios allegados al proceso, es dable concluir que los hechos imputados a la actora... lesionan

	<p>manifiestamente su derecho a la honra, puesto que la circunstancia de involucrarla aunque sea de una manera indirecta... ha atentado en contra del derecho al honor de la trabajadora (Considerando duodécimo). “Que, del mismo modo, a raíz de la situación vivida por la actora, y fundamentalmente a consecuencia de su desvinculación... circunstancias que han afectado sensiblemente su autoestima y su salud tanto física como psíquica, toda vez que se encuentra atravesando por una depresión mayor...” (Considerando Décimo Tercero). Así las cosas vemos que más que una ponderación se lleva a cabo una constatación de circunstancias que se asimilan a ciertos derechos fundamentales.</p>
--	--

FICHA N° 41	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso
ROL	T-291-2010
FECHA	30 de diciembre de 2010
PARTES	Juan Correa con Tecnología de Procesos Industriales Chile
HECHOS	Trabajador alega haber sufrido un acoso laboral y discriminación por parte de su empleador, el cual se fundamentaba en la negativa a enterar las comisiones de ventas que consiguió. En este contexto el trabajador fue rebajado de gerente a vendedor, y se le cambió el vehículo el cual fue asignado por uno de inferior calidad. Indica que estos hechos, que terminaron finalmente en la terminación de su contrato de trabajo, le produjeron una fuerte depresión
DERECHOS	Derecho a la no discriminación en el

INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	empleo, a la integridad física, síquica y a la honra
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se rechaza la demanda
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	No se otorga
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°s 1, 4 y 16 de la Constitución. Artículo 163 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	Si bien la reclamación hecha por el actor fue de la vulneración de su derecho constitucional a la no discriminación en el empleo y de lo dispuesto en el artículo 2 del Código del Trabajo, el razonamiento del tribunal para rechazarla se basa únicamente en lo dispuesto en el Código Laboral relativo a los actos discriminatorios. Si bien ambas

normas tienen su corolario en la igualdad ante la ley, cabe preguntarse si representan exactamente lo mismo y si se debe resolver de idéntica manera. O dicho de otra forma, si es que hay que ponderar cuando se alega discriminación según el artículo 19 N°16 y se debe resolver como una regla cuando es del artículo 2, o si un acto discriminatorio del artículo 2° se debe ponderar con un derecho fundamental del empleador. Desde nuestro punto de vista ambas normas requieren ser resueltas mediante la ponderación, toda vez que la no discriminación no es más que una expresión concreta del derecho a la igualdad ante la ley en el empleo, y en ese carácter ponderable con las otras garantías, solución contraria a la del tribunal en este caso.

De esta forma resolvió el tribunal el conflicto de derechos fundamentales: "...conforme dispone el inciso cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, son actos de discriminación: "las

	<p>exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación , definición de la cual, y de acuerdo a lo razonado, no resulta posible colegir la efectividad de las conductas sindicadas como vulneratorias de derechos fundamentales (hostigamiento y acoso), por lo que sólo cabe concluir, que no existió acto atentatorio”</p> <p>(Considerando Séptimo)</p>
--	---

FICHA N° 42	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (1°)
ROL	T-28-2014
FECHA	21 de abril de 2014
PARTES	Francisco Zamorano Flores con Saint Louis School Maipú
HECHOS	Trabajador denuncia que su despido sería una consecuencia directa de que unas semanas antes a la terminación, se afilió a un sindicato de la denunciada
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Libertad de trabajo, igualdad ante la ley (protección ante actos discriminatorios)
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Rechaza la demanda
INDEMNIZACIÓN	No se otorga

ARTÍCULO 489	
CITAS LEGALES	Artículo 19 N° 16 de la Constitución, artículo 2 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	El juez a la hora de rechazar la acción de tutela, se limita a señalar su apreciación de las circunstancias fácticas del caso, en primer lugar relatando los hechos para posteriormente expresar que lo sucedido no constituye desde su punto de vista la vulneración alegada. No es posible apreciar un análisis acabado de las garantías invocadas, su núcleo esencial, y cómo las actividades desplegadas por el empleador en uso de sus facultades resultan proporcionales para el fin propuesto, y no afectan la esencia de los derechos del trabajador

FICHA N° 43	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta
ROL	T-7-2014
FECHA	21 de abril de 2014
PARTES	Diela Álvarez Ortega con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta
HECHOS	Funcionaria de la institución demandada alega que con ocasión de no serle otorgado un cargo al cual postuló y desde su perspectiva era idónea para realizar, se habrían conculcado las garantías constitucionales que se mencionan en el siguiente apartado
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad síquica, derecho a la honra e igualdad ante la ley (derecho a no ser víctima de actos discriminatorios)
DECISIÓN DEL	Rechaza la demanda

TRIBUNAL	
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	No procede (hechos dentro de la relación laboral)
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°s 1 y 4 de la Constitución, artículo 2 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	Pese a que este caso comienza razonando en un lenguaje pertinente (señala expresamente que las conductas fueron desplegadas en ejercicio de la potestad de dirección del empleador) finalmente adolece de fundamentación suficiente. El razonamiento de este caso no posee la profundidad deseada (no analiza individualmente los derechos fundamentales que en cada una de las conductas intervienen, ni lleva a cabo un análisis conforme al

	principio de proporcionalidad para cada una de las conductas, limitándose a declarar que las pruebas no son lo suficientemente contundentes para demostrar que existió una vulneración
--	--

FICHA N° 44	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena
ROL	T-14-2014
FECHA	1 de agosto de 2014
PARTES	Inspección Provincial del Trabajo con Sociedad Comercial La Elegante Ltda.
HECHOS	Trabajador denuncia que su despido sería una consecuencia directa de que unas semanas antes a la terminación, se afilió a un sindicato de la denunciada
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la honra y a la intimidad
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN	No procede (hechos acaecidos durante la

ARTÍCULO 489	relación laboral)
CITAS LEGALES	Artículo 19 N° 4 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	<p>La denunciada deberá disponer una capacitación sobre derechos fundamentales a todos sus trabajadores.</p> <p>Deberá incluir en su Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad un capítulo relativo a los medios de control audiovisual, dando cumplimiento al Ord. N°2328/130 de la Dirección del Trabajo, excluyendo expresamente la posibilidad de vigilancia a los trabajadores</p> <p>Deberá incluir en el mismo Reglamento un capítulo relativo al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores</p> <p>La presente sentencia deberá publicarse en su texto íntegro en el Diario Mural de la empresa denunciada</p> <p>Se condena a la demandada al pago de</p>

	una multa equivalente a 40 UTM
COMENTARIOS	<p>En el presente caso el juez de la causa describe los hechos que se tienen por acreditados, sin realizar análisis alguno respecto a las garantías constitucionales que se encuentran en juego, tampoco señala en qué medida la actividad vulnera derechos fundamentales. La siguiente cita corresponde al análisis de vulneración que lleva a cabo el magistrado en la sentencia: “los hechos que se tuvieron por establecidos en el considerando precedente son, a todas luces, vulneratorios de la honra del trabajador, en especial en cuanto fue sindicado por el representante de la denunciada como “corrupto y coimero” frente a otros compañeros de trabajo, lo que no requiere de mayor análisis.”. Desde el punto de vista de este trabajo resulta un análisis a todas luces insuficiente, y grafica en gran medida los problemas de fundamentación que las causas en</p>

	que se confrontan derechos fundamentales adolecen
--	--

FICHA N° 45	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (1°)
ROL	T-615-2013
FECHA	4 de marzo de 2014
PARTES	Eliett Pérez Arias con Casino Chile S.A.
HECHOS	La actora denuncia que su superior jerárquico habría llevado a cabo acciones de hostigamiento en su contra, que la habrían afectado severamente provocándole un trastorno adaptativo mixto laboral
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Integridad física y síquica
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda
INDEMNIZACIÓN	Siete remuneraciones mensuales

ARTÍCULO 489	
CITAS LEGALES	Artículo 19 N° 1 de la Constitución
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	<p>La sentencia aludida luego de describir el derecho a la integridad física y síquica, señaló que la conducta realizada por el empleador era de carácter grave para pasar posteriormente a enunciar: “en autos, los hechos que se han como acreditados en el considerando décimo configuran una situación más que indiciaria de la vulneración alegada, se acreditó entonces la teoría del caso de la demandante, pues esta no era otra que la existencia de una vulneración por parte de la empleadora.”. Entendemos que la verificación de la lesión de un derecho fundamental requiere una actividad argumentativa superior a la antes expuesta, guiada por el</p>

	<p>principio de proporcionalidad, y no solamente limitarse a decir que los hechos se condicen con la teoría del caso.</p>
--	---

FICHA N° 46	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (1°)
ROL	RIT T- 71-2009
FECHA	1 de febrero del 2010
PARTES	Eduardo Botto con Leo Burnett Worldwide Investments Inc
HECHOS	Ejecutivo que ejercía el cargo de Presidente de la compañía demandada de autos, alega que el despido intempestivo del cual fue objeto habría sido vulneratorio de sus derechos fundamentales
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad síquica y a la honra
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Rechaza la demanda
INDEMNIZACIÓN	No se concede

ARTÍCULO 489	
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1 y 4 de la Constitución Política. Artículo 485 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	No se dictan
COMENTARIOS	<p>El juez de la instancia señala que cuando exista una colisión entre las potestades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores es necesario efectuar el examen de proporcionalidad, y este examen deberá llevarse a cabo a partir de la aplicación de los subjuicios que emanan del principio de proporcionalidad, siendo la desproporción del empleador que lesiona uno o más derechos fundamentales, una señal inequívoca de lesión (Considerando Décimo).</p> <p>Luego, en atención a las máximas de la experiencia concluye que la conducta desplegada por el empleador está en el marco de sus</p>

	facultades de dirección, lo cual le impide llevar a cabo un ejercicio ilegal y desproporcionado (Considerando Undécimo y Décimo Tercero).
--	---

FICHA N°47	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2°).
ROL	T-60-2009
FECHA	30 de enero del 2010
PARTES	Camilo Muñoz con Calvo Climatización S.A.
HECHOS	El trabajador alega que su empleador lo habría despedido por motivos discriminatorios, producto de la información obtenida en el certificado de antecedentes. El actor fue separado de sus funciones sin aviso, ni causal.
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	No discriminación arbitraria.
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Seis remuneraciones mensuales
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°2 de la Constitución. Artículos 2°, 5° y 485 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	El empleador deberá excluir del reglamento de la empresa, la obligación de los trabajadores de acompañar certificado de antecedentes.
COMENTARIOS	Ante esta colisión de derechos, el tribunal resuelve que debe primero consultarse en la legislación si existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por vía de la subsunción. La respuesta a dicha interrogante es negativa. Por lo tanto, corresponderá aplicar el principio de la proporcionalidad, a través de esta valoración se busca establecer que la limitación al derecho fundamental del trabajador sea racional, no desproporcionada, que se pueda justificar tanto el objetivo de la medida como sus efectos.

	<p>Esta perspectiva de análisis es novedosa para nuestro estudio, ya que agrega una fórmula distinta para justificar la aplicación de la proporcionalidad: según este fallo, la ausencia de norma que resuelve el conflicto es un paso necesario para poder aplicar la proporcionalidad, que solo opera ante la ausencia de norma decisoria.</p> <p>Si bien valoramos la aplicación del mecanismo, la forma de justificarlo parece preocupante, reconocer que un procedimiento dedicado especialmente a resolver conflictos de derechos fundamentales no tiene una norma legal resolutoria, parece ser un problema mayor, pero desde nuestro punto de vista dicha conclusión corresponde a una errada interpretación del artículo 485, el cual reconoce de manera inequívoca la vigencia del principio de proporcionalidad en este procedimiento.</p>
--	---

FICHA N° 48	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2°).
ROL	T-33-2009
FECHA	28 de diciembre del 2009
PARTES	Andrea Correa con Hipermercado Líder San Pablo Limitada
HECHOS	La trabajadora de autos alega que su empleador habría incurrido en conductas de hostigamiento laboral, interrogándola durante dos horas en una oficina, encerrada en dicho lugar y que habría sido maltratada psicológicamente en dicho procedimiento.
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la integridad, física, síquica, a la honra, vida privada y libertad de trabajo.
DECISIÓN DEL	Se acoge la demanda por tutela laboral.

TRIBUNAL	
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Once meses de la última remuneración mensual.
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°1, 4 y 5 de la Constitución Política. Artículo 485 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	La demandada deberá abstenerse de ejecutar el procedimiento de investigación cuestionado en este proceso; incluir en Reglamento Interno una referencia expresa y explícita, relativa a la prohibición de efectuar interrogatorios destinados al establecimiento de responsabilidades disciplinarias, por personal que no sea jefatura inmediata, en todo caso, este deberá ser respetuoso de la dignidad del trabajador y de sus derechos fundamentales y que el trabajador podrá solicitar la presencia de miembros del comité paritario, de algún dirigente sindical del sindicato.

COMENTARIOS	<p>El tribunal estima conveniente el establecimiento de un sistema de resolución de conflictos que sea conocido por los justiciables, para que estos puedan saber cómo se llega a la decisión que resuelve su contienda. Para aquello analiza los subprincipios del principio de proporcionalidad, y resuelve favorablemente en razón de este criterio.</p> <p>Esta solución reconoce el complejo normativo que está envuelto tras la idea de ponderar derechos fundamentales, pero nuevamente al igual que el fallo tratado en la ficha anterior, establece como premisa para recurrir a la proporcionalidad, la inexistencia de una norma que resuelva el conflicto, solución que no compartimos, pese a que se valora el empleo de la ponderación por el juez de la contienda.</p>
-------------	---

FICHA N° 49	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó
ROL	T-1-2008
FECHA	15 de septiembre del 2008
PARTES	María Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos.
HECHOS	La trabajadora dentro de las conversaciones que mantuvo desde los equipos comunicacionales de la empresa, vía <i>messenger</i> , desde su cuenta personal de correo electrónico, comentó puntos propios del giro de ambas empresas fiscalizadora – fiscalizada, información que fue obtenida sin su consentimiento, y resultó fundante de su despido.
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a toda forma de comunicación privada.
DECISIÓN DEL	Se acoge la demanda

TRIBUNAL	
INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	Siete meses de remuneración mensual
CITAS LEGALES	Artículo 19 N°5 de la Constitución. Artículo 485 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	La empresa deberá incluir en su reglamento interno una regulación expresa relativa a las condiciones, frecuencia y oportunidad del uso de los medios de comunicación electrónicos que proporciona
COMENTARIOS	Se ha impuesto el método de la ponderación guiado por el principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual, a criterio del tribunal consiste básicamente en pesar los derechos y bienes en juego, persiguiendo que cada derecho se sacrifique por el otro en la menor medida posible y sólo en la medida que ese sacrificio sea racional y no afecte el ya mencionado núcleo

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

FICHA N° 50	
TRIBUNAL	Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2°)
ROL	S-32-2011
FECHA	4 de junio de 2012
PARTES	Sindicato de Trabajadores con Starbucks Coffee Chile Sociedad Anónima
HECHOS	El sindicato de la empresa alega que existirían prácticas antisindicales en el contexto de una negociación colectiva, lo que evitaría que los trabajadores participen y se afilien voluntariamente al sindicato
DERECHOS INVOCADOS POR EL TRABAJADOR	Derecho a la libertad sindical
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Se acoge la demanda por práctica antisindical

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 489	No procede
CITAS LEGALES	Artículo 485 del Código del Trabajo
MEDIDAS DE REPARACIÓN ADICIONAL	<p>Informar a toda la planta ejecutiva la prohibición de entrometerse en la negociación colectiva.</p> <p>Enviar a todos sus trabajadores una comunicación escrita, en la que deje constancia que la vencida se compromete a respetar la libertad sindical, que, en consecuencia, pueden afiliarse al sindicato y participar en la negociación colectiva, todos los trabajadores con contrato vigente; y que el hecho de afiliarse al sindicato y negociar colectivamente no tendrá consecuencias negativas de ninguna naturaleza l en la prestación de sus servicios.</p> <p>Realizar, dentro de un plazo de seis meses, una capacitación a los gerentes sobre la “libertad</p>

	sindical”,
COMENTARIOS	<p data-bbox="619 562 1343 1518">El tribunal estima que es deber propender a que el derecho fundamental de la libertad sindical sea protegido en su máxima expresión como criterios de optimización y sus limitaciones sean analizadas a la luz de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, por ser derechos que el sistema ha considerado de primer orden. Este procedimiento se limita a la protección de los derechos fundamentales llamados en doctrina como “específicos” de la relación laboral y tienen una relevancia internacional al estar consagrados internacionalmente en los Convenios OIT N° 87 y 98 y otros instrumentos, formando parte del patrimonio jurídico de la humanidad, que los reconoce como fundamentales.</p> <p data-bbox="619 1563 1343 1738">Como se trata de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, es lógico, a juicio del tribunal, la aplicación del principio de proporcionalidad,</p>

	en razón del Código del Trabajo.
--	----------------------------------

4. Conclusiones del estudio de resoluciones (administrativas y judiciales)

1) El reconocimiento del principio de proporcionalidad está consolidado en la jurisprudencia administrativa. Las resoluciones administrativas analizadas –tanto aquellas que son consecuencia de procesos de fiscalización como aquellas que buscan de manera más general interpretar la normativa– dan cuenta de que la Dirección del Trabajo por medio de sus resoluciones ha sido pionera en la materia, y a través de una construcción argumentativa sólida basada principalmente en la aplicación del principio de proporcionalidad, ha dado vigencia a los derechos fundamentales en la relación laboral por medio de sus pronunciamientos. Esta labor se viene desarrollando con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.087, y sin duda alguna fue una influencia decisiva en la dictación del procedimiento de tutela, como queda de manifiesto en el Mensaje de dicha ley. Esta decisión mostrada a la hora de

abogar por el respeto y protección de la esfera constitucional del trabajador no ha sido recogida en materia de jurisprudencia judicial con la intensidad que se hubiese esperado a la hora de empezar a regir la tutela laboral en Chile, como se verá más adelante a propósito de la jurisprudencia judicial.

2) La eficacia mediata o indirecta como la posición reconocida y aceptada por los tribunales de justicia. Si bien el dictamen ORD. N° 3448/168 de la Dirección del Trabajo de fecha 12 de septiembre de 2001 se pronuncia expresamente a favor de la eficacia directa o inmediata, es claro que en nuestro derecho la teoría que se impone es la de la eficacia mediata o indirecta. Manifestación de aquello es el tenor del artículo 485 del Código del Trabajo que señala expresamente cuáles derechos son tutelados por el procedimiento de derechos fundamentales. En el mismo sentido lo hace el artículo 20 de la Constitución para el Recurso de Protección. En esta misma línea el fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama Rol T-10-2010 de fecha 9 de septiembre de 2010 que rechaza la vulneración de un derecho fundamental por no estar incluido dentro de los tutelados por el artículo 485 (en este sentido la jurisprudencia es unívoca), no existe fallo alguno objeto de este estudio –tanto los vistos de forma preliminar como los que definitivamente se incluyeron en este capítulo– que haya acogido un derecho no expresamente

contemplado en el artículo 485. Así las cosas para la concreción de la tutela judicial de un derecho fundamental en Chile, siempre será necesario el desarrollo legal previo por lo general adjetivo, que otorgue una vía al particular que expresamente le permita hacer valer su prerrogativa.

3) Las limitaciones a los derechos fundamentales deben ser condenadas judicialmente. No sólo una vulneración en el sentido estricto del término merece un reproche jurídico. Una limitación de un derecho también es una afectación ilegítima digna de ser sancionada, así lo ha considerado nuestra jurisprudencia tanto judicial como administrativa: Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rol T-37-2010 de 25 de febrero de 2012, Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Rol T-26-2010 de 4 de septiembre de 2010; Dictamen ORD. Nº 3276/173 de 16 de octubre de 2002, ORD. Nº: 4936/092 de 16 de noviembre de 2010.

4) La garantía de indemnidad es una regla, no es un derecho fundamental ni un principio, por tanto no debe someterse al mecanismo de la ponderación. Detectamos en diversos fallos judiciales confusión: Juzgado de Letras del Trabajo de Litueche, Rol T-1-2010 de 8 de octubre de

2010, consideró un caso de indemnidad como una lesión de un “derecho fundamental”, al igual que el fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, Rol T-4-2009 de 3 de septiembre de 2009. Más patente es lo verificado en sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Rol T-11-2009 de 21 de julio de 2009, donde se utilizó el mecanismo de la ponderación y sus subjuicios para determinar que se había vulnerado la garantía de indemnidad. En sentido contrario verificamos sentencias que explícitamente señalaron que la garantía de indemnidad es una regla y no un principio sujeto a ponderación: Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Rol T-4-2008 de 20 de febrero de 2008; Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, Rol T-13-2009 de 14 de octubre de 2009. Pese a que las consecuencias en dichas causas a causa de la confusión no son relevantes (la condena por la infracción se produjo de igual forma), la situación denota un desconocimiento grave que deja de manifiesto que el lenguaje constitucional requerido para la resolución de estos conflictos es minoritario. La imposibilidad de distinguir una regla de un principio es una falencia grave que traerá consecuencias negativas si se trata de fallos en los que se deben ponderar derechos fundamentales, en relación a esto profundizaremos a continuación.

5) La aplicación del principio de proporcionalidad es una excepción en los conflictos de derechos fundamentales en materia judicial. Del total de las sentencias judiciales analizadas, 26 corresponden a este tipo de conflictos, y sólo en 4 de ellas fue posible encontrar la aplicación expresa y detallada del principio de proporcionalidad como método de solución del conflicto: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Rol T-55-2009 de 24 de febrero de 2010; Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, Rol T-2-2009 de 30 de diciembre de 2009; Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Rol T-2-2010 de 24 de abril de 2010 y Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Rol T-26-2010 de 4 de septiembre de 2010. Existen otras sentencias que ponen en la balanza las conductas de empleador y trabajador mediante un pormenorizado análisis que está más cerca del lenguaje constitucional, pero no en términos de proporcionalidad: Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rol T-10-2010 de 9 de septiembre de 2010 y Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, Rol T-2-2010 de 16 de junio de 2010. El resto de las resoluciones, no contienen alusión alguna al principio de proporcionalidad ni al mecanismo de la ponderación, no llevan a cabo una delimitación de los derechos fundamentales ni analiza como los poderes del empleador colisionan con los derechos inespecíficos de los trabajadores. Se limitan a analizar los hechos acaecidos y razonar en torno a si estos son graves, inapropiados, o lesivos de la persona

del trabajador, y en base a eso dictaminar una vulneración de derecho fundamental, sin mayor desarrollo. Lo anterior permite aseverar que ponderar derechos fundamentales en la sentencia laboral es una actividad facultativa para el juez, y que el estándar de fundamentación que se debe cumplir en estos juicios hoy, no incluye necesariamente la aplicación del principio de proporcionalidad, lo cual es altamente lesivo para la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. Incluso se ha señalado que el deber de fundamentar la sentencia se agota en indicar si existió o no la vulneración de derechos, y la actividad de ponderación excedería dicho mandato puesto que estaría en el plano de los principios y no en el normativo, razón por la cual les estaría prohibido avocarse a él. Rechazamos de manera enfática dicho planteamiento. Por lo tanto, el panorama actual es de incertidumbre: qué debe fundamentar el juez, qué puede exigir la parte en términos de fundamentación, y qué controla la Corte de Apelaciones conociendo el Recurso de Nulidad son temas que hoy no encuentran una respuesta unívoca.¹³⁶

6) Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y en particular los Convenios de la Organización Internacional

¹³⁶ MELLA, P. y MONTOYA, A. "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial", EN: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, Valparaíso, Chile, 2012. pp. 177 – 219.

del Trabajo, han tenido escasa influencia en las decisiones en el marco del Procedimiento de Tutela Laboral. Los fallos de infracción a la garantía de indemnidad dictados por la magistrado Edith Simpson del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso contienen como antecedente mediato de la garantía de indemnidad el Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Terminación del Contrato de Trabajo, el cual no ha sido ratificado por Chile. Pese a esto su presencia se explica como una referencia remota y contextualización histórica, y no como el uso de una norma internacional no ratificada para dirimir una disputa. Pese a esto consideramos errado que se señale el Convenio N° 158 en la parte del fallo que indica los preceptos legales que fundaron la decisión, por no estar incorporado al derecho chileno. En la resolución del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Rol T-6-2012 de 26 de junio de 2012, también se hace referencia tangencial al convenio 169 relativo a la no discriminación de pueblos originarios y a las normas sobre la discriminación en el empleo y ocupación de 1958 de la OIT y la declaración de la OIT relativa a Los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998; pero todo esto para graficar que el marco legal nacional de no discriminación en el empleo se encuentra en consonancia con dichas normas. En el fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Rol T-19-2009 se menciona el Convenio 111 de la OIT pero para aseverar que el

ordenamiento nacional se encuentra en armonía con dichas normas, no para realizar una aplicación directa de las mismas; en este mismo sentido se hizo referencia a los Convenios 111 y 156 en la sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol N° T-38-2010, de 26 de abril de 2010.

CONCLUSIONES

El desarrollo de los derechos dotados de obligatoriedad o de carácter vinculante se alcanzó con la evolución de las constituciones, y el avance en cuanto al contenido de los mismos se explica en gran medida por la necesidad de combatir la precariedad del trabajo, y que significó evolucionar desde el concepto de igualdad formal, a la noción más desarrollada de justicia social. El Estado comienza a intervenir en la promoción y tutela de los derechos en una forma activa o positiva, y en esta labor es fundamental el rol que desempeña el constitucionalismo, que como movimiento político tiene como principal objetivo el sometimiento del poder a la Constitución escrita. En esta línea las declaraciones de derechos humanos tuvieron un rol muy importante, pero el cambio fundamental fue la incorporación de éstos a textos vinculantes universalmente a todos los ciudadanos, como ocurrió dentro del proceso de constitucionalización revisado al inicio de este trabajo, lo que les dio la dimensión positiva que los dota del reconocimiento estatal y de la posibilidad de ser alegado ante los tribunales de justicia. Esto, a fin de cuentas permitió hacer la diferencia entre los antiguos derechos humanos y los derechos fundamentales contenidos en los textos constitucionales.

La titularidad de los derechos fundamentales corresponde a toda persona ya sea nacional o extranjera, salvo excepciones calificadas (nacionalidad, extradición). Existe un deber irrestricto de respetar su contenido tanto por el Estado como por los particulares, lo que se ha llamado el “principio de vinculación directa de la Constitución”. Esto constituye el principio de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*), mediante el cual la Constitución obliga (por tanto tiene la categoría de deber jurídico) a particulares entre sí, y es deber de éstos respetar las prerrogativas de las cuales la Constitución los hace titulares.

Si bien la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es una idea pacífica, no lo es la discusión acerca de la forma en que se manifiesta dicha eficacia. Así se discute entre la teoría de la eficacia indirecta y la teoría de la eficacia directa de los derechos fundamentales. Luego de analizar la normativa vigente en Chile y las resoluciones tanto judiciales como administrativas de orden laboral, podemos concluir que pese a que existe jurisprudencia administrativa que se pronuncia expresamente a favor de la eficacia directa o inmediata es claro que en nuestro derecho la teoría que se impone es la de la eficacia mediata o indirecta. Manifestación de aquello es el tenor del artículo 485 del Código del Trabajo que señala expresamente cuáles derechos son tutelados por el procedimiento de derechos fundamentales, lo mismo sucede

con el artículo 20 de la Constitución y la Acción de Protección, la jurisprudencia laboral que unánimemente rechaza la vulneración de un derecho fundamental por no estar incluido dentro de los tutelados por el artículo 485. No existe fallo alguno en Chile que haya acogido una demanda de tutela fundada en un derecho no expresamente contemplado en el artículo 485, lo mismo sucede con la acción de protección que busca cautelar un derecho no expresamente contemplado en el artículo 20 es causal de inadmisibilidad, etc. Así las cosas para la concreción de la tutela judicial de un derecho fundamental siempre será necesario el desarrollo legal previo, por lo general adjetivo, que otorgue una vía al particular que expresamente le permita hacerlo valer.

La teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales consagra el ejercicio de derechos subjetivos públicos entre particulares, expandiendo así la aplicación de la Carta Fundamental. En Chile es posible concluir que esta vinculación ha sido plenamente reconocida por la Constitución en virtud del tenor del artículo 5° de su texto, y, en consecuencia, acogida en la jurisprudencia tanto judicial como administrativa. Lo anterior, reforzado como institución jurídica a partir de la dictación de la Ley N° 20.087 que creó el procedimiento de tutela y vino a cerrar el debate en torno a este punto, acallando las voces que aún negaban su presencia en el derecho laboral chileno.

En lo que a la interpretación constitucional respecta, es necesario señalar es un tema complejo y discutido, sin arribar hasta el día de hoy a una solución clara o convincente del todo. Los métodos interpretativos empleados no han sido coherentes con el proceso de constitucionalización del derecho del trabajo, debiendo crearse nuevos métodos que si bien pueden ser considerados un avance, ninguno de ellos logró satisfacer las necesidades interpretativas de cara a dar solución a antinomias presentes en colisiones o conflictos de derechos constitucionales con total eficacia, transformándose en criterios orientadores relevantes, mas no decisorios. Ante ese panorama, como revisamos, el Principio de Proporcionalidad vino a dar posibilidad de generar un análisis hermenéutico atinente y necesario para resolver tal problemática actuando como un mecanismo que intenta determinar el ejercicio de un derecho fundamental que colisiona con otros derechos, y así dilucidar a través de sus subprincipios, si el ejercicio del derecho que produce el conflicto tiene una justificación constitucional para restringir o limitar el ejercicio del derecho o los derechos colisionados.

Este último Principio, en su totalidad, el que al igual que la eficacia horizontal, ha sido reconocido de forma expresa en nuestro ordenamiento gracias al procedimiento de tutela, su recepción como regla adjetiva resulta de vital importancia toda vez que la Constitución chilena no contempla

expresamente la forma de solucionar dichos conflictos normativos, entendiendo además las dificultades que preceden de los sistemas genéricos de interpretación y construcción de sentencias, más aún en cuanto dichos criterios han nacido para aplicación de normas y no para el caso de principios y reglas que importan las normas constitucionales en su naturaleza. Esto último, como fue desarrollado durante este trabajo, en consideración particular que al darse tal naturaleza aquéllos no son *derrotables* absolutamente entre sí, y por ende, no existiendo posibilidad de jerarquizarlos o dar preeminencia sin caer en confusos sistemas de interpretación ajenos a la construcción del constitucionalismo moderno. Esto, llevado al caso que nos ocupa –es decir, la relación de trabajo– se traduce en la existencia de una limitación conductual que obra en dos sentidos: es necesario sopesar los derechos y garantías que dos individuos son inmediata y coetáneamente acreedores debiendo discurrir entre la protección de uno de dichos ámbitos sobre el otro, adjudicando un valor jurídico respecto de cada una de las situaciones o supuestos de hecho en los cuales nos encontremos. Esta limitación, o *juego de reglas* en constante balance nos lleva a concluir finalmente que el sistema normativo constitucional y la ponderación de derechos en caso de conflictos permitiría el desenvolvimiento libre y humano del trabajador que toma la decisión de realizar una actividad remunerada, y no por eso renuncia a su calidad de persona,

frente a las potestades y facultades omnímodas que pudiere tener el empleador como dueño de los factores y medios de producción. Esta naturaleza axiológica contribuye al desarrollo de la democracia y el pluralismo, y niega la posibilidad de que exista una preferencia *a priori* entre derechos fundamentales, preferencia que no es concebible en la lógica de un Estado democrático de Derecho.

Así las cosas, ante conflictos entre derechos fundamentales, debemos distinguir entre delimitación, límites y limitaciones de derechos constitucionales para razonar en torno al contenido esencial de un derecho como elemento infranqueable e irreductible, y entender que una limitación también puede constituir un atentado digno de reproche jurídico, y no solamente el concepto de vulneración que se entiende más ligado a un ataque al contenido esencial; de esta forma se amplía el espectro cubierto y se precisa con mayor fineza los atentados contra los derechos fundamentales. Esta visión amplia, en torno a que las limitaciones deben ser condenadas judicialmente, ha sido recogido por la jurisprudencia judicial y administrativa: Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rol T-37-2010 de 25 de febrero de 2012, Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Rol T-26-2010 de 4 de septiembre de 2010; Dictamen ORD. N° 3276/173 de 16 de octubre de 2002, ORD. N°: 4936/092 de 16 de noviembre

de 2010. En este orden de ideas, es el mecanismo de la ponderación el único que garantiza el respeto por el núcleo esencial.

Aseveramos que la Ley N° 20.087 incluyó el mecanismo de la ponderación como forma de resolver las vulneraciones a derechos fundamentales conocidas a propósito del Procedimiento de Tutela al Código del Trabajo al prescribir el artículo 485 inciso tercero señala: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador **limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.**”. Lo destacado y subrayado lo entendemos como una referencia ineludible al principio de proporcionalidad y sus sub juicios, y del mismo modo lo ha entendido la Dirección del Trabajo: expresándolo enfáticamente en el dictamen N°2210/035 y en los múltiples procesos de fiscalización analizados en este trabajo, constituyéndose así este organismo en el principal actor en materia de reconocimiento y promoción de los derechos inespecíficos de los trabajadores, así como también el organismo sancionador de las vulneraciones tomando como marco normativo de resolución el principio antes mencionado. Si las conclusiones se extraen de un texto legal, y desde una tendencia ya consolidada tanto doctrinaria como jurisprudencialmente (a propósito del

recurso de protección) en nuestro país, habría de esperarse que dicha consistencia se viese reflejada en materia judicial con la misma determinación que es posible apreciar en materia administrativa. En otras palabras, el principio de proporcionalidad debiese ser la única forma de enfrentarse a estas colisiones de derechos fundamentales por parte de los dictámenes administrativos y de los jueces del trabajo, cuestión que lamentablemente no es posible refrendar a la luz de nuestro estudio, el que mediante el estudio crítico de los casos prácticos tenidos a la vista demostró que la tendencia se quiebra en materia de jurisprudencia judicial. En ese sentido, resulta lamentable que las sentencias de tribunales de justicia que aluden a la proporcionalidad como mecanismo de resolución de conflictos sean mínimas y corresponden a contadas excepciones, pese a que estamos ante un procedimiento que cuenta ya con 6 años de vigencia en nuestro país. De las 38 resoluciones judiciales analizadas, 7 (20%) se fundamentan en el principio de proporcionalidad y fundamentan adecuadamente sus subprincipios (Fichas N° 33, 36, 39, 47, 48, 49 y 50). Existen 6 (18%) sentencias que si bien tienen una adecuada lógica de análisis y resolución en concordancia con dicho principio, su fundamentación no es del todo completa o idónea (Fichas N° 13, 20, 25, 34, 43 y 46). La mayoría de las resoluciones analizadas – 18 fallos (53%) –, no realizan actividad de ponderación, vale decir, no aplican el principio de proporcionalidad para la

resolución del conflicto, limitándose en muchos casos a razonar sobre la gravedad de los hechos de la causa, para determinar si se acoge o rechaza la demanda (Fichas N° 15, 17, 19, 23, 24, 26, 29, 30, 31, 32, 35, 37, 38, 40, 41, 42, 44 y 45). Por último existe un grupo de sentencias (3 fallos que corresponden al 9% de los analizados) que aplica el principio de proporcionalidad en casos que no procede (Fichas N° 14, 16 y 22).

Por otro lado, ante la ausencia de una labor consistente de parte de los Tribunales de Justicia en la materia, resulta valorable el trabajo realizado por La Dirección del Trabajo en la materia, empero nos parece riesgoso e inconveniente que éste sea el único organismo que vele de manera contante por el respeto, promoción y ponderación de los derechos fundamentales en materia laboral, particularmente en la medida que dicho organismo es dependiente del Poder Ejecutivo, donde la orientación política del gobierno de turno puede bastar para eliminar la labor interpretativa en una materia tan necesaria como elemental para el correcto devenir de las relaciones laborales. Este último aserto ha quedado de manifiesto en la medida la medida que durante el periodo 2011-2014, no han existido dictámenes como los estudiados precedentemente, muestra a nuestro juicio evidente de la carga ideológica que puede imponer el bloque que ejerza el poder gubernamental. En consecuencia, si bien valoramos el rol de la Dirección del Trabajo (hasta 2011) en materia de

derechos fundamentales, nos parece inadmisibile que sea un órgano de potestad legal derivada y no originaria como el parlamento, el que se pronuncie enfáticamente por la promoción defensa y clarificación del rol que los derechos fundamentales debe tener en la relación laboral.

Retomando nuestro análisis en lo referido a resoluciones judiciales, los resultados expuestos en el acápite jurisprudencial son, desde nuestro punto de vista, desalentadores. Nuestro análisis se focalizó principalmente en sentencias donde se acogió la demanda condenando el empleador a las prestaciones que la ley indica para estos casos, contenidas principalmente en el artículo 489 del Código del Trabajo. La idea de este proceder era adoptar en su mayoría casos donde se consideró que el conflicto de derechos existía y merecía remedio o reproche judicial, por tanto juicios donde necesariamente, a nuestro juicio y atendidos los elementos que hemos analizado en esta memoria, debía utilizarse la ponderación (salvo aquellos casos donde se alega la vulneración de la garantía de indemnidad). Sin embargo, y como quedó de manifiesto, en muchos casos de tutelas rechazadas, no existen indicios de la vulneración – en gran medida porque muchas veces los litigantes intentan la tutela y en subsidio el despido injustificado, sabiendo la improbabilidad de la lesión de derechos fundamentales – por tanto el juez no necesariamente llega a ese plano del análisis.

Conforme a lo ya analizado en materia de ponderación de derechos fundamentales en sede judicial, dicho escenario resulta desde nuestro punto de vista sumamente preocupante, puesto que refleja una incongruencia entre lo concluido en nuestro marco teórico y lo que sucede en la práctica: la proporcionalidad es ineludible para el juez laboral (teoría) pero éste la aplica excepcionalmente en la resolución de los conflictos de derechos fundamentales (realidad). El artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo señala que para resolver estos casos es necesario e ineludible identificar el o los derechos fundamentales en juego, identificar su contenido esencial, luego determinar el límite de aquellos que el trabajador es titular, posteriormente analizar si la conducta tiene justificación suficiente, si la tiene analizar si no fue arbitraria y si no lo fue analizar finalmente si es proporcional al fin propuesto o no, en definitiva, acercarse al modelo de razonamiento llevado a cabo los dictámenes de la Dirección del Trabajo que fueron analizados en este estudio. Las razones que se podrían esgrimir para explicar esta situación son variadas: la formación de los jueces laborales en materia de derechos fundamentales no profundizó suficientemente en este tópico; no existe un conocimiento por parte de la comunidad jurídica del tema en discusión; no se conocen recursos ni resoluciones judiciales de tribunales superiores que tengan como fundamento la no aplicación del principio de proporcionalidad; etc. Desde el punto de vista

normativo se podría alegar que el artículo 495 (requisitos de la sentencia de tutela) en su número 1 (“La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada”) no es lo suficientemente específico en señalar un deber de fundamentar dicha “declaración de existencia”, por lo que el juez con el acto de “señalar” (“se vulneró”, “no se vulneró”) cumpliría el mandato legal. Si bien existe una gran responsabilidad en los jueces que no aplican dicha norma, para que aquello sea posible debe existir (o faltar) una norma que les permita proceder de dicha forma, y la redacción actual del Código Laboral, que si bien para nosotros es clara e ineludible, muestra una diversidad de opiniones en la judicatura nacional en relación a la forma de abordar el conflicto, y de fundamentar su resolución. No es posible que ya transcurridos seis años de la vigencia de este procedimiento, la gran mayoría de los casos de tutela consideren que la correcta forma de resolver los juicios sea enumerando los hechos, considerarlos graves o no suficientemente graves, y luego declarar que se vulneró o no se vulneró el derecho alegado. Este *modus operandi* desconoce la naturaleza especial del procedimiento, los principios que lo inspiran y la necesidad que tuvo en vista el legislador para darle un tratamiento especial, puesto que no cabe duda que excede con creces lo meramente pecuniario.

Esta diversidad de criterios a la hora de resolver y fundamentar debe ser abandonada, en pos de la certeza jurídica y la uniforme aplicación del derecho, piezas fundamentales para la administración de justicia, lo anterior, en miras a evitar la instrumentalización del fallo, y ser capaces de situar la discusión en un plano constitucional, tal como lo tuvo previsto el legislador a la hora de generar este procedimiento. Constancia de ello es la historia de la Ley N° 20.087 y las discusiones que antecedieron su publicación, en adición a los argumentos de texto y de doctrina que largamente se han tratado a lo largo de esta memoria.

La única forma en que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales esté a la altura de las expectativas generadas por él, es teniendo un debate que desde su inicio hasta su resolución se centre en el conocimiento y fallo de un conflicto de garantías constitucionales que se enfrentan en un caso particular, generando así resoluciones en concordancia con el fin propuesto por la norma, y que tengan la aptitud de crear conciencia en la sociedad civil del reconocimiento y la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. Lo anterior es una responsabilidad que involucra tanto a los litigantes responsables de la calidad y forma de sus argumentos en la etapa de discusión, a la judicatura a la hora de conocer, resolver y sobretodo de fundamentar lo resuelto, y también para el legislador, que en el ejercicio de su función está en posición de mediante la ley, generar los cambios necesarios

para que la discusión se sitúe donde se quiso posicionar desde un comienzo: en el reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador como límites infranqueables.

En lo que a la vulneración de la garantía de indemnidad se refiere, afirmamos que aquella es una regla que se debe aplicar a un determinado supuesto de hecho y no un principio sujeto al mecanismo de la ponderación, pese a la confusión que demostró la Dirección del Trabajo al considerarlo elevado al rango de garantía constitucional por una ley.

Finalmente en relación a la aplicación de normas internacionales a las resoluciones en materia de derechos fundamentales en el trabajo, su presencia es casi inexistente. Ninguna norma internacional recibió aplicación directa, y sólo de forma referencial en torno a preceptos nacionales.

Pese a lo indicado anteriormente, consideramos al procedimiento de tutela como un avance legislativo en materia de derechos fundamentales tremendamente significativo, por esto fue que decidimos hacerlo objeto de nuestro estudio, y dada su corta vigencia es razonable que presente problemas de desconocimiento y de aplicabilidad, empero, para mejorar su funcionamiento y contribuir a la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones de

trabajo, atender los defectos apuntados en éstas conclusiones significarían, desde nuestro punto de vista, un avance más para dotar a las relaciones de trabajo de la dignidad y respeto que merecen los trabajadores, y así realzar la posición que tienen hoy los derechos inespecíficos de los trabajadores en nuestro derecho y acercarnos a una verdadera eficacia horizontal.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, ENRIQUE. "Benjamín Constan y el debate sobre las dos libertades", Revista Libertas, N°28. Buenos Aires, 1998.

AGUILAR, J.L. "Derechos fundamentales y libertad negocial", Ministerio de justicia, Madrid, 1990.

ALDUNATE, EDUARDO. "Derechos fundamentales". Legalpublishing. Santiago, 2013.

ARTOLA GALLEGO, MIGUEL. "Constitucionalismo en la historia". Ed. Crítica. Madrid. 2005.

BASSA, J. "La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional. EN: Derechos Económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno". LOM, Chile. 2005.

BASTIDAS FREJEIRO, FRANCISCO. "El fundamento de los Derechos Fundamentales". Revista Redur N°3, Madrid, 2005.

BAQUERIZO, JORGE. "Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación". Madrid, 2007.

BERNAL PULIDO, CARLOS. "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales". CEPC, Madrid, 1997.

BERLIN, I. "cuatro ensayos sobre la libertad". Ed. Alianza, Buenos Aires, 1998.

_____. "Dos conceptos de libertad" en "Libertad y necesidad de la historia". Revista de occidente, Madrid, 1998.

BLAT GIMENO, FRANCISCO. "Relaciones laborales en empresas ideológicas", MTSS, Madrid, 1986.

BOBBIO, N., "Estado, Gobierno y Sociedad". Fondo de cultura económica. Santiago.1985.

BOCKENFORDE, ERNEST-WOLFGANG., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales" (trad. Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde), Nomos, Baden-baden, Buenos Aires. 1993.

CAAMAÑO, E. "Códigos Profesionales 2012: Código del Trabajo". Primera Edición. AbeledoPerrot. Tomo 1. p. 9. Santiago, 2012.

CARRIOZA, E. "El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo". Revista Española de Derecho del Trabajo N°123, CEPC, Madrid, 2004.

CEA, J. "Derecho Constitucional Chileno". Segunda Edición. Universidad Católica de Chile. Tomo 1 y 2. Santiago. 2008.

DIETER GRIMM, "Constitucionalismo y derechos fundamentales". Trotta, Madrid, 2006.

EVANS, E. "Los Derechos Constitucionales". Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1997.

FERNÁNDEZ GALIANO, ANTONIO. "Introducción filosófica al Derecho". Tecnos, Madrid, 1983.

FERRAJOLI, L, A., "Democracia constitucional", Eudeba, Buenos Aires, 2001.

GAMONAL, S. "La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en la Constitución". En: Revista Laboral Chilena. Santiago. Enero 2004.

GARGARELLA, R. "Teoría y crítica del Derecho Constitucional", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000.

GASCÓN ABELLÁN, M, Y GARCÍA FIGUEROA, A. "La argumentación en el Derecho". Palestra Editores, Lima, 2005.

GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS. “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Edición Centro de Estudios Constitucionales”, Madrid, 1998.

GAZMURI, CONSUELO. “Derechos fundamentales en la empresa; Perspectivas de género”. Aporte al debate N°14. Ministerio de Justicia. Santiago. 2004.

GARCÍA, J. Y JIMÉNEZ-BLANCO, A. “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, Civitas, Madrid, 1986.

GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Editorial Thomson Arazandi, Navarra, 2003.

HENRIQUEZ, H. y RIQUELME V. “El derecho a ganar lo mismo. Ley N° 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres”. En: Temas Laborales N° 27. Santiago, 2011.

JELLINEK, G. “Teoría general del Estado”, Albaratros, Buenos aires, 1975.

KAHN-FREUD, OTTO. “Trabajo y Derecho”, MTSS, Madrid, 1987.

KANT, I. "Metafísica de las costumbres". Citado por José Anzures Gurría, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 22. Enero-Junio 2010. Ciudad de México. 2010.

KONRAD HESSE. "Derecho Constitucional y Derecho privado", Civitas, Madrid, 1995.

LOMBARDI, G. "Poder privado y derechos fundamentales", Giappichelli, Torino, 1970.

LOWENSTEIN, K. "Teoría de la Constitución". Editorial Ariel. Barcelona. 1970.

MARSHALL, PABLO. "El efecto horizontal de los Derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución". Estudios constitucionales año 8, N°1, Talca. 2010.

MELIS, C. "Los derechos fundamentales de los trabajadores". Legal Publishing, Santiago, 2009.

_____ "Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales". Legal Publishing. Santiago. 2009.

MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL. "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. (el

paradigma de la “Drittwirkung” laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional), RTSS N°3(julio-septiembre 1991).

MOLINA NAVARRETE, C Y OLARTE, SOFÍA. “Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, RL,1999-II, Madrid. 1999.

PALOMEQUE, M., “Los derechos laborales en la Constitución Española”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PECES-BARBA, GREGORIO. “Escritos sobre Derechos Fundamentales”. Eudema ediciones. Madrid. 1988.

PEÑA, C. “Sistema Jurídico y Derechos Humanos” p.668. Citado en: UGARTE, J. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro. En: Revista de Derecho Vol. XX, N°2 Diciembre de 2007.

PÉREZ LUÑO, A. “Los derechos fundamentales”, Tecnos, Madrid, 1998.

PECES-BARBA, GREGORIO. “Derecho y Derechos Fundamentales”. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 2003.

QUADRA, SALCEDO. T. “El recurso de amparo y los derechos fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares, Madrid, Civitas, 1981.

RUIZ MIGUEL, CARLOS. “Derechos constitucionales, fiscalidad e internet: Necesidad de una reformulación de Conceptos Tradicionales”. Tecnos ediciones. Santiago de Compostela, 1997.

RUIZ-TAGLE, P. “Entre el iusfundamentalismo y la democracia”. EN: La República en Chile. Santiago, LOM Ediciones. Santiago. 2006.

_____. Los Derechos Fundamentales ante la reforma del año 2005. Revista de Derecho Público (N° 68). 2006.

_____. Presentación. EN: FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE. Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional. Santiago, LOM. 2001.

_____. Los derechos fundamentales ante la reforma del año 2005, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2006.

_____., “La República en Chile: Teoría y Práctica del constitucionalismo republicano”. LOM ediciones, Santiago, 2007.

SANCHEZ GIL, R. “El principio de proporcionalidad”, UNAM, México, 2007.

SQUELLA, A. "Democratizar la Democracia": Reformas Pendientes. LOM Ediciones. 2000.

STEIN, E. "Derecho Político". Ed. Aguilar, Madrid. 1973.

UGARTE, J.L. "El Nuevo Derecho del Trabajo". Primera Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. 2007.

_____. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". Legal publishing, Santiago, 2009.

VEGA, F. Y ZUÑIGA, F. "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y Práctica" En: Estudios Constitucionales, año 4 N°2, Universidad de Talca, 2006.

VILLAVICENCIO, L. "La Constitución y los Derechos Humanos". Santiago, Editorial Conosur. 1998.

VON MUNCH, IGNO. "Drittwirkung de los derechos fundamentales en Alemania". En Pablo Salvador, Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Civitas, Madrid, 1997.

WOLFF. H.J. "La historia del Derecho griego: su función y posibilidades". Texto de una conferencia pronunciada en varias Universidades españolas en Noviembre de 1975.

ZUÑIGA, F. "Tendencias contemporáneas en la interpretación de la Constitución", en AAVV, Interpretación, integración y razonamiento jurídico, Editorial jurídica, Santiago, 1992.