



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del
Trabajo y Seguridad Social

**ANÁLISIS CRÍTICO A LA EFICACIA Y ALCANCE DE
LA SENTENCIA LABORAL POR TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LA LEY 19.886 SOBRE COMPRAS PÚBLICAS**

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

Autor

CHRISTIAN ANDRÉS ALEGRÍA BELLO

Profesor Guía:

HÉCTOR HUMERES NOGUER

Santiago, Chile

2018.

*A mis Padres,
A quienes les debo todo.*

CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I: ALGUNOS ELEMENTOS EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.	9
1. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRABAJADORES: EFICACIA HORIZONTAL.	9
2. APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES.	13
3. HISTORIA LEGISLATIVA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA EN LA EMPRESA EN CHILE.	15
4. EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO CHILENO.	20
CAPÍTULO II: LEY 19.886: MARCO DE DESARROLLO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTATAL.	29
1. HISTORIA DE LA LEY.	29

2. PROCEDIMIENTOS DE COMPRA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.	32
3. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.	35
3.1 Estricta sujeción a las bases.	35
3.2 Igualdad ante las bases y no discriminación arbitraria.	37
3.3 No formalización	38
3.4 Transparencia y publicidad	38
3.5 Probidad	39
3.6 Libre concurrencia al llamado.	39
4. LAS INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO.	40
CAPITULO III: DILEMAS Y CRÍTICAS JURISPRUDENCIALES AL ARTICULO 4 INCISO 1° DE LA LEY N° 19.886	45
1. EL CASO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.	46
1.1 Sentencia en causa rol T-439-2016 seguida ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.	46

1.1.1	<i>Críticas a la Magistratura Laboral.</i>	49
1.2	Recurso de protección N° 43.854-2017 Corte de Apelaciones de Santiago.	52
1.2.1	<i>Garantías vulneradas: Igualdad ante la ley. Artículo 19 N° 2 CPR.</i>	54
1.2.2	<i>Garantías vulneradas: Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Artículo 19 N° 24 CPR.</i>	56
1.2.3	<i>Algunas cuestiones relevantes del Recurso de Protección en Chile.</i>	56
1.3	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4 inciso primero de la Ley N° 19.886. ROL 3.702-17 INA Tribunal Constitucional.	59
1.3.1	<i>Infracción al artículo 1° inciso cuarto CPR.</i>	59
1.3.2	<i>Infracción al artículo 19 N° 2 CPR.</i>	61
1.3.3.	<i>Infracción artículo 19 N° 3: igual protección de la ley en el ejercicio de derechos y la prohibición del non bis ni ídem.</i>	64
1.3.4.	<i>Infracción artículo 19 N° 24 CPR</i>	66

que garantiza el Derecho a la propiedad.

2. EL CASO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE. 66

2.1 Sentencia de instancia Rol S-99-2015 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. 66

2.2 Inaplicabilidad por inconstitucionalidad rol N° 3570 69

3. EL CASO DE EMPRESA DE TRANSPORTES RURALES TURBUS LTDA. 71

3.1 La sentencia en causa S-144-2016 del primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. 71

3.2 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad rol N° 3978 INA. 72

3.3 Algunos comentarios de los fundamentos del requerimiento de Tur Bus. 74

CAPITULO IV: RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA INHABILIDAD DEL ARTICULO 4 INCISO PRIMERO DE LA LEY N° 19.886. 76

1. LA RAZONABILIDAD 76

2. LA PROPORCIONALIDAD	80
3. ¿DÓNDE QUEDO LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE LA INHABILIDAD DEL ARTICULO 4 INCISO 1° DE LA LEY N° 19.886?	84
3.1 Test de proporcionalidad	86
3.1.1 <i>Finalidad legítima.</i>	86
3.1.2 <i>Adecuación o idoneidad</i>	87
3.1.3 <i>Mínima intervención o necesidad.</i>	88
3.1.4 <i>Proporcionalidad en sentido estricto</i>	89
3.2 Algunas observaciones sobre la impertinencia de la sanción de inhabilidad del articulo 4 inciso primero de la Ley N° 19.886.	91
CONCLUSIONES FINALES	96
BILBIOGRAFÍA	99

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, el reconocimiento de la horizontalidad de los derechos fundamentales en las relaciones laborales- derivado de la doctrina alemana del *Drittwirkung Der Grundrechte*- ha generado un efecto expansivo en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, sobre todo en consideración al derecho del trabajo como una rama que no puede concebirse aislada del resto del ordenamiento jurídico, tal y como lo ha indicado nuestra Excelentísima Corte Suprema a propósito de su rol unificador de jurisprudencia en la materia.

Es precisamente tal efecto expansivo, el que ha motivado la presente memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, toda vez que ha alcanzado inclusive aspectos tan disimiles en su naturaleza, como lo es la denominada ley de compras y contratación Pública N° 19.886, rama tan propia y especializada del derecho administrativo. Claramente dicho interés se ve además reforzado por los acontecimientos acaecidos hace algún tiempo por la comunidad de la Universidad de Chile, la cual se enteraba con asombro de la pérdida de los requisitos establecidos en la normativa administrativa especializada para contratar con el Estado.

Como parte de las argumentaciones teóricas y jurídicas que se pueden esbozar sobre la problemática a tratar es preciso plantearnos algunas interrogantes: *¿Cuál es real y efectivo alcance que tiene una sentencia por tutela de Derechos Fundamentales en nuestra legislación? ¿Por qué la ley 19.886 le otorga un efecto tan amplio? ¿A qué principios responde? ¿Resulta proporcional aplicar una sanción tan severa??*, entre otras cuestiones que intentaremos zanjar, o al menos proponer en la presente tesis, dado que por su carácter finito, no es posible abarcar todos los aspectos interesantes que esta materia nos devala.

De este modo, el objeto del presente estudio es identificar el alcance de la sentencia laboral condenatoria en materia de compras y contratación pública a través de una mirada crítica, poniendo énfasis en su extensión, principios tutelados y la forma en la cual dicha sentencia no solo busca determinar los derechos de las partes con el objeto de dirimir conflictos y controversias de relevancia jurídica, sino también su rol sancionador para contratar con el principal comprador de bienes y servicios; el Estado.

El método utilizado para la elucidación de las cuestiones propuestas en esta memoria consulta el ejemplo de diversas herramientas de análisis en derecho, todas ellas comunes por

lo demás a todo esfuerzo que suponga la sistematización de sus materias y la atribución de un sentido y alcance a sus instituciones.

El primer capítulo se titula “*Generalidades en torno a la tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral*”. En él se buscará esbozar un marco conceptual que provea las herramientas teóricas necesarias para poder entender qué es la Tutela de Derechos Fundamentales, su gestación en el ámbito internacional y su escenario nacional, sus principios y su ámbito de aplicación efectiva.

Bajo la nominación “*Ley 19.886: Marco de desarrollo de la Contratación Pública Estatal*” se desarrolla el segunda capítulo, en él se presentan algunas ideas propias del sistema de compras y contratación pública, su establecimiento en el derecho nacional y los objetivos que se buscaba alcanzar con su dictación, para de ese modo permitirnos analizar – siempre como un enfoque crítico- las sanciones e inhabilidades que contempla.

El tercer capítulo lleva por nombre “*Dilemas y críticas jurídicas a los efectos de la sentencia por tutela de derechos fundamentales en la Ley de Compras Públicas.*” La conjetura que anima todo el trabajo, encuentra aquí su respuesta, puesto que se realiza un despliegue crítico que propone sostener una opinión disconforme a lo extensivo que resulta ser la sanción acuñada en el artículo cuatro inciso primero de la Ley de Compras públicas, centrándonos en su operatividad práctica más que en su conceptualización. Para tal fin, resulta menester el análisis jurisprudencial de tres casos que han estado en la palestra durante el último tiempo, dedicando algunos comentarios a los razonamientos seguidos por la magistratura.

Finalmente, cerraremos esta memoria con un capítulo dedicado a las conclusiones a las que podemos arribar y principalmente a la inconveniencia que trae consigo las sanciones e inhabilidades que trae consigo la Ley N° 19.886 en relación con la sentencia condenatoria en materia de tutela laboral, sobre todo desde el punto de vista del libre tráfico de bienes y de lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental.

CAPÍTULO I:

ALGUNOS ELEMENTOS EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

1. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRABAJADORES: EFICACIA HORIZONTAL.

Es necesario tener presente que en nuestra legislación laboral la acogida de las teorías de los derechos fundamentales de los trabajadores -también conocido como derechos de ciudadanía en la empresa o eficacia vertical de los derechos fundamentales-, proveniente de la doctrina y jurisprudencia alemana del *Drittwirkung Der Grundrechte*- y su reconocimiento en el derecho positivo, es relativamente reciente, no obstante el amplio alcance dogmático logrado.

La teoría alemana *Drittwirkung Der Grundrechte* nace a propósito de los lamentables acontecimientos acaecidos en la Segunda Guerra Mundial, surgiendo así la necesidad de constitucionalizar mediante catálogos los derechos fundamentales, los cuales ya no solo se conciben como un límite o prerrogativa frente al Estado en situación de verticalidad de la relación, sino también frente a los particulares, desplegando su eficacia de manera horizontal ante terceros en calidad de privados.¹ Ello se manifestó en Alemania, primeramente en la Ley Fundamental de Bonn, cuyas libertades públicas y derechos fundamentales eran concebidos respecto del poder exorbitante del Estado en relación a los administrados, en merito de lo cual desde muy temprano en las épocas post guerra, los tribunales como la doctrina alemana, le otorgan aquellos efectos extensivos también a las relaciones privadas, en consideración a la realidad política, social y cultural post guerra.

El principal argumento para sostener esta tesis radica en el derecho como un fenómeno dinámico, que va mutando conforme lo hacen las circunstancias de las sociedades, en cuyo seno la normativa contenida en los códigos decimonónicos ya no eran suficientes

¹ Esta tesis ha tenido una acogida discutida en el ámbito constitucional.

para dar respuesta a las exigencias de dignidad, libertad e igualdad que se impregnó no solo en Europa, sino en el mundo completo posterior a la II Guerra Mundial.²

Teóricamente los derechos fundamentales obedecen a la concepción de aquellos como naturales, es decir, aquellos que ostenta el hombre por su condición humana y que conserva a pesar de entrar en el Estado de sociedad³. Se trata de derechos que en términos de I. Kant, "*independientemente de un acto jurídico, son transmitidos a cada individuo por la naturaleza*",⁴ derechos que el hombre ostenta no sólo contra la autoridad del Estado, sino también contra los privilegios corporativos y clericales, y contra las prerrogativas económicas y sociales del derecho privado y que tienen por objeto que la persona se desenvuelva de manera libre e igual en sus relaciones particulares. Para L. Prieto Sanchís⁵ y J. Ballarín Iribarren⁶ estos derechos (los naturales) son siempre derechos en las relaciones entre privados, pues en el estado de naturaleza no existe poder.

Bajo esta perspectiva, los derechos naturales de cada hombre son efectivos en la medida que los otros miembros de la sociedad gozan igual forma de éstos y esta eficacia debe predicarse respecto de todos, cualquiera sea el estamento.

El ingreso de esta tesis de origen alemán a la rama laboral chilena, extraña en nuestro país hasta el año 2001 aproximadamente -no obstante- el estudio del efecto de irradiación de los derechos fundamentales, propio del ámbito constitucional ya desde los noventas, permitía una nueva dimensión de protección para los derechos de los trabajadores, la cual concordaba los intereses de los actores sociales y los principios de una economía de libre mercado con los valores, libertades y garantías consagrados en nuestra Constitución Política de la República.⁷ De esta forma, comienza a surgir un nuevo paradigma que viene a cambiar lo que hasta ese entonces se conocía en las relaciones laborales: el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, sin sustento en su calidad de tal, sino que por un hecho previo y esencial, cual es el solo hecho de ser persona y ciudadano de modo tal que estos

² Anzures Gurria, Jose J. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. Revista de Investigaciones Jurídicas UNAM, Cuestiones Constitucionales, artículos doctrinales, Mexico, 2009. P 9.

³ Cruz Villalón, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *REDC*, núm. 25, 1989, p. 45.

⁴ Kant, I., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, [[Links](#)] citado por W. Cesarini Sforza, voz "Diritto Soggettivo", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 677.

⁵ Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 206 y 207.

⁶ Ballarín Iribarren, J., "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la "Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", *REDC*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988, p. 286.

⁷ Caamaño Rojo, Eduardo. *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*. En revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVII. Valparaíso, 2006. P.20.

derechos se proyectan naturalmente en el ejercicio de una de las actividades del ser humano; su actividad laboral como ámbito específico en el cuál la persona presta sus servicios y consigue su subsistencia.

Bajo esta concepción, cambia además el paradigma de las libertades públicas, sosteniendo por un lado un aspecto colectivo y otro individual. El primero dice relación con la creación de áreas de autonomía que escapan al poder de dirección del empresario, mientras que el segundo dice relación con salvaguardar al trabajador de los excesos que pueda traer aparejado el vínculo de subordinación y dependencia y las facultades del empleador en la dirección y administración corporativa.⁸

La relación laboral en que un empleador manda y un trabajador obedece, otorga al primero, en tanto jefe, facultades o poderes jurídicos para ordenar y dirigir la prestación contratada y, al segundo, en tanto subordinado, el deber de cumplir dichas órdenes. Se trata de un poder privado para dirigir el trabajo; un poder jurídico sobre la persona del trabajador sólo referido a la correcta realización del trabajo y no extensible a otros aspectos de la vida del trabajador, pues incluso respecto de la ejecución del trabajo no es ilimitado, ya que debe detenerse allí donde empiezan los derechos que en tanto persona detenta el trabajador. En consecuencia, el sometimiento remunerado a la autoridad de un empleador para ganarse la vida no impide, limita ni atenúa los derechos fundamentales del trabajador.⁹

En términos generales en la actualidad, parece haber cierto consenso en que los derechos fundamentales despliegan sus efectos en el ámbito jurídico privado, contrario a la clásica teoría constitucional de la eficacia vertical de los derechos fundamentales. El objeto de la discusión que ha mantenido ocupada a la doctrina constitucional durante los últimos años se ha centrado más bien en determinar la forma y modo en que estos derechos han de hacerse efectivos en las relaciones privadas y en las áreas específicas del derecho a las cuales este efecto tendrá la capacidad de irradiar.

En Chile y tal como expresa Ugarte, *“corresponde a un caso de eficacia directa y horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, con vigencia inmediata, donde el lesionado puede recurrir a la jurisdicción constitucional en busca de*

⁸ Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo* (Colección Informes y Estudios No 11, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996), p. 176.

⁹ 3 López, Diego, Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad de las personas que trabajan, en *Temas Laborales de la Dirección del Trabajo* 22 (noviembre 2004), p. 1.

amparo en sus derechos fundamentales contra actos de terceros”¹⁰ . La idea anterior es plenamente coincidente con nuestra Carta Fundamental, pues si se revisa el tenor de su artículo 6, en ella se establece que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo, de lo cual se desprende inequívocamente que en nuestro país, los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de 1980, no son exigibles únicamente a los órganos públicos y estatales, sino que también se pueden exigir directamente a los particulares. Y de ese modo, el juez laboral actúa también como garante constitucional.

Un tema particular, pero no menos importante, radica en identificar si dicha eficacia directa y horizontal puede predicarse en todas las ramas del derecho. Claro está que ello será absoluto en materia penal en base a los especiales bienes jurídicos que se encuentran en juego. Cuestionable, podría ser a la luz de algunos autores, su aplicación en sede civil por verse en peligro la autonomía de la voluntad privada. Sin embargo en materia laboral existe una especial sujeción que caracteriza el vínculo, cual es la subordinación y dependencia, es decir, nos encontramos ante un escenario de plena desigualdad fáctica de partes en cuyo seno pueden producirse abusos y excesos por parte del empleador y es precisamente en dicha realidad en la cual la aplicación horizontal de los derechos fundamentales encuentra su fundamento en sede laboral. Es más, algunos destacados autores en la materia indican que *“desde una perspectiva de derecho laboral, la aplicación horizontal de los derechos fundamentales sólo refuerza su construcción dogmática, lejana de la del derecho privado y de la autonomía de la voluntad, ya que su consolidación se ha basado en los límites que se imponen al poder del empleador y, perfectamente, estos límites pueden ser replanteados desde los derechos fundamentales”*¹¹

Por más que se haya reiterado entre la doctrina autorizada que la sede laboral es una preminentemente marcada por la desigualdad de partes, dicha desigualdad toma una forma especial en consideración a las importantes facultades del empleador sobre la empresa y respecto del trabajador. De este modo esta horizontalidad de derechos que predica la teoría de los derechos de ciudadanía en la empresa, en sede laboral se trata mas bien de una regulación sobre partes en una posición diagonal, en este sentido autores sostienen que *“para el derecho del trabajo la aplicación directa de los derechos fundamentales resulta de toda lógica dado*

¹⁰ UGARTE CATALDO, José Luis. El nuevo Derecho del Trabajo. LexisNexis, Santiago, 2007. Pág. 22.

¹¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Trabajo y Derecho. Legal Publishing Chile, Santiago, 2010. Pág. 59.

*los intensos poderes que tiene el empleador sobre el trabajador. Se trata no sólo de poderes económicos sino también jurídicos, que nos permiten sostener que más que una eficacia horizontal entre iguales, es más bien una eficacia diagonal*¹². El postulado del autor resulta acertado en consideración a la subordinación y dependencia que se predica respecto del vínculo laboral, es más del propio tenor del artículo siete del código de trabajo, que presenta una definición del contrato de trabajo se desprende que aquel acto es una “*convención por la cual el empleador y trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada*”.

El aspecto de la subordinación es tan esencial en el marco de la relación laboral que tiene por sí mismo la capacidad de identificar cuando un vínculo tendrá la protección y tutela del derecho laboral. Así las cosas, podemos entender la subordinación como “*el poder de mando, dirección, control y fiscalización que ejerce el empleador sobre el trabajador*”¹³. Tal panorama nos obliga a concluir que en definitiva no obstante ser el empleador en la mayoría de los casos, un particular, posee facultades tan amplias e invasivas que incluso podríamos asemejar a las potestades estatales que fundaron la tesis de la verticalidad de los derechos fundamentales.

2 APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES.

Fundamento de la eficacia horizontal, fue inexorablemente el modelo de constitucionalización de derechos y el efecto de aplicación directa de la Carta Fundamental, lo que dio paso a diversas vertientes sobre los derechos de ciudadanía en la empresa. En general, aunque nuestra Constitución Política pretendió desde su dictación su aplicación directa como norma *resolutoria litis*, sin perjuicio de lo cual en la práctica las relaciones laborales fueron apenas permeadas por dicho efecto, es más, la garantía constitucional se encontraba presente, pero para favorecer especialmente al empleador a través de la acción de protección, mientras que el trabajador veía limitado su esfera patrimonial al ámbito netamente pecuniario.

¹² Ibidem, p 60.

¹³ LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Contrato Individual de Trabajo. 4ª ed. Legal Publishing Chile, Santiago, 2010. Pág. 100.

En la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, la consagración de un procedimiento de tutela laboral en nuestro código del trabajo, marcó por primera vez el reconocimiento de la eficacia de la Constitución a las relaciones laborales en cuanto relación particular y permeándola de manera relativamente directa.¹⁴ Lo anterior no es un dato menor, toda vez que la tutela es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento al trabajador de su condición de persona con medios reales y eficaces para hacer valer tal posición jurídicamente en un contexto de disparidad de prerrogativas, marcado por la subordinación y dependencia.

En resumidas cuentas, la Supremacía Constitucional ha venido a colmar las diferencias entre las partes del contrato de trabajo, toda vez que como ya se ha enunciado previamente, el juez del trabajo efectúa un real control de constitucionalidad al enjuiciar los autos. Es más, este efecto de Supremacía ha sido incluso reconocido en la jurisprudencia de nuestra Excelentísima Corte Suprema¹⁵, quien ha señalado que *“este procedimiento se funda en el respeto y acatamiento directo de las normas constitucionales en las relaciones laborales, que afecten derechos fundamentales de los trabajadores contemplados en la Constitución”*.

En el ámbito concreto, la Constitución se aplica efectivamente pero mencionamos que de manera relativamente directa, por cuanto reconoce garantías explícitamente reconocidas en nuestra Carta Magna, pero su aplicación a la vez viene mediada por la ley, de este modo la regulación actual de la tutela laboral consagrada en el párrafo 6° del capítulo II artículos 485 y siguientes, establece los derechos que protege la acción, que no son todos los derechos y garantías contemplados en el catálogo del artículo 19 de la CPR¹⁶ como asimismo, los supuestos de su procedencia, estableciendo en su inciso tercero que hay lesión de los derechos fundamentales del trabajador *“cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”*.

¹⁴ Aguilar, G. y Contreras, C., "El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile", en *Ius et Praxis*, Vol. 13 N° 1, 2007, p. 20; Ugarte, J.L., "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XX, N° 2, 2007, p. 61.

¹⁵ Corte Suprema, *Fuentes Zenteno con Juez del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena*, 15 de junio de 2009, rol 3779-09, considerando 2°.

¹⁶ Cuando hablamos de CPR, nos referimos a nuestra actual Constitución Política de la República de ahora en más.

Ello implica un doble rol del juez: por un lado analizar la conducta del empleador y por otro identificar el contenido esencial del derecho reclamado como vulnerado. Lo anterior si bien puede parecer obvio, resulta del todo imprescindible, toda vez que la propia ley reconoce facultades de dirección y administración al empleador, en cuyo caso la tutela de derechos actúa como límite necesario a dichas facultades y a su vez, como consagración de la dignidad humana, consagración Constitucional debidamente desarrollada por la ley – en este caso, por el código del trabajo-, así entonces la vinculación directa de la Constitución implica un deber para el juez de interpretar la legislación laboral a la luz de los derechos fundamentales.

3. HISTORIA LEGISLATIVA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA EN LA EMPRESA EN CHILE.

Las reformas legales para implementar en Chile los derechos de ciudadanía en la empresa fueron evolucionando, como el derecho en general, de manera progresiva y a cuenta gota.

El primer avance, se produjo el 05 de Octubre del año 2001, y luego de una discusión que tardó cerca de un año en ambas Cámaras Legislativas, el cual culminó con la publicación de la Ley N° 19.759 que modifica el código del trabajo en lo relativo a nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica.

Así, en el Mensaje Presidencial que dio el inicio al proyecto de ley, firmado por José Miguel Insulza en su condición de Vicepresidente de la República, establece la afirmación del Ejecutivo según la cual *"los tiempos que vivimos exigen hacernos cargo de la ciudadanía laboral que acompaña a cada persona, sea esta jefe o subordinado dentro de la empresa"*¹⁷

Posteriormente, y durante la discusión del proyecto en la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, el Subsecretario del Trabajo Yerko Ljubetic observó que a nivel

¹⁷ Mensaje N° 136-343, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que modifica el Código del Trabajo*, 16 de noviembre de 2000, p. 4.

comparado un conjunto de legislaciones ya habían intentado cautelar la vigencia efectiva al interior de la empresa de los derechos fundamentales de las personas, proceso a partir del cual *se ha ido acuñando el concepto de 'ciudadanía laboral'*.¹⁸

Esta Ley consagró un tenue reconocimiento de la dignidad como uno de los ejes de la relación laboral y optó, lejos de una fórmula genérica o amplia, por la protección débil y sin un procedimiento especial de reclamación de algunos derechos fundamentales, como la privacidad y la honra, excluyendo derechamente pronunciarse sobre cualquier otro derecho de aquellos contemplados en el catálogo del artículo diecinueve de nuestra Carta Fundamental.

Así las cosas, la reforma agregó al código del trabajo un nuevo inciso primero al artículo 5° -el cual se encuentra vigente y sin ulteriores modificaciones hasta la actualidad- el cual reconoce de forma explícita algunas garantías constitucionales de los trabajadores como límite al actuar del empleador, el artículo en cuestión reza de la siguiente forma: *“el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”*. Si bien este fue el primer avance en la materia y por ende, toda una novedad a la regulación existente a la época – que protegía solo la libertad sindical-, no generó mayores cambios a nivel de la teoría de las relaciones laborales, pues se trató de una consagración mínima en un contexto suficientemente aislado.

Muestra de la debilidad de la reforma señalada precedentemente fue la creación de un nuevo inciso final para el artículo 154 del código del trabajo, la cual de manera bastante impersonal se hizo cargo del respeto de la dignidad del trabajador a propósito de las medidas de control establecidas en el reglamento interno. Dicha norma, lejos de establecer la dignidad del trabajador de manera transversal en el código del trabajo, lo reguló de manera sectorial y bastante escueta.

Finalmente y como última modificación meridianamente relevante de esta reforma a efectos de sacarla a colación en la materia, fue la creación de un artículo 154 bis, creado por

¹⁸ Boletín N° 2.626-13, *Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica*, 2 de abril de 2001, p. 18.

el artículo único N° 20 de la Ley N° 19.759 que consagró el deber de reserva de información y datos privados del trabajador. Nuevamente se reconoce en los derechos del trabajador, un límite a las facultades del empleador, sin embargo, el legislador no reguló sanciones ni procedimientos ante su inobservancia, sino que aquello vino a propósito de la labor jurisprudencial de la Dirección del trabajo.

La Dirección del trabajo fue construyendo paulatinamente una línea jurisprudencial sobre la función de los derechos fundamentales del trabajador tenían respecto de las facultades del empleador en calidad de límites, fijando parámetros y criterios incluso sin norma expresa. Sobre el particular, cabe destacar que ocho años antes de la reforma laboral introducida por la Ley N° 19.759, la Dirección del Trabajo mediante el dictamen número 4842/300, de fecha 15 de septiembre de 1993, resolvió *“que resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión, pero es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados y que, por ende, se apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas”*.¹⁹

Tal vez el primer avance legal real de los derechos de ciudadanía en la empresa vino de la mano de la publicación de la ley N° 20.087 de fecha 03 de Enero de 2006 que por primera vez estableció un procedimiento especial de tutela en mérito de su artículo 15 que reemplaza el Capítulo II, del Título I del Libro V, por un nuevo Capítulo II, que contemplo en su párrafo sexto el denominado procedimiento de tutela laboral -el cual se mantiene a la fecha sin modificaciones sustanciales-.

En el proyecto de ley original, el procedimiento de tutela laboral se consagraba en el párrafo sexto, artículo 502 y siguientes, de manera bastante escueta -tan solo en once artículos- el cual no contenía ninguna mención a los derechos fundamentales vulnerados que serían objeto del referido procedimiento, es más, el artículo 502 original del proyecto rezaba de la siguiente forma *“Este procedimiento tendrá por objeto tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando aquellos*

¹⁹ Caamaño Rojo, Eduardo. *Op cit.* P 22.

resulten lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5^o²⁰, de lo cual se desprende que el legislador originalmente no tuvo intención de limitar el catálogo de derechos fundamentales tutelados con la acción de la que trata este capítulo.

Con las modificaciones sufridas en las cámaras, el procedimiento estableció una tutela especial respecto de ciertos derechos del trabajador, en particular, a la vida y la integridad física y psíquica, inviolabilidad de toda forma de comunicación, la vida privada y la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la libertad de opinión y de informar sin censura previa, la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección, sometiendo además al procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos los actos discriminatorios del artículo dos, con excepción a los de su inciso sexto.

Con fecha 22 de Septiembre de 2003, a través de mensaje en sesión 2, legislatura 4-350, se admite a primer trámite constitucional el Mensaje de lo que sería la Ley N° 20.087, la que entre sus objetivos – enumerados en su punto III- se encontraban: brindar mejor acceso a la justicia del trabajo, posibilitar la efectividad del derecho sustantivo²¹, asegurar el efectivo y oportuno cobro de los créditos laborales, agilización de los juicios del trabajo, modernización del sistema procesal laboral, configuración del proceso laboral como un instrumento de pacificación social,²² potenciar el carácter diferenciado del procedimiento laboral, diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales²³

²⁰ Texto original artículo 502, En mensaje presidencial en sesión 2, legislatura 350, Valparaíso, 2003, en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/>

²¹ Indica el punto 2 del acápite II del mensaje presidencial que “Sin lugar a dudas, el reconocimiento sustantivo de una serie de derechos no es suficiente para alcanzar un sistema de relaciones laborales equitativo y justo. Se requiere, además, contar con los mecanismos adecuados de tutela y protección jurisdiccional. En esta dirección, el proyecto busca materializar, en el ámbito del proceso laboral, un sistema de garantías procesales que se orienten a dar efectividad al derecho sustantivo.” En Mensaje presidencial en sesión 2, legislatura 350. Valparaíso, 2003 en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/>

²² Indica el punto 6 del acápite II del mensaje presidencial que “El proceso laboral está llamado a constituirse en uno de los mecanismos privilegiados de solución eficiente y oportuna de conflictos en el ámbito laboral, dando con ello las certezas que los actores sociales requieren para el normal desenvolvimiento de sus relaciones y la actividad productiva.” En Mensaje presidencial en sesión 2, legislatura 350. Valparaíso, 2003 en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/>

²³ Indica el punto 8 del acápite II del mensaje presidencial que “Uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser

Es más en el oficio N° 2.346 de fecha 04 de Noviembre de 2003 emitido por la Corte Suprema y dirigido a la Cámara de origen no se hizo ningún tipo de reparo a la regulación propuesta para el procedimiento de tutela laboral, es más recién en el Primer informe de la Comisión de trabajo en Boletín N° 3367-13, de fecha 07 de Septiembre de 2004, se hace alusión a la extensión del procedimiento, entendiéndolo como un “*sistema omnicompreensivo de tutela de los diversos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos en el ámbito de las relaciones laborales*”.²⁴

La relevancia de esta reforma a las relaciones laborales, viene de la mano de un reconocimiento primario de ciertos derechos de contenido no patrimonial, o si se quiere, de contenido ético-moral a favor del trabajador, esta vez no se cuantifican acápite pecuniarios, sino que se protegen intereses o bienes jurídicos extrapatrimoniales que pertenecen a la esfera propia del ciudadano. Sin embargo, haciendo presente la crítica de Ugarte, a pesar de los esfuerzos legislativos por avanzar dogmática y sustantivamente en los derechos de ciudadanía en la empresa como derechos extrapatrimoniales, persistió en la regulación chilena la preeminencia de una concepción patrimonial de la tutela laboral como único conflicto digno de amparo jurisdiccional y que involucra derechos directamente avaluables en dinero²⁵, toda vez que la principal, aunque no única, vía de mantener indemne las garantías fundamentales vulneradas por el empleador se refirió a indemnizaciones, las que debían establecerse, junto con la determinación de la vulneración de derechos, en la sentencia definitiva.

Sin perjuicio de lo ya mencionado y los avances de la legislación chilena para el reconocimiento de los derechos de ciudadanía en la empresa, es necesario recalcar que los

discriminado, etc.). Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas. Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. Como nos señala el insigne jurista italiano Norberto Bobbio, el “problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos”. Teniendo en cuenta las consideraciones esbozadas, se ha estimado de vital importancia, siguiendo muy de cerca las experiencias comparadas, diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales al interior de la empresa a través de un procedimiento especial que dé cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección. En Mensaje presidencial en sesión 2, legislatura 350. Valparaíso, 2003 en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/>

²⁵ Ugarte, José Luis, Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras, en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social 3 (Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004), p. 31

alcances de esta normativa, según consta en la historia fidedigna de su establecimiento tuvo relación directa con el reconocimiento de garantías fundamentales en el ámbito del trabajo, otorgando al juez del rubro facultades relativamente amplias para su protección, otorgándole un rol activo, lejano a la realidad pre legislativa en la cual aquel cumplía en la materia un rol pasivo y secundario frente a la vulneración²⁶. Sin embargo, el análisis pormenorizado de la historia de la ley nos lleva imperantemente a concluir la existencia de un requerimiento cultural y social, cual era la protección del trabajador en un ámbito determinado; el ámbito de sus relaciones con la empresa y el empleador, motivo que se sancionó a través de la dictación de la ley N° 20.087 de fecha 03 de Enero de 2006, estableciendo el denominado “procedimiento de tutela laboral” y manteniendo igualmente vigente la posibilidad que el afectado accionara por la vía de la acción de protección – siendo una vía jurisdiccional excluyente de la otra-.

Finalmente y como reforma ultima, de especial relevancia en la materia, cabe sacar a colación la ley N° 20.974 de 3 de diciembre de 2016, cuyo artículo único N° 1 agregó al catalogo de derechos fundamentales tutelados por este procedimiento, lo que la doctrina ha denominado la garantía de la indemnidad y que refiere al ejercicio de represalias ejercidas en contra de los trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Inspección del trabajo. Esta trata de una innovadora forma de proteger a los trabajadores, reconociendo su garantía a la indemnidad como derecho fundamental, aunque no conste su establecimiento en la Constitución y su creación sea de origen más bien legal.

4. EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL EN EL CODIGO DEL TRABAJO CHILENO.

Según el reconocido jurista español *Manuel Fenech*, podría afirmarse que “*el procedimiento es al proceso lo que las vías del tren lo es a su locomotora o convoy; el procedimiento es el camino que ha de seguir la pretensión y su resistencia hasta llegar a la sentencia definitiva*”.²⁷

²⁶ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. “La tutela de derechos fundamentales del derecho del trabajo: De erizo a Zorro”. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. 2007.pag 65.

²⁷ Fenech Navarro, M., *Derecho procesal civil*, Madrid, AGESA, 1980, p. 53

A la luz de esta perspectiva, el procedimiento se refiere a una serie ordenada de actos procesales vinculados entre sí y que se encuentran establecidos en la ley para llegar a una sentencia definitiva, mientras que el proceso se refiere a una cuestión más bien práctica, se refiere a la efectiva realización de esa serie de actos ordenados que se verifican en un tribunal de justicia, ante un juez de la República y que tiene por finalidad que éste se pronuncie de manera definitiva e inalterable sobre la cuestión de derecho sometida a su conocimiento, es decir, una sentencia definitiva.

Este postulado, tal vez básico del derecho procesal resulta interesante desde el punto de vista del derecho del trabajo, toda vez que el código del ramo contempla tres procedimientos: monitorio, ordinario y de tutela -este último básicamente es un procedimiento ordinario con algunos matices-, según se desprende del tenor del artículo 491 del código²⁸. No obstante la importancia que merece el estudio del procedimiento de tutela laboral en si mismo, dado lo finito de este trabajo, no nos permitirá desarrollarlo a profundidad, sin perjuicio de lo cual, atendiendo a la finalidad última de esta tesis, me permitiré el estudio de algunos fundamentos sustantivos que este procedimiento laboral protege.

Dentro de la regulación normativa en el Libro V, título I, párrafo 6° titulado “*del procedimiento de tutela laboral*”, encontramos desde su inicio en el artículo 485 el objeto de protección de este procedimiento, cual es, las garantías fundamentales. Pero el legislador no tuvo intención de proteger y propender al fortalecimiento en su faz laboral de todas las garantías, sino solo de algunas que expresamente regulo en el inciso primero del artículo 485²⁹ del código del trabajo, en atención -suponemos- a su especial relevancia dentro de las relaciones laborales y las que se refiere a aquellas consagradas en nuestra Carta Fundamental, y particularmente en el artículo 19 número 1° inciso 1, 4° inciso 1, 5°, 6° inciso 1, 12° inciso 1, 16°, 19° y 26°, agregando la garantía legal de la indemnidad del artículo 485 inciso tercero

²⁸ Artículo 491 código del trabajo: “*admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3*”.

²⁹ Señala la referida norma en su inciso primero y segundo que: *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 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. 1182 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.*

del código, consistiendo este en un catalogo mucho más amplio del contemplado en el antiguo artículo 292 y siguientes y 387 y siguientes del código del trabajo que solo protegía la libertad sindical.

En cuanto a la legitimación, la acción de tutela laboral tiene dos legitimados activos para su ejercicio, cuales son los trabajadores u organizaciones sindicales que invoquen un interés legítimo. Lo anterior debe ir acompañado de una lesión de derechos fundamentales cuyo alcance es más bien subjetivo, ya que según la norma del artículo 485 inciso segundo, son los legitimados activos quienes deben *considerar* la existencia de una lesión, no obstante el pronunciamiento definitivo y objetivo del juez en su sentencia, la que podrá hacer lugar o no a dicha consideración en merito de las probanzas rendidas en juicio. Además de lo anterior dicha norma debe ser necesariamente complementada con lo dispuesto en el artículo 489 inciso primero que excluye la legitimación activa de la acción de tutela laboral de la organización sindical en aquellos casos que la lesión de derechos fundamentales se produjere con ocasión del despido, en cuyo caso el titular de la acción será exclusivamente el trabajador que se vea afectado.³⁰

Por otro lado, el legitimado pasivo será siempre el empleador, sea que dicha calidad se reconozca expresamente en el contrato de trabajo o sea que se logre acreditar tal calidad en merito del principio de la realidad³¹ en los casos de contratos verbales o uso de subterfugios legales para esconder la identidad del empleador. Asimismo, también se verifica la existencia de otro legitimado pasivo, cual es la empresa mandante, en aquellos casos que se ventila además una relación de subcontratación y siempre con una responsabilidad subsidiaria.

En cuanto a su tramitación la acción debe interponerse de manera escrita cumpliendo con los mismos requisitos que el código del trabajo establece para la demanda en procedimiento ordinario común, cuales están descritos en el artículo 446 del texto normativo y refieren a: 1) la designación del tribunal ante quien se entable; 2) nombre, apellido, domicilio y profesión u oficio del demandante y en su caso de las personas que lo representen

³⁰ Indica la norma que *Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado.*

³¹ Esta situación se verifica con regularidad ante la informalidad laboral, es decir, cuando no existe contrato de trabajo escrito, en cuyo merito el principio de la realidad permite sostener la calidad de empleador respecto de aquellas personas naturales o jurídicas que ejercen la subordinación y dependencia propia del código del trabajo respecto del trabajador.

y naturaleza de la representación; 3) nombre, apellidos, domicilio y profesión u oficio del demandado 4) exposición clara y circunstanciada de los hechos y consideraciones de derecho en que se fundamenta y; 5) la enunciación precisa y concreta de las peticiones que se someten a la resolución del tribunal. Sin embargo el procedimiento de tutela exige otro requerimiento, cual es la relación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración que se alega, exigiendo a la vez se acompañen todos los antecedentes en los que se fundamenta, lo cual tiene especial relevancia desde el punto de vista de la prueba indiciaria de este procedimiento.

En general, la denuncia debe interponerse dentro del plazo de sesenta días, los cuales se computan desde la separación del trabajador de sus labores, los que en todo caso se entenderán suspendidos durante la tramitación del reclamo administrativo pertinente ante la Inspección del Trabajo, no pudiendo exceder en total, de noventa días.

Un aspecto sumamente relevante en la tramitación de la acción de tutela laboral, radica en el estándar de prueba y en la carga de la misma, toda vez que rige en plenitud la prueba indiciaria según el artículo 493 del código del trabajo.³²

La validez de este tipo probatorio proviene del derecho comparado, en cuyo seno surge la idea -ya consolidada- sobre el complejo escenario probatorio que ostenta el trabajador, siendo menester para otorgar una tutela efectiva, la reducción del esfuerzo probatorio en este tipo de procedimientos. Lo anterior tiene al menos dos fundamentos esenciales y, si se quiere, copulativos. ¿Cuáles son? Por un lado el carácter ilícito de la conducta lesiva, el cual a todas luces implica que su ejercicio se desarrolla de forma oculta por un tercero (habitualmente el empleador) siendo por tanto difícil comprobar su existencia para el trabajador. Es más, en doctrina comparada se ha señalado que la actitud lesiva de derechos fundamentales en la relación laboral “*nunca se presentaran como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas*”³³. Por otro lado, el segundo fundamento de la vigencia de la prueba indiciaria en sede de tutela de derechos fundamentales, radica en la naturaleza misma de la relación laboral, esto es, un vínculo de subordinación y dependencia en la cual la posición del trabajador se ve desmejorada respecto de un empleador que ejerce un mayor poder sobre la relación y con ello, sobre la prueba misma derivado de su cercanía

³² Indica el Artículo 493 que “ Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”

³³ Garcia-Perrote, Ignacio, Prueba y proceso laboral, en Derecho Privado y Constitución 4 (1994), pp. 163-222.

con el ilícito y dominio o injerencia sobre la prueba. En dicho contexto entonces, podemos inferir que la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio³⁴.

En el plano fáctico, la real protección de los derechos fundamentales del trabajador requiere del establecimiento de este tipo de reglas en materia probatoria, asumir lo contrario radicaría necesariamente en la consagración de todo un procedimiento cuya finalidad nunca podría verse alcanzada. La necesidad de la prueba indiciaria en materia de tutela de derechos surge de *“una pluralidad de razones interrelacionadas de política jurídica: la realización de intereses generales de justiciabilidad de los derechos fundamentales -garantías de justicia-; afrontar el problema práctico consistente en las dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o contrario al derecho fundamental -debilidad de la posición probatoria”, lo que lleva a establecer “reglas especiales de distribución de la prueba a favor de la posición subjetiva del trabajador, agravándose simétricamente la del empresario demandado”*.³⁵

Así las cosas, cuando el trabajador aporta los indicios suficientes, el empleador tiene la posibilidad de explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, situaciones ambas que tienen la facultad de excluir la verificación de la lesión de derechos. Sobre este punto, debe recalarse que la finalidad de carga probatoria del empleador no radica en la prueba de hechos negativos – esto es, que no hubo conducta u omisión que lesionaran derechos fundamentales- sino que se dirige a comprobar la racionalidad y proporcionalidad de su actuar, destruyendo o quebrantando los indicios por el trabajador aportados.

Finalmente un elemento que vale la pena recalcar en materia de procedimiento de tutela laboral radica, indudablemente, en la sentencia que será nuestro objeto de estudio en los acápites siguientes.

Si quisiéramos comenzar dando una definición armónica de que podemos entender como **“Sentencia”**, y que se alejara de los manuales especializados de derecho procesal, deberíamos entenderla ampliamente como una **“decisión judicial que normalmente pone**

³⁴ Baylos, Antonio, La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva, en Revista del Colegio de Abogados de Concepción 5 (1998) p 53.

³⁵ Monereo, José Luis, La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales (1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996), p. 32.

*término a un juicio, ya sea civil, de familia, laboral o penal”*³⁶. Esa “**decisión judicial**” que hace referencia la definición citada, cuando se trata de tutela laboral, tiene características específicas que se sustentan principalmente en el bien jurídico que se busca resguardar: **Derechos Fundamentales de los trabajadores**.

Por lo tanto, si quisiéramos intentar esbozar una definición podríamos señalar que es una decisión judicial que busca guarecer los derechos fundamentales insertos en una relación de carácter laboral.

En el mensaje del Ejecutivo para plasmar la reforma laboral que instauró el referido procedimiento, ya se hacía alusión a los alcances que debería tener la sentencia que se dictara por parte del juez. El mensaje señalaba lo siguiente:

*“[...] En lo relativo a la **oportunidad** para dictar sentencia y la **forma** de notificación de la misma, se producen **cambios radicales** en relación a las normas vigentes.*

*En efecto, se establece que el juez podrá dictar sentencia: al término de la audiencia de juicio, o dentro del plazo de décimo quinto día, contado desde la audiencia de juicio, en cuyo caso citará a las partes para notificarlas, fijando día y hora al efecto, dentro del mismo plazo, pudiendo el juez, en este último caso, anunciar las bases fundamentales del fallo al término de la audiencia de juicio. Es decir, se **privilegia el contacto directo del juez con las partes en la resolución del pleito, acercando de esta manera a los ciudadanos el acto de impartir justicia.***

*[...] Se conciben **actuaciones de oficio del tribunal**, entre las que cabe destacar la iniciativa en el inicio de la ejecución de la sentencia, la liquidación del crédito, se limitan las excepciones que puede oponer el ejecutado, y se faculta al acreedor para intervenir en la subasta haciéndose pago del crédito con los bienes, lo que evitará su remate a vil precio.*

*[...] En el contenido de la sentencia condenatoria, **el proyecto apunta a retrotraer la situación al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada, siendo la nulidad el efecto propio y natural para este tipo de ilícitos.***

Adicionalmente, la sentencia deberá indicar concretamente las medidas tendientes a

³⁶ Poder Judicial de Chile, Comisión Lenguaje Claro y Sencillo. “Glosario de términos legales”. Página 21. http://servicios.poderjudicial.cl/DAI/pdf/GLOSARIO_web.pdf

obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración constatada, incluyendo la posibilidad de que se imponga el pago de una indemnización.

Por último, se dispone en el proyecto que la sentencia dictada en estos procesos será susceptible de recurso de apelación laboral, el que se tramitará y resolverá por el tribunal de segunda instancia con preferencia respecto de cualesquiera otros, despejando de paso la discusión existente en relación con la apelabilidad de las sentencias en materia de prácticas antisindicales.”³⁷

Legalmente la única aproximación – bastante completa por cierto- que podemos encontrar sobre la sentencia en el procedimiento de tutela laboral, y que nos ayudarían a entender sus características especiales, es el artículo 495 de nuestro Código del Trabajo:

*“Artículo 495.- La **sentencia** deberá contener, en su **parte resolutive**:*

*1. La declaración de **existencia o no de la lesión de derechos fundamentales** denunciada;*

*2. En caso **afirmativo**, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, **su cese inmediato**, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492;*

*3. La indicación concreta de **las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales**, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y*

*4. La aplicación de las **multas** a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código.*

*En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación **se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada** y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.*

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro”

³⁷ HISTORIA DE LA LEY. Ley 20.087. pág. 22-26. www.bcn.cl

De la lectura de la norma citada queda en evidencia que la sentencia laboral en procedimiento de tutela tiene un alcance y desarrollo singular, que va más allá de solo declarar la existencia de la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, sino que debe procurar las medidas necesarias para poner cese inmediato e intentar subsanar las consecuencias negativas que pudiera sufrir el denunciante, con aplicación incluso de indemnizaciones establecidas en la ley a efectos de mantener indemne al trabajador, es precisamente por este motivo que la doctrina autorizada en la materia se refiere a la sentencia laboral en procedimiento de tutela laboral como una de *“tipo complejo”*³⁸.

Sobre este punto, cabe destacar el primer informe de la comisión de trabajo en primer trámite constitucional, la cual se refiere expresamente al contenido de la sentencia condenatoria en esta sede e indica en tal sentido que: *“el proyecto apunta a retrotraer la situación al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada, siendo la nulidad el efecto propio y natural para este tipo de ilícitos. Adicionalmente, la sentencia deberá indicar concretamente las medidas tendientes a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración constatada, incluyendo la posibilidad de que se imponga el pago de una indemnización.”*³⁹ De este modo, se evidencia que la finalidad del procedimiento y de la sentencia condenatoria no era otro sino generar un efecto anulatorio del ilícito, delimitando su alcance a dicho ámbito.

Este escenario se plasmó en el actual artículo 494 y siguientes, el cual indica que el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro del decimo día⁴⁰ indicando en el 495 el contenido de la sentencia, a saber: 1) la declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales; 2) en caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492; 3) La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y 4) La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este

³⁸ UGARTE, José Luis: 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, p. 65.

³⁹ Op cit.

⁴⁰ Dicho artículo fue modificado por el artículo único N° 21 de la Ley N° 20.260.

Código.

Finaliza la norma, agregando que en cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Respecto de su punto 3), la norma debe ser armonizada con lo dispuesto en el artículo 489 inciso tercero del código del trabajo, el cual contempla el pago de una indemnización correspondiente a aquella regulada en el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163 con el correspondiente recargo según el artículo 168, estableciendo de forma adicional una indemnización que no podrá ser inferior a seis remuneraciones ni superior a once meses de la última remuneración mensual. Las indemnizaciones adicionales que refiere la norma tiene una doble faz, por un lado busca mantener indemne los intereses del trabajador que ha sufrido la lesión, pero por otro lado de manera indudable en la práctica, actúa como agente sancionador a efectos de inhibir futuras conductas lesivas del empleador.

CAPITULO II:

LEY 19.886: MARCO DE DESARROLLO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTATAL.

1. HISTORIA DE LA LEY

La denominada ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, fue promulgada el 11 de julio del año 2003 y publicada el 30 de julio del mismo año.

Esta ley, también conocida como la “ley de compras públicas”, nace mediante mensaje del ejecutivo de fecha 27 de Octubre de 1999 impulsada bajo el gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle y fue motivada por el empleo sistemático de la actividad contractual en la administración pública, consolidándose como el sector más importante de varias economías en dicha fecha, generando compras entre el 10 y el 15% del producto interno bruto nacional⁴¹.

No obstante lo anterior, el aparato administrativo carecía de una regulación única y sistemática que fuera aplicable de manera transversal en las adquisiciones de las administraciones chilenas, lo que generaba en la práctica una confusa y desigual reglamentación de los mecanismos de contratación que se efectuaban con recursos públicos.

La acción del gobierno en la materia se centró en el estudio de las compras y contrataciones del Estado, primeramente a través de los estudios de la Comisión Nacional de ética pública, que fue la instancia donde, por primera vez, se determinó la necesidad de una ley marco sobre licitaciones y contratos del Estado, como también la propuesta de la creación de un sistema de adjudicación electrónica de las licitaciones estatales.

En la materia también tuvo injerencia el Consejo de auditoría interna de la Presidencia de la República, el cual en 1996, propuso la creación de un marco legal común de contratos y licitaciones para la administración del Estado, que permitiera su adaptabilidad por vía reglamentaria y estableciera el procedimiento de licitación pública como la regla general en materia de selección de contratistas del Estado.

⁴¹ Datos extraídos de datos abiertos sistema de Chile Compra en <http://datosabiertos.chilecompra.cl/>

Finalmente, los estudios y avances logrados por la Comisión Nacional de ética Pública y el Consejo de auditoría interna de la Presidencia de la República se volcaron en el Plan Estratégico 1997-2000 del Comité Interministerial de modernización de la gestión pública dentro de las acciones de transparencia y probidad. De esta forma se logró sancionar administrativamente un programa de reforma al sistema de compras y contrataciones que contemplaba la creación de la normativa marco de compras y contrataciones, a la que se sumarían reglamentos por cada servicio.

De este modo, con fecha 27 de octubre de 1999, se ingresa a la cámara de diputados el mensaje presidencial N° 9-341 que contenía el proyecto de la que terminaría siendo la ley N° 19.886. Como es conocido, en esta norma legal se establecen disposiciones generales sobre requisitos de contratación, registro de contratistas, garantías para contratar, sistemas de contratación, bases administrativas y técnicas, adjudicación, perfeccionamiento y modificación, cumplimiento y extinción de los contratos, facultades de la administración, término anticipado de contratos, cesión y subcontratación, sistema de información e intermediación de compras y contrataciones, recursos procesales, entre otros. Además, se crea un servicio público descentralizado con patrimonio y personalidad jurídica propia denominado Dirección de compras y contratación pública. En el proyecto de ley, sin embargo, nada se señalaba sobre la creación de un tribunal contencioso administrativo especial que conociera de estas materias.

El proyecto de ley contemplaba, en su capítulo VIII, artículos 44 y siguientes, la tramitación de un recurso de reclamación del cual conocería la Dirección de compras y contratación pública. Esta fue la primera aproximación a una acción especial en la materia. Asimismo, en el artículo 45, se entregaba competencia a los tribunales ordinarios de justicia para conocer las controversias que se produjeran con motivo de la ejecución o término de un contrato y, excepcionalmente, si así lo contemplaban las bases administrativas, la controversia podría ser resuelta por uno o más árbitros de derecho o arbitradores.

El tema de las vías administrativas y judiciales de reclamación no es un tema aislado si se considera que la administración, actuando dentro de su giro y ámbito administrativo, en ejercicio de competencias específicas y dotada de unas facultades exorbitantes, al momento de contratar lo hace precisamente con una persona natural o jurídica, que carece de tales prerrogativas. De este modo, el mensaje presidencial consideró la necesidad de un recurso de reclamación del que conocería la dirección de compras y contratación pública y dejó la puerta

abierta al ejercicio de la acción en sede jurisdiccional ordinaria o arbitral, si ello se consideraba en las bases.

No obstante lo anterior, a poco camino en la tramitación de la ley, de acuerdo a lo señalado en el primer informe de la comisión de Hacienda recaído en el proyecto de ley se identificó la necesidad de crear un contencioso administrativo especializado en la materia que conociera, juzgara y ejecutara lo juzgado y confió su conocimiento a un órgano judicial denominado Tribunal de Contratación Pública, siguiendo la tendencia de creación de tribunales contenciosos administrativos especiales reinante en la época, de competencia territorial y funcional atomizada, es decir, para conocer materias específicas en sede administrativa, a causa de la falta de una jurisdicción contenciosa administrativa general en nuestro país.

En el primer informe de la comisión de Hacienda se contempla un nuevo Capítulo V denominado “Del tribunal de contratación pública” que crea el Tribunal en cuestión, radicando su asiento en Santiago y consagrándolo como un tribunal colegiado, integrado por tres miembros titulares: un Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, un miembro designado por el Ministro de Hacienda y un tercer integrante designado por el Presidente de la República, propuesto en quina por la organización de comercio de mayor representatividad en el país, cada uno con suplentes de reemplazo en caso de impedimento, según señalaba el modificado artículo 23 del proyecto. Además, estos jueces desempeñarían sus labores *ad honorem*, por un plazo de dos años, teniendo la posibilidad de ser nuevamente designados por las autoridades correspondientes en cada caso. Sumado a ello, el informe otorgaba a la Dirección de compras la labor de actuar como secretaría técnica del tribunal.

De acuerdo al informe de la comisión de Hacienda, el tribunal de contratación pública tendría competencia para conocer los recursos de reclamación interpuestos por cualquier persona que participara en los procedimientos de contratación en contra de los actos ilegales o arbitrarios cometidos por los organismos públicos regulados por dicha ley, de tales reclamaciones el tribunal fallaría en conciencia, es decir, se creaba como un tribunal de equidad.

Tal regulación del tribunal de contratación pública fue objeto de observaciones por la Corte Suprema mediante oficio N° 001538 de fecha 24 de julio de 2001 remitido al presidente de la cámara de diputados. Las objeciones realizadas se referían principalmente a la estructura orgánica del tribunal, dado que, a juicio del máximo tribunal del país, la ley

debiera exigir a los jueces del tribunal de contratación pública ciertos requisitos de idoneidad tales como la calidad de abogado con ciertos años de ejercicio de la profesión en el área o títulos académicos; del mismo modo, se consideraba injustificado que el proyecto previera la integración del tribunal por un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, debido a la alta carga laboral que éstos tienen en el ejercicio de sus funciones propias sumado a una serie de situaciones de excepción dentro de las que se consideró, por ejemplo, formar parte de diversos tribunales creados por legislaciones especiales. Además, en el oficio de la Corte Suprema se agrega la necesidad que los tribunales tengan autonomía financiera, ya que tanto sus integrantes como su personal deberían ser remunerados, debiendo funcionar en locales propios. Finalmente, la Corte Suprema recalcó la inviabilidad de crear un tribunal de primera instancia que falle a conciencia, es decir, un tribunal de equidad al cual se le reconozca una segunda instancia que falle en derecho por tratarse de criterios radicalmente diversos para resolver un mismo asunto.

Algunas de estas ideas fueron tomadas en consideración por los legisladores de la cámara baja y siendo volcadas en el proyecto aprobado por la cámara de diputados y que en definitiva, fuere igualmente modificado por la comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento que propone un proyecto de capítulo V consistente en la creación de un tribunal de contratación pública con características que prevalecieron hasta el texto definitivo de la ley N° 19.886.

2. PROCEDIMIENTOS DE COMPRA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.

En cuanto a la regulación sustantiva contenida en la ley de compras públicas, podemos mencionar prioritariamente el establecimiento de procedimientos de compra y contratación que deben ser seguidos por los organismos públicos y los cuales consisten en el Convenio Marco, Licitación Pública, licitación privada y trato directo. Cada una de estas vías tiene formulas de procedencia diversas que se encuentran contempladas en la ley y que propenden a la transparencia, probidad y buen uso de los recursos públicos bajo principios de eficiencia y eficacia, entre otros. La idea central trata de armonizar y equiparar procedimientos de compra para los organismos y servicios públicos.

Así las cosas, la ley – y el reglamento- contemplan mecanismos de contratación. Por un lado el artículo 5 de la ley consagra la licitación pública, licitación privada y el trato o

contratación directa procesos que encuentran su desarrollo en los capítulos IV, V Y VI respectivamente del reglamento de compras y contratación pública, mientras que el convenio marco encuentra su consagración positiva en el artículo 30 letra d) de la ley y su desarrollo en el capítulo III, artículos 14 y siguientes del reglamento de compras y contratación pública contenido en el Decreto Supremo N° 250/2004 del Ministerio de Hacienda.

Podemos entender el Convenio Marco como aquella modalidad de compra asociada a uno o varios rubros o industrias mediante la adjudicación en una licitación pública especial de convenio realizada por Chile Compra. Es decir, trata de una licitación pública efectuada por un agente en especial, cual es Chile Compra al mando de la Dirección de Compras y Contratación Pública, de este modo, se efectúa una adjudicación múltiple en diversos ítem, quedando las personas naturales, jurídicas o unión temporal de proveedores en condiciones de contratar directamente con las entidades públicas mediante la emisión de la respectiva orden de compra, generando un mercado más seguro, rápido y eficaz para los organismos públicos amparados por la ley N° 19.886.

El Convenio Marco es efectuado con la periodicidad que indique la Dirección de Compras y Contratación pública, para lo cual tiene especial consideración en las necesidades de adquisición que se desprenden de los Planes Anuales de Compras de cada entidad pública mediante un estudio pormenorizado. De este modo, posterior a la celebración de un proceso de Convenio Marco, se genera un catálogo virtual que contiene la descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación y la individualización de los proveedores adjudicados en el sistema de Mercado Publico al que las entidades públicas pueden libremente acceder conforme a las necesidades del servicio, perfeccionándose la compra a través de la emisión de la orden de compra y su respectiva aceptación dentro de plazo.

En general, el Convenio Marco no se establece como la regla general en materia de compras y contratación pública, puesto que más que una regla, se trata de una obligación en la adquisición, de este modo el artículo 14 del reglamento establece que “*cada entidad estará obligada a consultar el Catálogo antes de proceder a llamar a una licitación pública, licitación privada o trato o contratación directa*”⁴². Dicha norma contempla solo dos excepciones, la primera dice relación con la obtención de condiciones más ventajosas que

⁴² Véase artículo 14 inciso sexto del D.S N° 250/2004 del Ministerio de Hacienda que contiene el Reglamento de la ley N° 19.886.

aquellas pactadas en el convenio y la segunda, la exclusión de los Municipios de la obligatoriedad de adquirir por Convenio Marco.

Por otro lado, la licitación pública constituye la regla general en materia de compras y contratación del Estado y podemos entenderla como un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa y dentro de su giro propio, invita a los interesados para que, sujetándose a las condiciones fijadas en el pliego establecido en las bases, formulen propuestas de entre las cuales seleccionara la más conveniente para satisfacer sus necesidades públicas.

Si bien esta definición no viene de la ley ni de su reglamento, es posible inferirla a propósito de la regulación extensa de este procedimiento en la ley y principalmente en el reglamento de compras y contratación pública, que como se dijo, se encuentra contenido en el Decreto Supremo N° 250/2004 del Ministerio de Hacienda.

La licitación pública, tal como lo dice su nombre permite una amplia participación de oferentes hábiles, quienes deberán seguir siempre los requerimientos establecidos en las bases administrativas, económicas y técnicas del proceso. A estos efectos, el organismo requirente luego de publicar la licitación respectiva, procederá a nombrar una comisión evaluadora, integrada por al menos tres funcionarios públicos quienes tendrán la labor de evaluar las propuestas y su conformidad con las bases y los criterios y puntajes de evaluación en ella sostenidos. En este tipo de procedimiento, la adquisición se perfecciona con el acto administrativo de adjudicación, la orden de compra y su aceptación dentro del plazo y en los casos que la ley lo requiere, con la suscripción del contrato, tratándose por tanto, de un procedimiento administrativo de tipo complejo.

La licitación privada por su lado, resulta excepcional y podemos definirla como un procedimiento administrativo de compra pública mediante el cual un ente público, en ejercicio de la función administrativa y dentro de su giro propio invita a al menos tres proveedores hábiles para participar de la propuesta pública, conforme al pliego de condiciones fijadas en las bases, resultando adjudicada la propuesta a aquel que genere la oferta más conveniente.

En este caso el procedimiento es similar a la licitación pública, radicando su mayor diferencia en que en este caso no existe un acceso público del oferente para participar en la propuesta, sino que será el órgano requirente quien elegirá a los proveedores invitados a participar de ella, los que no pueden ser inferior a tres.

Finalmente, el trato o contratación directa es un mecanismo excepcionalísimo, que contempla casos determinados y excluyentes bajo los cuales resulta ajustado a derecho su procedencia. Se trata de un sistema de compra similar a las adquisiciones *inter privatos*, pero regulado de manera acuciosa por la ley.

3. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La importancia de este acápite no es aislada si se considera que en materia administrativa de compras y contratación pública, los principios orientadores tienen una aplicación práctica relevante, tanto en la jurisprudencia administrativa como en la judicial. De este modo, los principios iluminan todo el proceso de compra pública, como asimismo de ejecución del contrato.

3.1 Estricta sujeción a las bases

Existe acuerdo en la doctrina autorizada en la materia y en la jurisprudencia de la preponderancia que en la materia tiene el principio de Estricta sujeción a las bases, cuyo reconocimiento legislativo se encuentra en el artículo 10 de la ley N° 19.886, que en lo pertinente dispone:

El contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente.

El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento.

Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente.

El reglamento determinará las características que deberán reunir las bases de las licitaciones.

De la norma transcrita se desprende que el principio en comento es un requerimiento efectuado no solo al oferente, sino también a la entidad licitante, ello por cuanto las bases administrativas y técnicas -como las económicas en caso de existir- son la principal fuente de derechos y obligaciones entre éstos⁴³.

En dicho sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República, señalando que *“el principio de estricta sujeción a las bases implica que las mismas deben observarse de modo irrestricto, pues constituyen el marco jurídico aplicable a los derechos y obligaciones tanto de la Administración, como de los oponentes al correspondiente certamen, al que tienen que ceñirse obligatoriamente las partes que participan en un proceso de esa naturaleza, a fin de respetar la legalidad y transparencia que deben primar en los contratos que celebre aquella.”*⁴⁴

Del mismo modo, el tribunal de contratación pública, conociendo de la acción de reclamación en causa rol 118-2009 fundamentó su sentencia en base al principio de estricta sujeción a las bases, tal como se indica en el considerando 15° que dispone *“15° Que, al actuar de esa forma, el Director Regional de Obras Portuarias de la Región de Coquimbo ha quebrantado el principio de estricta sujeción a las bases, consagrado en el artículo 10° de la Ley N° 19.886, que se aplica supletoriamente, según lo establecido en la disposición final de la letra e) del artículo 3° del citado cuerpo legal, lo que trae como consecuencia que la Resolución antes individualizada en el considerando precedente, deba ser calificada como arbitraria e ilegal, y ello se manifiesta, como ya se ha dicho, por una parte, en omisiones y determinaciones carentes de racionalidad de la Comisión de Evaluación, que infringieron la norma pertinente de las bases de licitación, las que hizo suyas en el acto administrativo que dictó, y con ello ha infringido la disposición legal antes citada, cuyo principio se encuentra igualmente establecido en el artículo 3°, numeral 18 del Decreto Supremo N° 75 ,de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que contiene Reglamento para Contratos de Obras Públicas”*

⁴³ Punto I. Boletín electrónico N° 34 de Diciembre de 2016, emitido por el Consejo de auditoría Interna General de Gobierno.

⁴⁴ Ver dictámenes N°s. 43.722, de 2013, y 46.372, de 2015)

3.2 Igualdad ante las bases y no discriminación arbitraria.

Este principio, se encuentra reconocido de manera transversal en la ley administrativa, así su consagración positiva se desprende del artículo 6 de la ley de compras públicas y 8 bis de la Ley N° 18.575 que dispone en lo pertinente:

*El procedimiento concursal se regirá por los principios **de libre concurrencia** de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.*

Asimismo se encuentra en el artículo 20 inciso cuarto, modificado por el artículo único N° 11 b) del Decreto N° 1763/2009 del Ministerio de Hacienda y dispone en lo pertinente:

“Estas condiciones no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, como asimismo, deberán proporcionar la máxima información a los proveedores, contemplar tiempos oportunos para todas las etapas de la licitación y evitarán hacer exigencias meramente formales, como, por ejemplo, requerir al momento de la presentación de ofertas documentos administrativos, o antecedentes que pudiesen encontrarse en el Registro de Proveedores, en el caso de los oferentes inscritos”.

Este principio fue tratado en el Mensaje presidencial de la ley de compras, en el cual se indicó *“este principio se traduce en que frente a diferentes sujetos que se encuentren en idénticos supuestos de hecho, incluidos los requisitos para poder contratar, la administración no puede discriminar en razón de ninguno de ellos. El principio exige que desde el comienzo del procedimiento de licitación hasta la formalización del contrato, todos los oferentes se encuentran en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas”*⁴⁵

La Contraloría General de la República, ha indicado que: *“Este principio consiste en garantizar la actuación imparcial del Servicio frente a todos los proponentes, para lo cual es imprescindible que las bases establezcan requisitos impersonales y de aplicación general, no*

⁴⁵ Mensaje presidencial historia de la ley p, 13, disponible en www.bcn.cl

estableciendo diferencias arbitrarias que afecten el trato igualitario que las entidades públicas deben dar a todos los oferentes.”⁴⁶

3.3 No formalización

Si bien este principio no se encuentra expresamente regulado en la ley de compras, como tampoco en su reglamento, si se encuentra regulado en la ley N° 19.880, en su artículo 13 que dispone en su inciso primero *“El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.*

De este modo, no solo se predica una integración sistemática de las normas administrativas, sino que permite en la práctica el correcto y expedito desarrollo de los procesos licitatorios, siendo concreción del principio de conservación de los actos, siempre que estos no sean contrarios a las bases administrativas.

3.4 Transparencia y publicidad

Este principio encuentra su consagración primaria a nivel de tratados internacionales que se encuentran vigentes, a saber en los artículos 19.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁷

En la legislación interna puede desprenderse del artículo 8 de la Constitución Política cuando señala *“son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.* A la luz de esta norma, se puede correctamente inferir que el órgano público no solo se encuentra bajo el mandato legal de publicar la adjudicación de la propuesta, sino que de publicitar todos y cada uno de los actos administrativos que dan forma al procedimiento de contratación. Por otro lado, pero íntimamente relacionado con lo anterior, el artículo 4 inciso segundo de la Ley N° 20.285 indica que *“El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y*

⁴⁶ Véase Dictamen N° 75.983/2010 de la Contraloría General de la República.

⁴⁷ En este último caso se consagra bajo la nominación del derecho fundamental al acceso a la información.

cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

3.5 Probidad

El 14 de diciembre de 1999 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa Aplicable de los Órganos de la Administración del Estado, la que modificó la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y otros cuerpos legales, desarrollando en nuestra legislación interna los principios de probidad⁴⁸, aunque su publicación no alteró ni introdujo modificaciones en la ley de compras públicas, su aplicación se da en el marco de la sistematicidad necesaria en la normativa administrativa.

No obstante lo anterior, en la ley de compras encontramos diversas normas que son una concreción del principio, entre ellas la disposición del artículo 4 inciso final, en merito de la cual se compromete la responsabilidad administrativa por infracción de la probidad – no entraremos a un análisis detallado de la norma, puesto que ello será objeto de estudio pormenorizado más adelante-. Asimismo, el artículo 64 de la ley 19.653 que agregó el título III a la ley N° 18.575, agregando con ello un nuevo párrafo 4 que en su artículo 64 establece: *Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga”.*

3.6 Libre concurrencia al llamado

El principio de libre concurrencia al llamado dice relación con un requisito que deben cumplir las bases, en cuanto estas deben permitir una interpretación de forma tal que permitan la participación de la mayor cantidad de oferentes, consagrado en los artículos 6° de la ley de compras y 9° de la Ley N° 18.575.

⁴⁸ Barra, N., *Probidad Administrativa*, Lexisnexis, Santiago, 2005. P 18

La Contraloría General de la República ha señalado sobre el particular que “Al respecto, conforme a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 9° de la ley N° 18.575, *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, el procedimiento concursal se rige por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado de licitación respectivo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato (sic) En tales términos, la obligación contemplada en la normativa en comento vulnera el mencionado principio de libre concurrencia y restringe, asimismo, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica consagrado en el número 21 del artículo 19 de la *Constitución Política de la República*, al imponer una exigencia no prevista en la ley que impidió participar en dicho proceso a entidades que obtuvieron su personalidad jurídica.”⁴⁹

Lo interesante de este principio es que no se predica respecto a él una aplicación absoluta, toda vez que reconoce limitaciones en la propia ley, cuales son las inhabilidades a las que se refiere el artículo 4 de la ley de compras y contratación pública, en particular: oferentes condenados por prácticas antisindicales, infracción a los derechos fundamentales del trabajador o delitos concursales establecidos en el código penal.

4. LAS INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO.

Lo relevante de la ley N° 19.886, es que a pesar de ser el Estado el mayor requirente de bienes y servicio establece ciertas limitantes respecto de las entidades que puede contratar, el mejor ejemplo de ello lo encontramos en el artículo cuatro de la ley regulado en el Capítulo II, nominado “*De los requisitos para contratar con la Administración del Estado*”, que dispone:

Artículo 4°.- *Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común.*

Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan

⁴⁹ Dictamen N°61.462 de 03 de Octubre de 2012.

sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal.

*En caso de que la empresa que obtiene la licitación o celebre convenio registre **saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años, los primeros estados de pago producto del contrato licitado deberán ser destinados al pago de dichas obligaciones,** debiendo la empresa acreditar que la totalidad de las obligaciones se encuentran liquidadas al cumplirse la mitad del período de ejecución del contrato, con un máximo de seis meses.*

*El respectivo servicio deberá exigir que la empresa contratada proceda a dichos pagos y le presente los comprobantes y planillas que demuestren el total cumplimiento de la obligación. El incumplimiento de estas obligaciones por parte de la empresa contratada, dará derecho a **dar por terminado el respectivo contrato,** pudiendo llamarse a una nueva licitación en la que la empresa referida no podrá participar.*

Si la empresa prestadora del servicio, subcontratare parcialmente algunas labores del mismo, la empresa subcontratista deberá igualmente cumplir con los requisitos señalados en este artículo.

Cada entidad licitante podrá establecer, respecto del adjudicatario, en las respectivas bases de licitación, la obligación de otorgar y constituir, al momento de la adjudicación, mandato con poder suficiente o la constitución de sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, según corresponda, con la cual se celebrará el contrato y cuyo objeto deberá comprender la ejecución de dicho contrato en los términos establecidos en esta ley.

El inciso anterior sólo se aplicará respecto de contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes o la prestación de servicios que el adjudicatario se obligue a entregar o prestar de manera sucesiva en el tiempo.

Ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de

provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la ley N° 18.575, ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas.

Las mismas prohibiciones del inciso anterior se aplicarán a ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial y los Alcaldes y Concejales, según sea el caso.

Los contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en el inciso anterior serán nulos y los funcionarios que hayan participado en su celebración incurrirán en la contravención al principio de probidad administrativa descrito en el numeral 6 del inciso segundo del artículo 62 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que les corresponda.

Sin embargo, cuando circunstancias excepcionales lo hagan necesario, los órganos y empresas referidos en el inciso cuarto podrán celebrar dichos contratos, siempre que se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. La aprobación del contrato deberá hacerse por resolución fundada, que se comunicará al superior jerárquico del suscriptor, a la Contraloría General de la República y a la Cámara de Diputados. En el caso del Congreso Nacional la comunicación se dirigirá a la Comisión de Ética del Senado o a la Comisión de Conducta de la Cámara de Diputados, según corresponda y, en el caso del Poder Judicial, a su Comisión de Ética.

La norma transcrita es estricta en cuanto a requisitos de contratación, por un lado establece un abanico de requisitos derivado de las relaciones laborales, que fluyen de un especial vinculo otorgado por el contrato de trabajo y por otro, establece requisitos igualmente estrictos respecto de personas vinculadas por normas estatutarias que refieren al cumplimiento del principio de la probidad administrativa.

Dentro de la esfera de lo estrictamente laboral, llama la atención la redacción de su inciso primero parte final, en la cual se establece la exclusión de quienes hayan sido condenados durante los últimos dos años por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, ámbito en el que toma relevancia la sentencia por tutela laboral. Sin perjuicio de ello resulta menester aclarar el sentido y alcance de la exclusión legal.

Cabe precisar que la referida exclusión, fue agregada mediante el punto 1 del artículo único de la Ley N° 20.238, publicada el 19 de Enero de 2008 que modifica la ley N° 19.886, asegurando la protección de los trabajadores y la libre competencia en la provisión de bienes y servicios a la administración del Estado. La referida norma surge por moción parlamentaria en Sesión 20, Legislatura 351 de los honorables Pedro Muñoz Aburto, Adriana Muñoz D'albora, Rodolfo Seguel Molina y Edgardo Riveros Marin con fecha 22 de Julio de 2004, teniendo en consideración según se desprende de los considerandos séptimo, octavo, noveno y décimo, que existía a la fecha una paradoja respecto de empresas y personas naturales que infringen las normativas laborales y tributarias fijadas por el Estado para cautelar los derechos de los trabajadores y asegurar el financiamiento de sus programas, quienes se veían favorecidos con suculentos contratos, ocasionando desazón en los trabajadores, quienes veían el abuso reiterado e infracciones de ley por parte de las empresas sin sanción alguna, manteniendo relaciones lo suficientemente fluidas con el Estado, no obstante el tenor de acuerdos comerciales suscritos por Chile.

Por su lado el primer informe de la comisión de trabajo sobre la discusión particular del proyecto, refiere un artículo único que hacía extensiva esta exclusión por el lapso de 5 años, lo que fue objeto de formulación de indicaciones para su modificación a dos años principalmente por el diputado Burgos, siendo aprobado con unanimidad para no hacer tan drástica la norma, según se verificó en su discusión en sala, el 02 de Agosto de 2005 en sesión 23, legislatura 353.

De este modo, el 19 de Enero de 2008 se publicó la ley y consecuentemente se modificó el Decreto Supremo N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda correspondiente al reglamento de compras y contratación pública a través del decreto Supremo N° 1.763, de 2009.

Sobre el particular, la referida norma tuvo una discusión parlamentaria bastante pacífica y como se da de Perogrullo la naturaleza jurídica de la referida exclusión no fue objeto de debate. Cabe preguntarse si una persona natural, jurídica o unión temporal de proveedores podrían participar en un proceso licitatorio no obstante su exclusión posterior o bien si dicha exclusión tiene un alcance tan amplio que impide incluso la posibilidad de participar en dicha propuesta pública, toda vez que la redacción de la norma alude a los dos años anteriores como fórmula para el computo del plazo, pero no se refiere a la exclusión de formular propuestas. En fin, como en varias otras materias esta respuesta no vino precisamente del legislador, sino más bien de la Dirección de Compras Públicas- Chile Compra y de la Contraloría General de la República.

Para subsanar esta problemática, la Dirección del trabajo celebró un convenio de colaboración mutua con fecha 20 de Enero de 2009 con la Dirección de Compras y Contratación Pública, en merito de la cual se estableció la remisión por parte de aquella a ésta de la nomina actualizada de las empresas condenadas por prácticas antisindicales, así como aquellas que hayan vulnerado derechos fundamentales de sus trabajadores.

La importancia de dicha información radica en que en su mérito la Dirección de Compras Públicas eliminó del registro electrónico oficial de contratistas de la Administración al que se refiere el artículo 16 de la ley N° 19.886, a aquellas personas y empresas condenadas por las conductas antijurídicas expuestas, mientras que el artículo 92 N° 7 del Decreto N° 250 de 2004 inhabilita a las personas naturales o jurídicas condenadas para inscribirse en el referido registro de proveedores.

En dicho sentido, la Contraloría General de la República en merito de su facultad dictaminadora conforme a la ley N° 10.336, correspondiente a su ley orgánica constitucional ha señalado que *“En tal sentido, pertinente resulta destacar que la jurisprudencia de esta Entidad Fiscalizadora, en el dictamen N° 26.153, de 2012, ha precisado que la inhabilidad para contratar en análisis, se configura cuando la referida condena se presenta en las oportunidades que para cada procedimiento administrativo de contratación señala el artículo 4° de la ley N° 19.886. Así, en armonía con lo expresado en dicho pronunciamiento, si un*

oferente ha sido condenado por las conductas descritas antes de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta, o bien de la suscripción de la convención, ya sea que se trate de una licitación pública, privada o de un trato directo, respectivamente, no se encuentra habilitado para celebrar los contratos derivados de tales procedimientos administrativos de contratación.” También, es útil mencionar que a través del dictamen N° 6.388, de 2009, de este origen, se estableció que los medios de prueba que permiten acreditar la inhabilidad en comento comprenden las propias sentencias condenatorias de los Tribunales de Justicia, así como las certificaciones que la Dirección de Trabajo emita en base a la información que recabe de los registros de condenados a su cargo.”⁵⁰

CAPITULO III

DILEMAS Y CRÍTICAS JURISPRUDENCIALES AL ARTICULO 4 INCISO 1° DE LA LEY N° 19.886.

Resulta indudable que las inhabilidades contempladas en la ley de compras públicas N° 19.886 parecen a *prima facie* demasiado extensas, no solo por cuanto la finalidad del legislador al momento de concebir el procedimiento de tutela laboral se refirió a la protección del trabajador en un ámbito suficientemente delimitado de su vida, cuál era su relación laboral y en dicho marco se establecieron reparaciones para el trabajador, que a la vez, desde la esfera del empleador, se traducen en sanciones – vr, gracia, el pago de indemnizaciones no menor a 6 ni mayor a 11 meses conforme a la ultima remuneración mensual, las multas del articulo 495 N° 4 del código del trabajo, etc.-. Sin perjuicio de ello, el mismo legislador años mas tarde contemplaría la necesidad de prohibirle a aquellos empleadores que hubieren sido sancionados por esta vía, inhabilitarlos por dos años para participar en los procesos de compra pública con el Estado.

Es en este escenario en virtud del cual durante el último tiempo han trascendido algunos casos relevantes en la jurisprudencia, en cuyo merito se basará este capítulo y que lejos de acercarnos a una concepción holística sobre el alcance del procedimiento de tutela

⁵⁰ Dictamen N° 65655 de 2012 disponible en <http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/064655N12/html>

laboral y la eficacia de su sentencia, nos permiten efectuar algunas críticas fundadas en principios generales del derecho, principalmente desde el *non bis ni idem*, como asimismo, en una interpretación finalista de la actividad pública, sin dejar de lado las menciones pertinentes a algunas normas elevadas a la categoría de garantías fundamentales que podrían verse afectadas.

Para una mejor comprensión y desarrollo de este acápite se procederá a analizar brevemente contenidos relevantes de tres casos relevantes a partir de la sentencia de los tribunales laborales que acogen la acción de tutela de derechos, dictando por ende sentencia condenatoria en contra del empleador, para luego proceder al estudio de las acciones de tutela constitucional que los agraviados han intentado en la justicia ordinaria y constitucional.

1. EL CASO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

1.1 Sentencia en causa rol T-439-2016 seguida ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Con fecha 17 de Mayo de 2016, Miguel Mendoza Henríquez, profesor asistente de Planta de la Facultad de Economía y Negocios, a través de mandatario, deduce acción de tutela laboral en contra de la Universidad de Chile alegando actos constitutivos de hostigamiento laboral que se habían prolongado en el tiempo desde 2004 y las que se habían manifestado en calificaciones deficientes e injustas en su contra, intento de destitución, disminución injustificada de remuneraciones, restricciones académicas, todo lo cual culminó con la declaración de vacancia por destitución de su cargo en 2016.

Indica que hasta 2004 pudo ejercer de manera pacífica sus labores, toda vez que a contar de dicho período fue solicitada su renuncia por las autoridades de la Facultad fundamentándose en que ya no eran requeridos sus servicios. Agrega en el libelo que la real causa de su intento de desvinculación se debía a su rechazo al ingreso a la Facultad del Sr. Maqueiria, profesional conocido por la mala *praxis* en cuestiones económicas, habida vez que ingresaría en calidad de Director de la Facultad y Vicedecano, por lo cual aquel presidiría la comisión de evaluación.

Indica que sin perjuicio de lo anterior al poco tiempo, logró evidenciar ciertos actos reñidos con la probidad y legalidad derivado de ciertas negociaciones incompatibles con la Fundación Facultad de Ciencia Económicas y Administrativas, entidad privada creada al alero de la Facultad de la Universidad Pública, actos en los cuales se verificaba la principal participación del Sr. Maqueira, por lo cual en su calidad de funcionario público y derivado de las exigencias del principio de buena fe, efectuó en primera instancia el reclamo pertinente ante su superior jerárquico, sin que ello fuera considerado y a su vez, fue objeto de amenazas de ello derivado. De lo anterior se desprende que en los años sucesivos sus calificaciones descendieron injustificadamente manteniéndolo en lista 2 por dos años consecutivos, lo que motivo el decreto de destitución y vacancia del cargo, debiendo concurrir en reiteradas ocasiones ante el órgano Contralor a efectos que este evaluara la legalidad del procedimiento, con buenas resultas a su favor.

Finaliza agregando que debido al gran poder que concentraba el Sr. Maqueira además de lo relatado y como si ello no fuera suficiente, de manera arbitraria e injustificada la Facultad decidió reducir sus horas clase y asimismo reducir sus remuneraciones. En paralelo a lo anterior y producto de la querrela interpuesta en 2007 por el denunciante en contra del Sr. Maquerria aquel fue investigado por los delitos de negociación incompatible, querrellándose además el Consejo de Defensa del Estado en contra del aludido, lo que sirvió además para una serie de restricciones académicas y su final destitución y declaración de vacancia del cargo en 2016.

Luego de la contestación de la demanda en la que se rechazan tajantemente las acusaciones de la denuncia y las probanzas rendidas, con fecha 16 de Septiembre de 2016 se dicta sentencia en la causa, en la cual el segundo tribunal laboral acoge la demanda, siendo clarificadora a estos efectos algunos considerandos de su resolución definitiva:

Considerando 8º: (sic), ha obrado en forma desproporcionada (el demandado) y arbitraria afectando esta garantía constitucional fundamental por excelencia, pues mediante el accionar acreditado de manera primitiva y luego con su pasividad e inactividad ha causado un mal de relevancia en la persona psíquica de la demandante, por un periodo considerablemente extenso, pues el daño psicológico se perpetró de manera directa en un comienzo mediante acciones arbitrarias, pero con posterioridad, la pasividad del demandado legitimo el accionar anterior, invirtiendo con ello tácitamente la responsabilidad, quedando

el demandante en una incertidumbre permanente, que no puede menos que provocar en cualquier persona un daño psíquico como el acreditado.

Considerando 9º NOVENO: Que con todo lo razonado, ésta sentenciadora sólo puede concluir que en la especie el denunciante fue objeto de acoso laboral durante la relación laboral y con ello se han vulnerado la garantía consagradas en el artículo 19 N° 1 y 19 N° 4 de la Constitución Política de la República. Pues durante el juicio se acreditó las existencia de presunciones fundadas de la existencia de acoso laboral, la que de manera evidente transgredió el concepto más básico de una relación laboral, que es el trato compatible con la dignidad de la persona, la que se perpetuó en el tiempo con la inactividad del demandada

Bajo esta lógica, el tribunal laboral termina por acoger la denuncia de tutela laboral impetrada, condenando a la demandada Universidad de Chile, al pago de \$38.254.725 a título de daño moral como medida reparatoria y costas evaluadas en la suma de \$1.000.000.

Con fecha 30 de Septiembre, la Universidad de Chile representada por su mandatario, deduce recurso de nulidad fundado en el artículo 477 del código del trabajo y siguientes, reclamando la alteración de la calificación jurídica de los hechos sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal y subsidiariamente interpone la causal de infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. A objeto del análisis que se pretende y sin entrar en el fondo de la acción deducida, vale decir sobre el tema que dicha acción fue desestimada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 16 de Enero de 2017.

Posteriormente, y no conforme con lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la Casa de Bello intenta un recurso de unificación de jurisprudencia en rol de ingreso N° 8.108-2017, el cual fuere declarado inadmisibile por la Excelentísima Corte Suprema.

Finalmente, y como última vía jurisdiccional, la Universidad de Chile presentó Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del Artículo 4 inciso primero de la Ley N° 19.886. La causa tiene Rol de Ingreso 3.702-2017 en el Tribunal Constitucional.

1.1.1 Críticas a la Magistratura laboral.

Como primer acercamiento resulta del todo necesario observar el considerando quinto de la sentencia del segundo tribunal laboral de Santiago, el cual se pronuncia sobre la excepción de caducidad deducida por la demandada, por considerar que en dicho acápite se encuentra los elementos esenciales del tribunal para el rechazo de la referida excepción. Indica en lo pertinente:

(Sic)... En este escenario, existen en los últimos procesos calificadorios, indicios que contribuyen en todo el contexto a estimar la continuación y permanencia de dicho hostigamiento, aun cuando y como será fundado, efectivamente este Tribunal no vislumbra un un acto discriminatorio en el resultado de los dos últimos procesos calificadorios propiamente tales. Pero, teniendo en consideración, que además para esta Judicatura, los actos de hostigamiento en el último periodo se verificaron por omisión, esto es por la inactividad de la demandada, quien ante los diversas instancias en que el demandante reclamó su intervención no lo hizo, e incluso en aquella instancia en que el propio órgano Contralor lo solicita, permaneciendo en una permanente pasividad, que de manera evidente y consecuencial genera una continua incertidumbre en el actor respecto de cada uno de los procesos y decisiones de la demandada a su respecto.

Que, conforme a lo anterior, e independientemente que este Tribunal estime que el resultado del proceso calificadorio pueda estar ajustado a derecho, lo que no es el objeto de este juicio, lo cierto es que el demandante precisamente por esta pasividad injustificada, considera, que todo proceso carece de la correspondiente legitimidad, lo que en efecto desde su perspectiva lo habilita para accionar considerando este último hito, como el propio de un corolario, continuo y permanente de actos de hostigamiento a su persona, razones por las cuales este Tribunal habrá de rechazar la excepción de caducidad. (Lo subrayado es mío)

La transcripción anterior merece al menos dos críticas importantes a mi juicio; Por un lado considera una supuesta continuidad en los hechos vulneratorios alegados que datan del año 2004 a la fecha de presentación de la demanda, cuyo vínculo de continuidad vendría dado por la pasividad del último tiempo. Si bien nuestros tribunales superiores de justicia han reiterado la premisa bajo la cual no debe considerarse como eje para el computo del plazo de caducidad el primer hecho vulneratorio cuando este es continuo, también es cierto que para predicar una vocación de continuidad debe existir al menos un hilo conductor del hecho

lesivo, el cual no se verifica a mi juicio en la especie. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en 2009 al rechazar un recurso de casación, cimentando su postura en que la característica esencial del acoso laboral es la continuidad de los actos de *mobbing* y que éste no se configura por situaciones puntuales de agresión.⁵¹

Es más, si se analiza con detención el punto anterior, resulta además necesario contrarrestarlo con el concepto legal de acoso laboral, el cual exige la *reiteración*, poniendo de manifiesto que el comportamiento agresivo implica una persecución a la víctima. Conforme al significado de la palabra acoso o acosar en su sentido natural y obvio según la Real Academia Española, este supone *perseguir sin dar tregua ni reposo*⁵², deduciendo desde ya que la idea central del concepto dice relación con comportamientos reiterados en el tiempo, excluyendo acciones aisladas o esporádicas.

En el caso en comento, me atrevo a indicar que los actos constitutivos de acoso, si bien resulta indudable que generan un resultado lesivo en el demandante, lo hacen cada cual de manera separada y en diversa medida, no pudiendo predicarse una suerte de conjunción entre todos ellos. La importancia de lo anterior, radica en que bajo esta premisa, la magistratura debió haber acogido, al menos parcialmente la excepción opuesta, por cuanto la inactividad que se menciona respecto del actuar de la Universidad tiene un origen específico y perfectamente determinable, diferenciable de los actos de acoso que el actor indica desde 2004 – diferenciable en cuanto a los motivos, agentes y circunstancias-. En dicho sentido, tal situación hubiese permitido al menos racionalizar la magnitud de la sentencia condenatoria.

Por otro lado resulta poco comprensible a la vez que el tribunal reconozca expresamente que no existen actos discriminatorios en el resultado de los dos últimos procesos calificadorios, pero que, teniendo los mismos como base, intente a partir de ellos, computar un plazo en merito a la consideración del propio demandado de la falta de legitimidad de los mismos, lo cual atenta contra un principio de la lógica, cual es el principio de la razón suficiente en virtud del cual todo razonamiento para ser verdadero debe estar conformado por deducciones razonables y el cual no se evidencia en la especie.

Además de lo anterior, resulta criticable también la asunción de criterios y principios propios del ámbito laboral, entre empleadores y trabajadores y su aplicación a un ámbito

⁵¹ Corte Suprema, rol 3939-09, 18 de agosto de 2009, cuarta sala, número identificador vLex: VLEX-64643656

⁵² Según el Diccionario de la Real Academia Española, acosar significa: “Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona”, www.rae.es.

específico de relaciones regidas por un especial estatuto. Manifiesta la sentencia una falta de comprensión acabada de los principios que iluminan los procedimientos administrativos y el alcance que al respecto tienen los órganos de la Administración del Estado, que dicen relación con unas facultades exorbitantes respecto del administrado, pues si bien la finalidad de la magistratura laboral no era pronunciarse sobre su validez o no, la referencia a los mismos se vio iluminada durante toda la causa por principios propios y específicos de derecho Laboral. Sobre el particular, me parece adecuado mantener la diferenciación entre la legitimación activa de un procedimiento y los principios que lo inspiran. Recordemos que hasta 2014 la jurisprudencia de nuestros tribunales laborales, avalados por nuestra Excelentísima Corte Suprema en base a su rol unificador, rechazaban su competencia para conocer de las cuestiones suscitadas en las relaciones administrativas – o regidas por el estatuto administrativo- de los funcionarios públicos, cuestión que vino a cambiar recién en el año 2014 en la sentencia de fecha 30 de Abril de 2014 caratulada “*Bussenius con Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud*”.

Lo anterior implica que no obstante se considere hoy por hoy, aplicable el procedimiento de tutela laboral a funcionarios públicos, debe necesariamente adecuarse a la realidad de las normas y principios que rigen su especial relación estatutaria, sin que sea posible que los tribunales laborales apliquen otras reglas o principios que los que expresamente la ley determina para cada caso particular atendida la naturaleza del vínculo jurídico.

Finalmente y como aspecto netamente formal, me parece erróneo que la magistratura laboral haya considerado bajo la nominación “daño moral” el otorgamiento de nueve remuneraciones a favor del trabajador en la parte resolutive de la sentencia, por cuanto me parece que la naturaleza jurídica del daño moral propiamente tal no se condice, al menos absolutamente, con la especificada en el artículo 489 inciso tercero en su parte final. Lo anterior se refuerza si se considera que la jurisprudencia de nuestra Excelentísima Corte Suprema en su rol unificador de jurisprudencia ha hecho lugar al daño moral como un acápite independiente de las indemnizaciones que contempla el artículo referido y que otorga al trabajador entre seis a once remuneraciones.

1.2 Recurso de protección N° 43.854-2017 Corte de Apelaciones de Santiago.

El 29 de Junio de 2017 mediante rol de ingreso N° 43.854-2017, se ingresa recurso de protección por parte de la Universidad de Chile⁵³ en contra de la Dirección de Contratación Pública por su actuar arbitrario e ilegal al inhabilitar y excluir del sistema Chile Compra a la entidad pública en merito de la sentencia condenatoria en causa laboral T- 439-2016. Solicita en su libelo que se declare el actuar ilegal y arbitrario de la Dirección de contratación pública, asimismo que la Universidad de Chile no queda contemplada en la disposición del artículo 4 inciso primero de la ley de compras y contratación pública N° 19.886 y que se deje en consecuencia, sin efecto la inhabilitación reincorporando a la Universidad de Chile al registro de proveedores del Estado.

Fundamenta la arbitrariedad e ilegalidad en el actuar de la Dirección de Contratación Pública principalmente en la falta de elementos de razonabilidad de la decisión, pues está restringiendo la posibilidad de la Universidad y cada una de sus facultades de la posibilidad de celebrar actos y contratos de adquisición con el Estado. Cimenta esta postura principalmente en la imposibilidad jurídica de hacer extensiva la inhabilitación a la Universidad de Chile, en base a la naturaleza jurídica de la entidad de educación en calidad de órgano público, en merito de lo cual se estaría afectando el principio de unidad de acción que rige a los órganos del Estado.

Agrega además un argumento de sistematicidad, cual es el origen de las sanciones que implicarían caer en la inhabilitación establecida en el artículo 4 inciso 2°. Fundamenta por un lado que tanto las prácticas antisindicales como la tutela de derechos no resulta procedente respecto de la voz Administración del Estado, en merito del especial estatuto regulatorio que rige en la materia, el cual difiere de las normas del código del trabajo que si establece estos procedimientos, refuerza su postura con hermenéutica jurídica analógica, por cuanto la propia Contraloría General de la República ha señalado que no resulta procedente la solicitud de la Dirección de Compras sobre la declaración de no haber incurrido en practicas antisindicales al Instituto Nacional de Estadística, todo por cuanto no resulta jurídicamente plausible que un órgano de Estado incurra en dichos actos, esto es, dicha entidad no se encontraba dentro de las personas jurídicas que el precepto menciona.

⁵³ De ahora en adelante la Universidad.

Finalmente sobre los delitos concursales del Código Penal, fundamenta la Universidad que dicha materia se regula específicamente a propósito de la Ley N° 20.720, que a su vez refiere a la liquidación de empresas con personalidad jurídica de derecho privado y personas naturales, conceptos dentro del cual la Administración del Estado no forma parte.

En particular, sobre la sanción ante la infracción de garantías fundamentales establecidas a propósito del procedimiento de tutela laboral, indica la Universidad de Chile que la inhabilidad contemplada ante esta circunstancia en el artículo 4 inciso primero de la Ley N° 19.886 de compras y contratación pública no resulta aplicable en la especie. Indica que la imposibilidad de su aplicación, se debe por un lado a la historia fidedigna del establecimiento de esta sanción a propósito de la tramitación de la Ley N° 20.238, en cuya discusión parlamentaria se saca a colación que la finalidad de la ley es aumentar las exigencias a las instituciones privadas. Finaliza el punto señalando que hasta 2014 la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en la materia excluía la aplicación del procedimiento de tutela laboral a funcionarios públicos, indicando en su reclamación una serie de jurisprudencia que avala dicha postura.

En lo sustancial, la Universidad de Chile saca a colación que no resulta procedente tampoco hacer aplicable por analogía una sanción ante la falta de un procedimiento especial de reclamación de tutela especial para los funcionarios públicos, todo por cuanto en materia de derecho público la potestad sancionatoria es restrictiva, aceptando la aplicación del procedimiento de tutela laboral, pero no la sanción establecida en el artículo 4 inciso primero de la ley de compras públicas. Reitera sobre el particular que la Administración Pública prevee mecanismos específicos de control respecto del actuar de sus órganos, en merito de lo cual se contempla en la ley mecanismos tales como la investigación sumaria, sumario administrativo, la existencia de Contralorías internas de fiscalización y la fiscalización misma de la Contraloría General de la República, de lo cual no resulta procedente ampliar la gama ya indicada, lo cual únicamente impediría el cumplimiento de los fines públicos para la entidad universitaria.

A nivel de derecho administrativo, la Universidad saca a colación el Principio de coordinación de los órganos de la Administración del Estado, el cual sirve de base al correcto cumplimiento de sus cometidos, propendiendo a la Unidad de la acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones según se desprende de los artículo 3 y 5 de la Ley N°

18.575 orgánica de bases generales de la Administración del Estado. En este orden de ideas, señala que la inhabilidad contemplada en el artículo 4 inciso primero de la Ley n° 19.886 no puede lógicamente resultar aplicable a los organismos públicos cuando contratan entre si o con otras personas jurídicas de Derecho público, pues significaría que la propia Administración interfiera en el cumplimiento de funciones públicas en algunos de sus servicios, considerando además que el principal financiamiento económico de la Entidad de educación corresponde a la provisión de servicios a otras entidades públicas conforme a la ley N° 19.886. Finaliza aduciendo que la norma de exclusión no se encontraría acorde con los principios de proporcionalidad que rigen el ámbito sancionatorio administrativo, agregando que la exclusión del registro de proveedores del Estado no solo es una consecuencia indeseada para el legislador, sino que atentatoria contra sus principios generales.

1.2.1 Garantías vulneradas: Igualdad ante la ley. Artículo 19 N° 2 CPR.

“La Constitución asegura a todas las personas: la Igualdad ante la ley. (...) Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

Conforme a la lógica seguida por la Universidad de Chile, la garantía transcrita habría sido vulnerada por la Dirección de Compras Públicas, en cuanto no ha explicado por qué razón una inhabilidad que no ha sido pensada y estructurada para los servicios públicos se ha hecho extensiva a la Universidad de Chile como Institución Estatal, en merito de una vía analógica carente de motivación.

De manera subsidiaria alega que igualmente la referida inhabilidad no resulta proporcional desde el punto de vista de los perjuicios causados a la Institución Pública, cuales serían *“particularmente sensibles en las áreas de la salud, educación y en cumulo de políticas públicas que benefician al país en su conjunto”*.

Me gustaría agregar en este acápite que en el caso de verificarse una vulneración a la garantía reseñada, necesariamente debe colegirse un adagio transversalmente aceptado, cual es que la igualdad ante la ley implica una cuestión de análisis necesario que ya se ventila desde la teoría clásica de igualdad aristotélica *“Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales: y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”*. A partir de tales ideas se ha acuñado la formulación clásica de igualdad, entendida como tratar de la misma

manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual.⁵⁴ De este modo, la igualdad se trata de una igualdad normativa y no en sentido meramente fáctico, precisamos acá una célebre frase de Rawls, que reza “no existe ningún rasgo con respecto al cual todos los seres humanos seamos iguales, es decir, que todos (o un número lo bastante elevado) lo tengamos en el mismo grado”⁵⁵.

Sin embargo, consideramos aun más necesario efectuar un distingo, pues en palabras de Rawls “La igualdad no plantea restricciones acerca de las bases que puedan ofrecerse para justificar las desigualdades. No hay garantía alguna de un tratamiento sustantivo igual, porque incluso los sistemas de esclavitud y de castas (para mencionar casos extremos) pueden satisfacer esta concepción”⁵⁶ Es en base a esta imprecisión que resulta necesario identificar cuando dos conceptos en comparación son iguales, premisa bajo la cual resulta apropiado mencionar a Comanducci, quien relaciona la expresión igualdad con la de identidad y semejanza, siendo la primera descriptiva y las otras valorativas.⁵⁷ De este modo, lo igual se refiere a elementos en comparación que coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes (identidad) y que lo desigual alude a elementos que divergen en al menos una de sus propiedades relevantes.

Desde el punto de vista jurídico, dar un trato igual implica otorgar el mismo tratamiento jurídico a dos o más casos, esto es “frente a iguales condiciones, reconocidas como relevantes, han de establecerse iguales consecuencias jurídicas”⁵⁸ a contrario sensu, frente a distintas condiciones reconocidas como relevantes han de establecerse diversas consecuencias jurídicas.

Bajo esta premisa, resulta evidente la conclusión a la que queremos llegar, cual es que la Universidad de Chile se rige por un estatuto distinto a las entidades privadas, siendo esta primera de aquellas que nace al seno de la ley y se encuentran regidos bajo el estricto principio de legalidad cimentado en el artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República, mientras que las segundas tienen por principio rector el ya tan estudiado y mencionado en otros estudios, principio de autonomía de la voluntad como máxima para su funcionamiento. De este modo, nos encontramos con dos entidades; públicas y privadas, con

⁵⁴ Aristóteles, *Política*, III, 9 (1280a).

⁵⁵ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, segunda reimpresión (Traducc. María Dolores González) Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 458.

⁵⁶ *Ibid.* P 460.

⁵⁷ Coman-ducci, Paolo, "Igualdad liberal", 1999, pp. 84 y ss

⁵⁸ Brieskorn, Norbert, *Filosofía del Derecho* (Traducc. Claudio Gancho), Herder, Barcelona, 1993, p. 115.

una regulación y marco de funcionamiento distinto que debe considerarse como condiciones relevantes y que merecen por tanto un trato desigual como razón de justicia y en cuya virtud las sanciones e inhabilidades que se prediquen respecto de una, no parecen justas si se predicen respecto de ambas como sucede en la especie, toda vez que no existen elementos de comparación, por lo que en el mismo, no se encuentra involucrada la igualdad.

1.2.2 Garantías vulneradas: Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Artículo 19 N° 24 CPR.

Sobre el particular se indica que el actuar ilegal y arbitrario de la Dirección de compras y contratación pública en orden a no permitir la participación de la Universidad en los procesos de compra y contratación, además de ser impedimento legal para el ejercicio de sus actividades propias, representa un perjuicio patrimonial, fundando una pérdida de ingresos cercana a los 13 mil millones de pesos.

1.2.3 Algunas cuestiones relevantes del Recurso de Protección en Chile

En nuestra legislación constitucional, el artículo 20 de nuestra Constitución establece lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado recurso de protección⁵⁹. Indica la norma:

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

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

⁵⁹ Para otros acción de protección, entre ellos Raul Nuñez Ojeda.

El constituyente estableció como requisito de procedencia de la acción respecto de perturbaciones o privaciones de un derecho indubitado y preexistente, pero también respecto de amenazas. Además en cuanto a sus causas, estas deben provenir de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, esto es, carentes de fundamento o contrarias a la ley, así además lo ha sostenido de manera uniforme la Corte Suprema, así por ejemplo en causa rol 561/2007 a propósito de una excepción de cosa juzgada indicó que:

En efecto, se ha sentenciado que "los recursos de protección sólo producen cosa juzgada formal, esta es, la que produce efecto dentro del proceso en que se dictó la resolución, pero no fuera de él -a diferencia de la cosa juzgada material, que produce efectos dentro y fuera del proceso-, pues no determinan la concurrencia exclusiva de derechos a favor del recurrente, sino procuran amparar al titular de un derecho de cuyo ejercicio se le priva, perturba o amenaza, en forma arbitraria o ilegal, el que podrá accionar con posterioridad ante el tribunal competente para que éste declare en carácter de inamovible la titularidad del derecho, circunstancia que obliga a desestimar la excepción de cosa juzgada".

De este modo y tras el análisis efectuado al recurso impetrado por la Universidad de Chile en contra de la Dirección de Compras y Contratación Pública, el cual procesalmente se encuentra suspendido en mérito del artículo 37 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, en virtud de, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional deducido por la Universidad de Chile en contra del artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886, resulta menester efectuar algunas precisiones.

Sobre el particular y en base a un elemento puramente formal, nos parece acertada la interposición del referido recurso por parte de la Universidad de Chile, sin perjuicio de lo cual resulta cuestionable los términos en los cuales se ha planteado. Como primera consideración no identifica en su libelo cual es el acto específico que considera ilegal o arbitrario, mas que identificar de manera genérica la “*exclusión efectuada por la Dirección de Compras Públicas del registro de proveedores del Estado*”. Bajo dicho prisma, resulta necesario indicar que la Dirección de Compras, al ser un servicio público regido por las normas de derecho administrativo, actúa válidamente a través de actos administrativos, esto es *la decisión formal de un órgano de la Administración, que contenga declaración de voluntad, en ejercicio de una potestad pública*, según el artículo 3 inciso segundo de la Ley

N° 19.880, en cuyo mérito pudo fundar latamente la arbitrariedad que alega, en la falta de un acto administrativo que estableciera los fundamentos que daban pie a la exclusión del referido registro. Así las cosas, en la materia, la falta de un acto administrativo para la toma de decisiones de esta magnitud ha sido considerado transversalmente arbitrario.

En segundo término, esta ilegalidad o arbitrariedad que contempla el recurso de protección debe generar un detrimento, cual es la perturbación, privación o amenaza de un derecho indubitado y preexistente. Sobre este punto, cabe precisar que la Universidad establece como garantías vulneradas la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, pero no enfrasca su libelo en identificar la magnitud de la vulneración que se daría respecto de estas garantías, vr, gr, privación, amenaza o perturbación. Consideramos, en lo medular, que se trataría de un acto arbitrario que genera efectos relativos esto es, perturba derechamente a la Universidad de Chile del goce de su derecho a la propiedad y decimos relativos por cuanto la participación en el mercado de compras públicas no es el único ingreso patrimonial de la entidad pública.

A su vez, sobre los derechos que se encontrarían vulnerados me parece que no resulta pertinente alegar la vulneración de la igualdad ante la ley, toda vez que la exclusión proviene precisamente de la ley, por lo cual el actuar de la Dirección de Compras Públicas se enmarca dentro de un actuar que podemos considerar arbitrario y que genera privación de un derecho preexistente y que resulta, a todas luces indubitado, cual es la propiedad consagrada en el artículo 19 número 24 CPR, mas no de la igualdad ante la ley, pues en los términos planteados y mencionados en este estudio precedentemente y a mi humilde parecer, quien infringió dicha igualdad fue precisamente el legislador al no establecer criterios de proporcionalidad, excluyendo debidamente a los órganos públicos o estableciendo al menos un parámetro de juzgamiento diverso para el tratamiento de entidades desiguales que pudieron verse sometidos a la sanción de inhabilidad del artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886. Sobre el particular, la vía proteccional nos parece más bien un camino idóneo para la interposición posterior del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la referida norma.

1.3 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4 inciso primero de la Ley N° 19.886. ROL 3.702-17 INA Tribunal Constitucional.

Con fecha 24 de Julio de 2017, la Universidad de Chile deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886 sobre compras y contratación Pública, que incide en autos caratulados “*Universidad de Chile con Dirección de Compras y Contratación Pública*”, Conocido bajo el Rol N° 43.854-2017 por la Corte de Apelaciones de Santiago.

En el caso de análisis cabe precisar que la acción constitucional impetrada por la Universidad de Chile encuentra su sustento en el artículo 93 número 6 CPR que otorga facultades al Tribunal Constitucional para *resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”

Inicia el requerimiento, bajo una extensa descripción de la calidad de entidad pública de la Universidad de Chile, aludiendo junto a ellos a diversos principios y servicios prestados por ésta en la calidad que inviste y al estatuto jurídico aplicable. En lo que respecta al núcleo central de la acción, su acápite IV. Denominado *disposiciones constitucionales que se transgreden por aplicación del precepto legal impugnado y forma en que dicha transgresión se produce*, la Universidad se hace cargo de los fundamentos de derecho en los que funda su acción y que pasaremos a analizar, indicando desde ya que que las garantías constitucionales transgredidas son aquellas del artículo 1 inciso 4° y 19 numerales 2°, 3° y 24° CPR.

1.3.1 Infracción al artículo 1° inciso cuarto CPR.

La primera norma constitucional transgredida a juicio de la Universidad de Chile es aquella que consagra en denominado “*principio de servicialidad*”. Indica la norma en cuestión que:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada

uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respecto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Se indica que la transgresión se produce en cuanto en merito de la exclusión que contempla la norma se estaría excluyendo a un proveedor órgano de la Administración Pública para contratar con el Estado, permitiendo además su inhabilitación por dos años del Registro Oficial de Contratistas, lo que vería imposibilitado el cumplimiento del mandato y la total satisfacción de los fines públicos que le son propios. Para fundamentar su tesis, se procede a enumerar alguno de los servicios que la Universidad Provee y que representan un interés social importante, entre ellos, la ejecución del programa de fertilización asistida, procesamiento e información de muestras citológicas para detección de cáncer cérvico uterino para programa nacional de prevención, pesquisa, diagnóstico, tratamiento y seguimiento del cáncer de cuello del útero y sus lesiones preinvasoras, Convenio para el otorgamiento y pago de programas de especialización para médico cirujano con el Ministerio de Salud, entre otros.

Consideramos acertada la inteligencia de la premisa propuesta por la Universidad de Chile, ya que nuestra Constitución Política establece en su capítulo I las denominadas *Bases de la institucionalidad*, las cuales consagran valores básicos y fundamentales en los que se asienta nuestra sociedad política, dentro de los cuales se encuentra la servicialidad del Estado, el que ha sido comprendido como *un deber jurídico que la Constitución impone al Estado, en razón de su finalidad y del carácter accidental e instrumental que posee, concebido además como un medio de perfeccionamiento de las personas, así, el actor principal es la persona humana y su primacía, por tratarse de un ser substancial y trascendente y por otra, está presente la idea de autoridad/servicio a la persona, considerada ésta como una función, esto es, una actividad finalizada, en beneficio de otros*⁶⁰, es más, sostiene el mismo autor que *El Estado posee una finalidad puramente natural e instrumental, como es promover el bien común de la sociedad política en el orden temporal; en cambio, la persona humana tiene un fin supratemporal, trascendente, y llamado a la eternidad (dada su alma inmortal, elemento espiritual que no caduca ni perece), y, además, es un ser que no es medio para nadie, ni*

⁶⁰ SOTO KLOSS, Eduardo, “La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad”, Revista de Derecho Público, Nos. 57/58, Enero – Diciembre de 1995, XXVI Jornadas de Derecho Público, “La servicialidad del Estado”, (Tomo

*instrumento de nadie, ya que no tiene ni posee carácter instrumental respecto de ninguna otra criatura*⁶¹

En merito de lo anterior, resulta evidente que una norma como la contemplada en el artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886 y ejecutada por el reglamento contenido en el D.S N° 250/2004 del Ministerio de Hacienda al sancionar a los propios organismos públicos, traba la consecución de este fin último, pues si se analiza la cuestión al caso concreto, como lo es en esta acción, se da de Perogrullo, que la finalidad de la Universidad de Chile, en tanto servicio público, no es solo la educacional, sino también la prestacional, que se ve impedida de efectuar.

1.3.2 Infracción al artículo 19 N° 2 CPR.

Sobre el particular, vuelvo a plantear aquí la misma cuestión planteada a propósito de la vulneración de garantías alegada por la Universidad de Chile en su recurso de protección ¿Resulta propicio aludir a la transgresión de la igualdad ante la ley? Si bien la respuesta a propósito del recurso de protección fue no, esto es, no me parece adecuada o conforme a derecho la forma en que la Universidad planteó la vulneración de la igualdad ante la ley, si me parece pertinente alegarla ante la instancia constitucional. Lo anterior, por cuanto es la propia ley la que contempla la sanción de inhabilidad -incluso para órganos públicos sancionados por prácticas antisindicales, delitos concursales o vulneración de derechos- siendo el Tribunal Constitucional el único organismo garante de la Constitución incluso en contra de los actos del propio legislador, sin que esa facultad se pueda predicar respecto de la judicatura ordinaria.

Así las cosas, cuando nuestro artículo 19 N° 2 CPR en su inciso final precisa que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”, debemos entender el vocablo autoridad como aquellas establecidas por la Constitución y el ordenamiento jurídico, es decir, toda persona que ejerza poder público dentro del ámbito legislativo, de gobierno o administración o jurisdiccional, quienes tienen prohibido y por ende vetado establecer normas y acciones discriminatorias. Sin perjuicio de lo anterior, la igualdad no es solo frente a la ley, sino que frente al ordenamiento jurídico considerado como sistema, es decir, frente a la ley, la

⁶¹ Ibid..

Constitución, los reglamentos, auto acordados y cualquier otra norma jurídica, sin olvidar que los derechos constituyen límites a la soberanía, tal como expresa el artículo 5 inciso segundo CPR.

Sobre el legislador, cabe precisar que se encuentra bajo el mandato constitucional de tratar igual a las personas que se encuentran en situaciones e hipótesis jurídicas iguales y debe tratar diferenciadamente a quienes se encuentran en situaciones o hipótesis jurídicas diversas. Bajo esta premisa, la igualdad consiste en una relación que debe ser justa, ajena a toda arbitrariedad o diferenciación sin justificación, puesto que si hay diferencia, debe ser justificada y consecuentemente, si hay una justificación suficiente además el legislador se encuentra en la necesidad de diferenciar. La idea anterior contempla el principio o regla en materia de igualdad ante la ley siendo por tanto inconstitucional tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes, como se da en el caso del artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886.

Para reafirmar lo anterior el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia de fecha 08 de Abril de 1985 en ROL N° 28, Estableció que *“la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser igual para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que beneficien o graven a otros que se hallan en condiciones similares.”* Siendo así, no se trata de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse en cada caso según las diferencias constitutivas del mismo, lo que hace que la igualdad suponga la distinción razonable respecto de aquellos que no se encuentran en la misma condición y lo que justificará a su vez, que la legislación efectúe diversas regulaciones para dichos casos. En defecto, esta noción fue aquella que no se tuvo a la vista al momento de la tramitación del artículo único N° 1 letra a) de la ley N° 20.238 que estableció la inhabilidad para contratar con el Estado, pues no consideró en su tramitación que la realidad del mercado de compras y contratación pública no consigna como único proveedor a particulares, sino también a organismos públicos que dentro de su tráfico propio realizan la prestación de servicios, la que no puede materializarse a través de convenios de colaboración simplemente con otras entidades públicas, sino que requieren la debida sujeción a principios propios de la contratación pública.

El mismo criterio enunciado, es sostenido por la Corte Suprema, en sentencia del 15 de Junio de 1988 donde establece *“la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio*

de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, siendo natural que la ley en una serie de ámbitos pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional”.

De este modo queda evidenciado que al momento de legislar la materia, fue el propio legislador quien transgredió la igualdad ante la ley, al dar un trato igual a entidades que se encuentran en un claro marco de desigualdad, puesto que el legislador debe utilizar medios idóneos que atiendan al objetivo legítimo y constitucional propuesto por la legislación, el cual debe además, ser coherente. La propia Universidad requirente en su alegación constitucional saca a colación jurisprudencia relevante sobre este principio indicando que:

“Según tal enfoque – de la igualdad como diferenciación- es necesario distinguir conceptualmente entre “igualdades esenciales y desigualdades esenciales”. Así estamos en presencia de una igualdad esencial cuando personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis) son comparables. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha decidido que la ley Fundamental considera arbitrario y por ende inconstitucional tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales”⁶²

A lo anterior debe sumarse que doctrinariamente ha sido difícil identificar el objeto de la igualdad en Chile, por lo que con mayor o menor inteligencia algunos autores han esbozado algunos conceptos, sin perjuicio de lo cual me parece idóneo en la materia aludir al pensamiento del doctor en derecho Miguel Angel Fernández quien concluye acertadamente que *“dado que no resulta posible establecer un modelo o esquema universalmente aplicable en todo juicio de igualdad, será el juez en cada caso concreto y a la luz de los argumentos esgrimidos por las partes, quién deberá resolver si el trato dispensado infringe o no la isonomía”⁶³*

⁶² Sentencia tribunal constitucional rol N° 1273, en Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional ROL N° 3.702-17 INA

⁶³ Fernández González, Miguel Ángel, Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley, (Fundación Fernando Fuego, Editorial Jurídica Conosur), 2001, p. 321. (Énfasis añadido)

1.3.3 Infracción artículo 19 N° 3: igual protección de la ley en el ejercicio de derechos y la prohibición del *non bis ni ídem*.

Si bien explícitamente el constituyente no recogió la noción del *non bis ni ídem*, su presencia a nivel constitucional en nuestro ordenamiento jurídico es actualmente indiscutible.

Si bien su origen proviene de las tesis penales, rápidamente ha escalado al ámbito de los vínculos administrativo, principalmente en su faz sancionadora como parte de un único *ius puniendi* estatal. Este principio, implica una prohibición de que una misma persona (o entidad) sea juzgada y sancionada dos veces por un mismo hecho. En algunos ordenamientos jurídicos encontramos este principio expresamente consagrado y remitido al área penal, sin perjuicio de su aceptación como principio transversal, *vr gr*, la Ley Fundamental Alemana en su artículo 103 num. 3 lo regula en los siguientes términos:

Artículo 103: “[Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio *non bis ni ídem*]

- 1) *Todos tienen el derecho a ser oídos ante los tribunales*
- 2) *Un acto solo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto.*
- 3) *Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de leyes penales generales.*⁶⁴

Asimismo la ley de procedimiento administrativo General peruana consagra este principio en el número 10 del artículo 230 que dispone:

Principios de la potestad sancionadora administrativa: La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: Non bis in ídem.-No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico el principio referido no encuentra consagración expresa, al menos no a nivel constitucional, lo cual no ha sido óbice

⁶⁴ Véase Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Deutscher Bundestag, artículo 103.

para su reconocimiento como una de las denominadas *garantías individuales innominada*, en este sentido la Excelentísima Corte Suprema ha manifestado que:

“Configura una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política nacional y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo”.⁶⁵

Sobre el particular, nos parece acertado que la Universidad de Chile haya incluido dentro del catálogo de garantías – en esta ocasión innominada- el *non bis ni idem*, sin embargo me parece especialmente grave que su estudio se reconduzca únicamente al análisis de la proporcionalidad, así señala en su punto 3. Parte final que *“No cabe duda alguna que a todas luces se presenta dicha sanción de inhabilidad como completamente desproporcionada y abusiva, en el caso concreto, desde que no resulta lógico ni justo que, frente a una conducta menor, se haga además acreedora de una adicional condena que le significará ni más ni menos que la imposibilidad de poder concurrir a licitaciones respecto de contrataciones administrativas por un periodo de dos años”*. Lo anterior, por cuanto a mi juicio la proporcionalidad es una manifestación del *non bis ni idem*, pero como tal no representa en su totalidad la magnificencia de la garantía, así por ejemplo, no se alude a su necesaria concreción en instituciones tan relevantes como la cosa juzgada⁶⁶ o el principio de legalidad⁶⁷.

Resulta atendible, en todo caso el énfasis en la proporcionalidad, pues esta actúa como límite o fórmula de control al ejercicio de las potestades públicas, proscribiendo la arbitrariedad

⁶⁵ Corte Suprema, ROL N° 169-2009.

⁶⁶ Cuya vinculación dice relación con la seguridad jurídica y la certeza, por cuanto implica que el individuo sabe y conoce que no será nuevamente juzgado o sancionado en razón de unos mismos hechos. Sobre el particular véase RAMÍREZ, M. *El principio non bis in ídem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*. Tesis Doctoral. Getafe, España. Universidad Carlos III de Madrid, 2008. p. 18.

⁶⁷ Cuyo vínculo viene dado por la importancia de la legalidad en la estructura punitiva, la cual proscribe el ejercicio excesivo de la potestad punitiva del Estado, esto es, sancionar o juzgar dos veces a un individuo por unos mismos hechos.

y asimismo la punición múltiple respecto de un mismo hecho, el cual representa una respuesta claramente desproporcionada e indeseada en atención a la conducta ilícita.

1.3.4 Infracción artículo 19 N° 24 CPR que garantiza el derecho a la propiedad.

Parece esclarecedor al respecto, lo señalado por la Universidad de Chile a propósito de la transgresión de esta garantía en su punto 4. El cual indica que la aplicación del artículo 4 inciso primero (*sic*) *conlleva la exclusión de la Universidad de Chile del Registro Oficial de Contratistas de la Dirección de Compras Públicas, lo cual le impide participar en licitaciones a que llamen los organismos del Estado y se transforma en un impedimento ilegal para que ejerza parte de sus actividades que le son propias, ocasionando un grave perjuicio patrimonial. En efecto, durante el año 2016 la Universidad de Chile vendió a través del Portal Chile Compra, la suma de \$12.811.405.235, cifra que se puede extrapolar a las ventas previstas para el año 2017.*

*La infracción a nuestra Carta Fundamental, ocurre por cuanto la eventual aplicación de la norma impugnada en este requerimiento a dicha gestión pendiente, implica la privación a la Universidad de Chile de parte importante de su patrimonio, por cuanto las licitaciones, convenios y contratos que celebra en su calidad de proveedor a organismos públicos, representan una fuente de ingresos constante para la Universidad. **Por tanto, el detrimento no solo es actual, sino que también futuro y cierto.***

2. EL CASO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE.

2.1 Sentencia de instancia Rol S-99-2015 Del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

El caso de la Pontificia Universidad Católica de Chile lejos de tratarse de un supuesto de vulneración de derechos regido por el procedimiento de tutela laboral, dice relación con una denuncia por prácticas anti sindicales interpuesta por el Sindicato de empresa Pontificia Universidad Católica de Chile, Salud UC, ingresada el 23 de Septiembre de 2016 ante el Segundo juzgado de letras del trabajo de Santiago, conforme a lo dispuesto en los artículos

289, 287, 446, 485 y siguientes del código del trabajo. Si bien la sentencia en análisis, como se señaló, no se refiere a una sentencia en el contexto de procedimiento de tutela laboral, se refiere a otro tipo de procedimiento igualmente contemplado en el artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886, lo cual la hace merecedora del análisis en cuestión.

Indica la demanda en lo sustancial que tras la negociación colectiva de 2008, todos los dirigentes del sindicato debieron presentar su renuncia, procediendo a nuevas elecciones en las cuales los representantes electos vertieron todo su tiempo en el ejercicio de la labor sindical, lo que provocó una exención en el cumplimiento de las labores contractuales por parte de la demandada a efectos de la dedicación exclusiva a la actividad sindical, lo cual nunca se verificó en un documento escrito sin perjuicio algunos correos electrónicos semanales que darían cuenta de los permisos a la empresa, lo que señalan se produce en el marco de lo dispuesto en el artículo 249 del código del trabajo según lo cual los permisos sindicales son acuerdos consensuales a los que la ley no exige ninguna solemnidad adicional, reforzado por lo dispuesto en el artículo 1545 del código civil y alguna jurisprudencia de la Corte Suprema. Finalizan explicando que a través del tiempo la directiva ha sido modificada conforme a la ley, sin perjuicio de lo cual todos sus integrantes se han visto beneficiados con la exención de cumplir con los trabajos convenidos en el contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, indican que durante 2015, Carlos Ureta, Gerente de Recursos Humanos, informa que con el objeto de regularizar los permisos sindicales, se deberá comunicar por escrito a la jefatura correspondiente y a la subgerencia de Relaciones Laborales el permiso, día y hora en que se hará efectivo, consistiendo aquello en una modificación unilateral del acuerdo que se mantenía entre el Sindicato de Salud UC y la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agregan que durante 2016 la empresa a través de su Gerente de Recursos Humanos procedería a descontar de las remuneraciones mensuales, todas las horas que se registren como no trabajadas y que no se encuentren justificadas mediante los formularios de solicitud de permisos sindicales que la empresa dispuso al efecto, situación que el sindicato no estaba llana a aceptar debido a la existencia de un acuerdo consensual que data ya desde 2008 y que se estaría modificando de manera unilateral por la empresa de manera reiterada.

Afirman que la situación culmine de la situación se dio el 30 de Mayo de 2016 al momento de recibir las remuneraciones, toda vez que las respectivas liquidaciones de sueldo

de los dirigentes sindicales, se hacía alusión a un ítem denominado “descuentos varios” que coincidía con el monto líquido de sus remuneraciones, por lo cual procedieron a efectuar una carta a don Carlos Ureta, solicitando el reintegro de los descuentos, la cual no tuvo respuesta alguna en dicho momento, procediendo los dirigentes a efectuar una denuncia en la Dirección del trabajo por retención ilegal de remuneraciones, generando la activación de fiscalización N° 3.455 del año 2016.

Durante el mes de Junio de 2016 nuevamente la empresa no pagó la remuneración de los trabajadores dirigentes sindicales, incluso en algunos supuestos especiales de licencias medicas, por lo cual se procedió nuevamente a dejar una denuncia en la Inspección Provincial del trabajo bajo el Numero 3.089 de 2016, el cual culminó con sanción a la empresa mediante multa administrativa.

Indican los denunciantes que las prácticas de la empresa prosiguieron, inclusive llamándolos a negociar de manera anticipada y sobre todo a través de misivas electrónicas en las cuales se aludía a un supuesto acuerdo – inexistente- de liberación de jornada de trabajo a efectos de preparar la negociación colectiva, cuestión que lejos de ser cierta, dice relación con un acuerdo consensual vigente desde 2008 a la fecha. Indican que la Denunciada haciendo caso omiso a sus reclamos y misivas, procedieron nuevamente a descontar íntegramente su remuneración en el mes de Julio de 2016, efectuando una tercera denuncia por estos hechos en la Inspección del trabajo N° 3.656 de 2016 la que culminó nuevamente con multa para la empresa, sin perjuicio de lo cual los descuentos ilegales se promovieron hasta el mes de Septiembre de 2016, tal como consta en la ampliación de demanda efectuada por los denunciantes, alegando que la actuación de la denunciada constituye un caso de hostigamiento en contexto de practica antisindical.

En síntesis, luego de las defensas aportadas por la denunciada y las probanzas rendidas en juicio, con fecha 04 de Mayo de 2017 el segundo Tribunal de Letras del Trabajo de Santiago dictó sentencia condenatoria en contra de la denunciada por prácticas antisindicales indicando en lo pertinente de su considerando vigésimo que:

“Atendido lo señalado al no haber pagado la denunciada la remuneración que corresponda a las ocho horas semanales de permiso sindical que por ley tienen derecho los dirigentes sindicales durante los meses de mayo a julio de 2016, infringe la obligación antes

citada derivada de su actuar reiterado, permanente, y general de pagar a todos los dirigentes sindicales de la empresa la remuneración que corresponda al tiempo de los permisos sindicales autorizados por ella, situación que en opinión del tribunal afecta la actividad del sindicato al privar a sus dirigentes de remuneraciones a las que tienen derecho a percibir, por lo que en este caso también existe una práctica antisindical.”

Ante la tajante sentencia del tribunal, con fecha 16 de Mayo se deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia de instancia, fundada en la omisión de cualquiera de ellos requisitos establecidos en los artículos 459, 495 o 501 inciso final del código del trabajo conforme al artículo 478 letra e) del mismo cuerpo normativo y por contener decisiones contradictorias. No obstante lo anterior, el cual fue admitido a tramitación y actualmente se encuentra suspendido en merito del ingreso de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional chileno.

2.2 Inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol N° 3570-17.

En lo medular, con fecha 11 de Junio de 2017 se ingresa requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de mano de la Pontificia Universidad Católica de Chile ante el Tribunal Constitucional chileno. El requerimiento alega como inaplicables lo dispuesto en el artículo 294 bis del código del trabajo que dispone:

*La dirección del trabajo deberá llevar un registro de las sentencias condenatorias por prácticas antisindicales o desleales, debiendo publicar semestralmente la nomina de empresas y organizaciones sindicales infractoras. **Para este efecto, el tribunal enviará a la Dirección del Trabajo copia de los fallos respectivos.***” (Lo destacado es de la requirente).

Asimismo, alude a la inaplicabilidad del ya mencionado artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886, cuyo tenor ya es conocido. Sobre este punto es sobre aquel que pondremos mayor énfasis, toda vez que la estrategia jurídica y procesal desplegada por la Universidad Católica nos parece merecedora de sendos comentarios, que por razones obvias no podrán ser debatidas en este finito estudio.

En lo sustancial alegan la contrariedad del artículo conforme a la igualdad ante la ley en relación al principio constitucional de proporcionalidad del 19 n° 2 de la CPR, indicando que:

*“aparece como una consecuencia, inevitable, desde el ángulo meramente legal y judicial de fondo, no obstante el efecto devastador que tiene atendida la posición de la Pontificia Universidad Católica de Chile como actor relevante en la satisfacción de múltiples necesidades colectivas y de interés general en nuestro país”*⁶⁸, mediante lo cual se buscaba excluir la aplicación de la inhabilidad contenida en el artículo 4 inciso 1° de la ley de compras y contratación pública. Resulta interesante en el caso de marras, que la Pontificia Universidad Católica de Chile señala expresamente que la norma en abstracto de la ley de compras públicas es idónea para la consecución de las finalidades que persigue, sin perjuicio en su caso en particular, la norma resultaría desproporcionada por lesionar derechos de su representada como de las personas destinatarias de las prestaciones y servicios impidiendo asimismo la consecución del bien común, tesis que plantea a través del respectivo análisis de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Vulnera además, a juicio de la requirente el principio de servicialidad y otros deberes del Estado, por cuanto se verificaría un entorpecimiento en la satisfacción de los destinatarios de sus prestaciones y servicios, cuestión que nos parece al menos ambigua, si recordamos que dicha Institución sin perjuicio de tener el carácter de tradicional, tiene además naturaleza jurídica privada y en tal sentido no le son aplicables los principios de servicialidad estatal.

Finalmente agrega que la vigencia de la norma del artículo 4 inciso 1° de la ley N° 19.886 en nuestro sistema de fuentes, generaría una afectación a la esencia de los derechos, o se estarían imponiendo condiciones, tributos o requisitos que impiden su libre ejercicio conforme al artículo 19 N° 26 CPR, todo ello por cuanto la inhabilidad referida que se traduce en una imposibilidad de contratar con el Estado por dos años, sin que se verifique – a su juicio- el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente legítima – análisis contradictorio a lo señalado por el mismo requirente sobre su alegación de desproporcionalidad-.

⁶⁸ Vease STC ROL 3570-17

3. EL CASO DE EMPRESA DE TRANSPORTES RURALES TURBUS LTDA.

El caso de empresa de transporte rurales TurBus Ltda⁶⁹ nos presente un nuevo panorama, pues si bien también se trata de un procedimiento ordinario por practica antisindical el cual dio origen a su conflicto constitucional con la vigencia del artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886 es, dentro de lo que ha sido nuestro análisis, la primera empresa privada que cumple un fin únicamente de lucro.⁷⁰ Asimismo, señalo desde ya que no se trata, desde el punto de vista procedimental, de un caso de tutela laboral como el analizado extensamente en este estudio, pero cuyo análisis resulta igualmente rico para descifrar la complejidad que presenta en nuestro ordenamiento jurídico la vigencia del artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886.

3.1 La sentencia en causa S-114-2016 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Como primer antecedente relevante desde la perspectiva laboralista, cabe precisar que la denuncia por prácticas antisindicales en contra de Turbus fue presentada y patrocinada por la propia Dirección del Trabajo desde su ingreso el 11 de Noviembre de 2016.

En lo particular, la presentación se funda en los conflictos derivado de la relación entre la organización sindical y la representación corporativa debido al no pago de horas extraordinarias, lo que fue objeto de otra causa judicial favorable a los demandantes y que se encontraría en sede de cobranza laboral⁷¹ en cuyo seno se ha forjado una especie de presión y hostigamiento de la empresa para que el sindicato acepte un acuerdo para el pago de lo adeudado, el cual no ha tenido fruto sin perjuicio de la actitud de la empresa de transporte de acudir ante cada socio individualmente considerado a efectos de concretar la referida transacción extrajudicial en condiciones menos ventajosas, agregando en su denuncia una serie amplia de actitudes reñidas con la libertad sindical, entre las que destacan, incentivo a la renuncia, incumplimiento de instrumentos colectivos y presión para la firma de instrumentos colectivos gravosos conforme a los intereses de los socios, todo lo cual fue objeto de

⁶⁹ De ahora en adelante turbus o la empresa de transporte, de manera indistinta.

⁷⁰ A diferencia de lo que sucedía con el caso de las Unviersidades estudiadas, en las cuales se sacaba a colación de manera potente y reiterada el rol social, educacional, de investigación y de fomento a la salud que prestaban al publico en general a través de los contratos públicos regidos por la ley N° 19.886.

⁷¹ Vease RIT C-2431-2013.

denuncia administrativa que habría motivado la denuncia N° 1350/2015/382 de la cual se desprendieron fundamentos suficientes para la presentación de la demanda.

Luego de la contestación de la demanda y las probanzas aportadas, rendidas y valoradas, con fecha 04 de Abril de 2017, a fojas 39 y siguientes de la carpeta virtual se dicta sentencia, que termina por condenar a la empresa de transporte, la cual resultó totalmente vencida e incluso, condenada en costas. Sin perjuicio de lo anterior, se interpone recurso de nulidad por parte de la denunciada, el que, con fecha 28 de Junio de 2017 se declara admisible por la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el N° Reforma Laboral-954-2017 y la cual sin perjuicio de lo anterior, es rechazada con fecha 14 de Agosto de 2017.

3.2 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad rol N° 3978-17 INA

Siguiendo adelante con las vías laborales, con fecha 27 de Septiembre de 2017 la parte vencida dedujo recurso de unificación de jurisprudencia en autos rol N° 40.170-2017, gestión que se encuentra suspendida en merito del ingreso del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional deducido por Turbus ante el Tribunal constitucional chileno en contra de la norma del artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886.

Indica en su capítulo tercero punto 3.1 denominado “*la parte final del inciso primero del artículo 4° de la ley N° 19.886 establece una sanción*”, bajo este postulado desarrolla su idea señalando que la norma signa una consecuencia jurídica negativa propiamente tal, cual es la prohibición de contratar con los órganos de la Administración del Estado cuando se cumpla el supuesto normativo, esto es, la existencia de una sentencia que condene a una persona, en este caso, por prácticas antisindicales, agregando que dicha norma se aplica de manera indirecta, puesto que no se contempla en la sentencia misma, sin perjuicio de lo cual se concreta a través de la inclusión en el registro de sentencias condenatorias de la Dirección del trabajo. Señala que si bien la norma ha pretendido proteger un bien jurídico relevante, la aplicación de una sanción como aquella debe necesariamente ceñirse a las reglas constitucionales, principalmente en la aplicación del *ius puniendi estatal*, lo que en el caso de la norma que se pretende inaplicar, no se verifica, pues vulnera el derecho al debido proceso y no cumple con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Esgrime, como fundamento de sus alegaciones que la norma impugnada establece una sanción que no es posible impugnar en cuanto sin perjuicio de la sentencia laboral propiamente tal, el legislador no contemplo un procedimiento previo tendiente a que los supuestos infractores pudieran discutir la procedencia en particular de la sanción ni su intensidad, verificándose la falta de un procedimiento previo, racional y justo en conformidad al artículo 19 N° 3 de la CPR. Alude además que el procedimiento sustancialmente no permite discutir la procedencia ni la intensidad de la sanción, por cuanto si bien existe un debido proceso a propósito de los asuntos de competencia propia de los juzgados del trabajo, aquel no se verifica respecto de la sanción de inhabilidad. Sobre el particular parece exageradamente acertado lo indicado por el requirente para esclarecer su postura:

“Pero como VS, EXCMA, podrá apreciar a partir del examen de los antecedentes concretos del juicio, respecto a la sanción de inhabilitación establecida en la parte final del artículo 4 ° de la ley N° 29.886, no ha existido una formulación d cargos especifica, no se ha podido por tanto formular descargos al respecto, no se ha producido prueba y finalmente, no se ha aplicado la sanción por medio de los únicos medios aptos que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, como son una sentencia, o bien un acto administrativo que concluya un procedimiento sancionatorio. Lo anterior ha sido imposible debido a que, los Juzgados del Trabajo son incompetentes para pronunciarse acerca de materias relativas a la idoneidad técnica y situación financiera de una persona para contratar con la Administración. Y es que, los ilícitos que se pretenden combatir por medio de la sanción cuya constitucionalidad se impugna, vinculados con los derechos laborales y sindicales, no guardan relación alguna con los procesos de contratación pública (sic) Se aplica entonces una sanción de plano, de forma automática o mecánica, sin que exista un procedimiento judicial o administrativo previo, en que se hayan juzgado las circunstancias concretas del caso”.

Además, duda la constitucionalidad de la norma en merito de la proporcionalidad de la misma, pues produce un efecto contrario a nuestra carta fundamental, a través de la imposición de una sanción que considera manifiestamente desproporcionada, por cuanto no establece un adecuado equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada.

Asimismo, señala la requirente que los efectos perniciosos que la aplicación de la norma causarían se deben principalmente a la perdida pecuniaria, cercana a los 2.000 millones de pesos anuales, esto es, 130 veces más alto que la multa con la que el código del

trabajo sanciona las prácticas antisindicales afectando además a terceros, pues como efecto no considerado por el legislador, se reducirá la posibilidad que la empresa desarrolle actividades económicas, permitiendo que muchos trabajadores, probablemente pierdan su fuente laboral.

3.3 Algunos comentarios de los fundamentos del requerimiento de tur bus.

Si bien, como ya se señaló, el requerimiento constitucional efectuado por tur bus no surge a propósito de una sentencia por tutela laboral, en si mismo los postulados de la empresa privada de transporte merece varios comentarios.

En primer lugar, resulta – a mi juicio- plenamente aplicable lo planteado por Turbus en orden a que el inciso 1° del artículo 4° de la ley N° 19.886 establece lo que en derecho conocemos como una sanción, la cual claramente tiene una interferencia importante en la esfera patrimonial del particular. Sin perjuicio de lo anterior discurro del planteamiento de la inhabilidad como una sanción administrativa, pues si se analiza determinadamente aquella viene dada por el legislador, a través de la ley formal y material, sin perjuicio de su aplicación efectiva en manos de la administración del Estado mediante la Dirección de Compras. Así las cosas entonces sin perjuicio de la intervención que le corresponde a la Administración, la sanción viene dada por el legislador y en ese orden de ideas no me parece acertado hacerla participe de la potestad sancionatoria administrativa estatal.

En segundo lugar, me parece acertado también que se aluda a la falta de un debido proceso, pues podemos observar en el tenor del artículo 4 inciso primero de la ley de compras y contratación pública un entramado jurídico de cuestionable redacción y orden en el sistema de fuentes, maxime si consideramos que se están forjando lazos entre ramas del derecho tan especializadas y disimiles como lo son las compras y contrataciones públicas y la esfera laboral, lo que pudo haber permitido una regulación mucho más extensa y acabada. De este modo, resulta efectivo lo señalado por la empres de transporte que hasta ahora, no había sido objeto de análisis y que dice relación con que efectivamente no hay un procedimiento especial de reclamación o impugnación de la sanción de inhabilidad, puesto que si bien la vía laboral contempla por si misma la procedencia de recursos y vías jurisdiccionales de impugnación, aquellas dicen relación con ámbitos propios del derecho laboral conocidos por jueces del trabajo, en base a normas sustanciales laborales y a normas procedimentales

también laborales que ninguna relación dicen con compras públicas. Podemos ir más allá, pues dentro del conocimiento de las ciencias del derecho administrativo, aquellas que dicen relación con los contratos públicos se verifica como una rama altamente especializada que incluso hoy en día no tiene un tribunal especializado competente⁷².

Finalmente sale claramente a la luz que la fuente de la cual se desprende la sanción es la ley, sin embargo dicha inhabilidad debería tomar posición en el mundo real a través de un acto administrativo, consistente en una resolución de la Dirección de Compras Públicas a efectos de excluir del Registro de Proveedores del Estado a la entidad condenada, siendo así las cosas llegamos a un verdadero punto muerto sobre la proporcionalidad, puesto que la ley nada dice sobre ella y la Administración, pese a someter su actuar al ordenamiento jurídico en su conjunto, mal podría regular por vía administrativa un elemento tan esencial, dejando en plena indefensión al afectado, indefensión que además proviene de la propia negligencia de la ley y que nos lleva necesariamente a recordar el vocablo latino *lex injusta non est lex*, trayendo a colación la problemática que ya se planteaba en la escolástica sobre la ley injusta.

Sobre el particular además se debe señalar que la inhabilidad establecida es lisa y llanamente una sanción que no puede catalogarse siquiera como accesoria, puesto que la sentencia laboral la lleva consigo de manera inherente e incluso sin necesidad que sea establecida expresamente. Así las cosas, no existe entre la sanción laboral y la inhabilidad ningún tipo de dependencia o accidentalidad teleológica, es mas el tribunal laboral, en cuanto tribunal especializado tampoco puede pronunciarse sobre ella.

⁷² Pues como ya se señaló en este estudio el Tribunal de Contratación Pública carece de facultades para conocer de las cuestiones que se susciten posterior al acto de adjudicación, es decir, en los momentos en los que se extiende con toda la fuerza normativa los contratos públicos y la ejecución de los mismos.

CAPITULO IV

RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA INHABILIDAD DEL ARTICULO 4 INCISO PRIMERO DE LA LEY N° 19.886.

El título de este trabajo, nos dice desde ya un postulado del cual partiremos y es que si bien la razonabilidad y la proporcionalidad son conceptos jurídicamente parecidos y teleológicamente complementarios, estrictamente no son lo mismo en derecho, pues se vinculan a través de una relación género a especie en la cual la razonabilidad abarca la proporcionalidad y esta última a su vez nace como una consecuencia necesaria de la primera. De este modo, el juicio de proporcionalidad mide la intensidad de la actuación estatal.⁷³

Para estos efectos, en el presente capítulo nos encargaremos de desentrañar el sentido de ambas nociones- juicio de razonabilidad y juicio de proporcionalidad- con el efecto de hacer extensivos sus aspectos más relevantes al alcance del artículo 4 inciso primero de la Ley N° 19.886 que como ya hemos indicado, contiene la sanción de inhabilidad para contratar con el Estado.

1. LA RAZONABILIDAD.

El vocablo razonable, proviene del latín *rationabilis* que significa arreglado, justo o conforme a razón. En términos actuales la razón, lo razonable, lo podemos entender como un juicio sano o normal, pero en general, “lo razonable” tiene un tinte subjetivo que hará que sea difícil precisar su sentido y alcance de manera única o universal.

Algunos autores han entendido la razonabilidad como una fórmula elástica, que puede adaptarse a variadas situaciones y a la vez, puede extenderse en diversas direcciones, lo que ha llevado a que algunos autores pretendan estrechar el concepto a uno que verse sobre la razonabilidad en sentido estricto, entendiéndolo como la *justicia de la igualdad*, dejando a su sentido amplio las *meritaciones de valor inferiores a la justicia en el plexo axiológico como*

⁷³ Arancibia, Jaime (2010): "The intensity of judicial review in the commercial context: deference and proportionality", en *Effective judicial review. A cornerstone of good governance*, Forsyth, Christopher; Elliot, Mark; Jhaveri, Swati; Ramsden, Michael, and Scully-Hill, Anne (Editors) (Oxford, Oxford University Press), pp. 287-299.

*son la solidaridad, la cooperación, la paz, el orden, el poder y la seguridad, entre otros.*⁷⁴ Para otros autores, lo razonable deriva más bien de un aspecto que podemos etiquetar como sociológico, pues trata de la experiencia de la razón vital e histórica, esto es, “*de la experiencia vivida por los hombres individual y colectivamente y por ello, la razonabilidad es ruto del logos humano, es decir, la lógica de lo razonable, a diferencia de la lógica matemática que es la lógica de lo racional*”⁷⁵. Sobre la obra de Recasen, Jose Manuel Cabra indica que:

*“El logos de lo razonable es una concepción sustantiva de la razón, en tanto que facultad humana que no sólo es capacidad de inferir contenidos a partir de premisas dadas, sino que opera también como razón legisladora apta para dar respuesta a los problemas prácticos en toda su complejidad, considerando y evaluando los factores particulares que configuran a una determinada situación como problema. Pero, ¿en qué consiste entonces la lógica de lo razonable? ¿Cuál es su contenido? Como se apuntó más arriba, el logos de lo razonable no es una teoría moral que sostenga la corrección de una serie de principios de justicia, sino una estimativa, un conjunto de «directrices de prudencia» que hacen que nuestros juicios y decisiones sean razonables, a la vista de las circunstancias concretas y limitadas en que se desenvuelven. Entre los valores o directrices comprendidos en la idea de prudencia, junto a aquellos más evidentes de la justicia, la paz o la dignidad humana, se incluyen consideraciones de tipo consecuencialista, pragmático (de adecuación o idoneidad empírica), posibilista o coherentista (sic)”*⁷⁶

Otros Autores como Pereira⁷⁷ toman el ejemplo angloamericano para desentrañar “lo razonable”, entendiéndolo como la *confianza en el sentido común del hombre corriente*, fundamento además de las libertades inglesas y de los postulados del constitucionalismo. Lo anterior nos lleva a un postulado indudable: pues por más que se quiera lo razonable es un concepto variable, sin perjuicio de lo cual ha sido el sustento de libertades políticas en diversos sectores del mundo, por ejemplo, en el caso norteamericano, en el cual la Constitución es entendida como una manifestación de la razón.

⁷⁴ Linares, J. Francisco. *La razonabilidad de las leyes*. Argentina, Astrea, 2010. P, 16.

⁷⁵ Rivaya, B.: «Biografía política de Luis Recaséns Siches», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 52, 2001, pp. 193-228.

⁷⁶ Cabra Apalategui, J. Manuel. *Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable*. Universidad de Málaga. En *Anuario de Filosofía del Derecho* Vol. XXVII, 2011. P 47-48.

⁷⁷ Pereira Menaut, Antonio Carlos (1992): *El ejemplo constitucional de Inglaterra* (Madrid, Universidad Complutense) disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=2456066&pid=S0718-5200201100010000700016&lng=es

Sea cual sea la significancia que quiera darse a la razonabilidad, esta surge en el seno del derecho anglosajón vinculado estrechamente al *due process of law*. De Este modo el principio de razonabilidad en su concepción original implica que para que los actos de los poderes públicos gocen de validez, debe observar determinados procedimientos y reglas, lo cual se replicó en Norteamérica e incluso se llevó a grado constitucional.

En nuestro país se replicó la idea – como en muchos otros Estados- en la cual la razón es aquella que fundamenta nuestra Carta Fundamental y se concreta en dos postulados básicos, cuales son el reconocimiento del respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como límite a la soberanía y en segundo lugar, en el principio de juridicidad. De este modo nuestra Constitución viene en establecer además un amplio catálogo de derechos fundamentales, derechos todos inherentes a la persona humana por el solo hecho de ser tal, pero más allá de eso, podemos indicar incluso que aquellos se regularon a nivel Constitución para garantizarlos y protegerlos del poder estatal⁷⁸.

En general los derechos fundamentales abarcan un espectro amplísimo en el marco jurídico, sin perjuicio de ello, no son ilimitados o infinitos, *cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más*⁷⁹ de lo que se desprende que los derechos y libertades requieren una labor delimitadora que viene dada en la gran mayoría de los casos por la ley. De este modo el legislador tiene un rol esencial, pero a la vez peligroso, pues en su contenido inicial los derechos fundamentales se pregonaban precisamente como escudo frente al poder público, incluso a la ley y al poder legislativo⁸⁰ por lo cual en cumplimiento de su función debe primar la razonabilidad, tal como señala Nogueira:

⁷⁸ Sin perjuicio de las tesis constitucionalistas que pregonan además la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en los cuales estos no solo operarían como escudo frente al poder Estatal, sino frente a cualquier poder o persona, incluso particulares. Sobre el tema véase el estudio realizado por Pablo Marshall publicado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca denominado *el efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución*, disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n1/art03.pdf>

⁷⁹ De Otto, Ignacio (1988): "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en Martín Retortillo, Lorenzo Martín y De Otto, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución* (Madrid, Civitas)

⁸⁰ Recordemos los supuestos de leyes de guerra, que sin perjuicio de tener el rango de ley eran vulneratorias de lo que hoy conocemos transversalmente como Derechos Humanos. Vease el estudio *Guerra, Justicia y Derecho Internacional* del autor Alfonso Ruiz Miguel, disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000100003

“Toda limitación autorizada por la Carta Fundamental que realice el legislador de los derechos fundamentales, además de la necesidad de que esté expresamente autorizada por la Carta Fundamental, debe ser justificada, no pudiendo ser arbitraria.”⁸¹

Así las cosas, la razonabilidad se manifiesta de manera formal en el ejercicio de la limitación de derechos por parte exclusivamente de los órganos encomendados por la propia Constitución, cual es el poder legislativo y; materialmente tiene su manifestación en que los objetivos de la norma y los medios empleados sean acordes a la Constitución y a la razonabilidad en el orden jurídico respecto del contenido esencial del derecho. En dicho sentido entonces, el control de constitucionalidad de una norma de rango legal es esencial, pues de ese modo el juez podrá velar porque el legislador haya actuado conforme a los límites asignados a su autoridad, como señala Hamilton *“es función primordial de los jueces velar porque el legislador actúe de acuerdo a “los límites asignados a su autoridad”. Ello importa que si hay una incompatibilidad entre los actos “de una autoridad superior y otra subordinada, de un poder original y otro derivado”, debe preferirse el primero respecto del segundo.”⁸²*

El control que se ejerce no solo verifica la conformidad Constitucional de la ley, sino que también la debida correspondencia entre el ejercicio de la actividad y potestad normativa con el fin perseguido por ésta, lo cual implica estudiar su idoneidad y razonabilidad de lo que se desprende que el control constitucional implica *per se*, un juicio de razonabilidad.

Nuestra Constitución no consagra de manera expresa el principio de razonabilidad, sin perjuicio que pueda extraerse del principio de juridicidad o imperio del derecho del artículo 7 que obliga a los poderes públicos a actuar en investidura regular, dentro de su competencia y bajo los procedimientos fijados en la ley, lo que excluye la arbitrariedad en directa relación con el rol de los derechos fundamentales como límites a la soberanía del artículo 5, la igualdad ante la ley del artículo, el debido proceso y la garantía de no afectar los derechos en su esencia, entre otros.

⁸¹ Nogueira Alcalá, Humberto (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*, Tomo I (Santiago, Librotecnia)

⁸² A. Hamilton, J. Madison, J. Jay (1943): *El Federalista* (México, Fondo de Cultura Económica)

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha recogido tradicionalmente la idea de que la razonabilidad es un elemento implícito del principio de igualdad, y que por ende las diferenciaciones que fijen los poderes públicos deben ser razonables⁸³, estableciendo de ese modo una especie de “juicio de igualdad”.

En general, ya se ha hablado en este trabajo sobre las concepciones constitucionales y doctrinales de la igualdad jurídica, sin perjuicio de lo cual volveremos en este acápite a indicar que la igualdad no implica la imposibilidad de establecer diferencias, sino que cuando las diferencias se establezcan, ellas no deben ser irracionales o arbitrarias, sino que justificado de manera objetiva y razonable conforme a juicios de valor generalmente aceptados.

De esta forma, la desigualdad de los supuestos de hecho justifica constitucionalmente la diferencia de trato y evita que sea considerada como una discriminación arbitraria, puesto que las situaciones de hecho disimiles otorgan la cobertura a una diferenciación admisible jurídicamente. A su vez dicha diferenciación debe estar basada en una finalidad concreta y razonable, prudente o lógica y no meramente instintivo o fruto del capricho o mera voluntad, lo que implica una relación entre la situación y la finalidad perseguida.

2. LA PROPORCIONALIDAD

El origen del principio de proporcionalidad surge en el derecho administrativo prusiano de policía, cumpliendo una labor de orientación respecto de la libertad individual, tiene así, sus primeros avances en la jurisprudencia del Tribunal Superior Administrativo de Prusia que estableció por primera vez que la proporcionalidad como una prohibición del exceso y en cuanto principio, vinculante para los órganos administrativos. Sin perjuicio de no haber encontrado en esta época su mayor desarrollo, junto al surgimiento de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, el Tribunal Constitucional Federal desarrollará el concepto de proporcionalidad relacionándolo por primera vez con los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, como reacción frente a la catástrofe sufrida durante la II Guerra Mundial.

⁸³ Véase STC roles N°s Roles N°s. 28, 53, 219, 226, 249, 755, 811, 1204, 1217, 1243.

Según el Tribunal Constitucional Federal la proporcionalidad *trata de un principio general de rango constitucional inserto en la clausula del Estado de Derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos.*⁸⁴

En su esencia, el principio de proporcionalidad apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, transformándose en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales en virtud del cual los poderes públicos deben actuar exclusivamente dentro de su competencia y hasta el ámbito de sus atribuciones, evitando los excesos y respetando sus propios límites, encargándose de ese modo de la protección de derechos y libertades.

Siendo así, de Perogrullo podemos inferir que el desarrollo más destacado de este principio se da en Alemania, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y toma su punto culmine con la Sentencia conocida como *apothekenurteil* de 11 de Junio de 1958 sobre la admisión limitada de farmacias, en la cual el tribunal explica dogmáticamente el significado de este principio y los requisitos que emanan del principio; debe perseguir una finalidad legítima; debe ser adecuado o idónea para la promoción de su objetivo (*geeignetheit o adecuación*); debe ser necesaria y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte en menor medida los derechos involucrados (*mínimo de intervención*); debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención, por lo cual los instrumentos y medios deben justificarse en su grado de gravedad.

En Chile, no encontramos ninguna norma expresa que consagre el principio de proporcionalidad, sin perjuicio de lo cual puede igualmente entenderse implícito en las reglas del Estado de Derecho. Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su rol de garante máximo de la Constitución, utilizando el test de proporcionalidad como un criterio de control, por ejemplo, en su sentencia rol N° 541-06, de 13 de julio de 2006, considerando 15 aplicó únicamente la relación entre los medios legítimos utilizados y el fin perseguido indicando:

⁸⁴ Vease Fernández Nieto, Josefa (2008): *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común Europeo*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos P 235.

“La regulación legal de los derechos debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos”

Mientras que en otras Sentencias como aquella recaída en el Rol N° 1.046-‘8 de 03 de Marzo de 2008 en su considerando 22° sostuvo que *“En el examen de constitucionalidad de normas legales debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican”* o en su sentencia N° 1.061-08 de 17 de Abril de 2008 cuando indicó en su considerando 17° que *“si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean -las mismas restricciones- proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando, por ende, tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes”*

Ejemplificadora parece la sentencia Rol N° 1.463-09 de 18 de Agosto de 2009, que nace a propósito del análisis de constitucionalidad del artículo 2.331 del código civil sobre las imputaciones injuriosas, en la cual señaló que:

“Si bien no le corresponde evaluar el mérito de las decisiones legislativas, la restricción de derechos debe satisfacer un mínimo test de proporcionalidad, sobre todo cuando ello importa establecer un tratamiento diferenciado. Para examinar la procedencia constitucional de las distinciones establecidas por el artículo 2331 del Código Civil, es necesario, en primer lugar, analizar que la restricción del derecho a la honra persiga un fin legítimo; en segundo lugar, determinar que la norma resulta adecuada e idónea para alcanzar dicho fin y, por último, clarificar si la diferencia es razonable en relación con el valor del fin propuesto”

Es indiscutible el rol del principio de proporcionalidad en materia de derechos y libertades, es más, Robert Alexy ya postulaba que los derechos y libertades pueden

colisionar, solucionando esto mediante la proporcionalidad y la ponderación de los derechos en conflicto, asumiendo que las normas de derechos fundamentales clasifican en reglas y principios, los cuales pueden entrar en conflicto o colisión. A juicio de Alexy, lo anterior se verifica cuando dos normas aplicadas de manera independiente conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorias entre sí, lo cual en el plano de los principios – como el de proporcionalidad- uno de ellos debe ceder entre sí, ponderando entre derechos *contrapesando los bienes jurídicos en pugna de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál es más importante en el supuesto y cual debe rendirse*”⁸⁵.

Similar es la idea, aunque en términos mucho más categóricos de Eduardo Aldunate, quien indica que *la ponderación siempre tiene que llegar a una consecuencia difícilmente sustentable, a saber: que respecto de su protección, en un caso, un derecho fundamental es, por así decirlo, más fundamental que otro*. Desde luego ello resultará descorazonador para la parte en contra de la cual se hizo valer en un pleito el mayor "peso" del derecho de su contraparte, porque conlleva el "sacrificio" de su derecho. Pero además revela que el *consecuencialismo está en la base de este tipo de razonamiento, pues la consecución de un bien se hace a costa de otro bien, y se olvida que "una acción que por sí misma atenta contra algo intrínsecamente valioso es imposible que sea buena"*⁸⁶.

Mismo planteamiento se postula por catedráticos del derecho Público, para quienes a través de las normas legislativas que generan colisión de derechos se *centra la atención en algo en lo que ya han puesto sus corazones -los legisladores- un aumento de la riqueza nacional mediante la colectivización de la agricultura, poner fin a la guerra, detectar a los herejes y criminales, ser reelegido Presidente, poner fin al dolor de esa joven mujer, etc. Se enfatizan las buenas consecuencias de esto, y las malas consecuencias de omitirlo o de no lograr conseguirlo. Se quita importancia a exigencias tales como la imparcialidad interpersonal para juzgar -legislador- la fidelidad de los compromisos, etc. De este modo, se fuerza el cálculo para que proporcione una solución determinada*". Como se comprenderá, esto no parece ser muy acorde a la seguridad jurídica y a la previsibilidad de los actos de los

⁸⁵ Bertelsen Simonetti, Soledad (2010): "Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales", en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 42, 13108.

⁸⁶ Isler Soto, Carlos (2011): "Una crítica finnisiana al principio de proporcionalidad", en *Ius Publicum* 26, 31-52.

*poderes públicos y, en último término, pareciera que tampoco es muy coincidente con la justicia, que es el fin propio del Derecho.*⁸⁷

3. ¿DONDE QUEDÓ LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE LA INHABILIDAD DEL ARTICULO 4 I. 1° DE LA LEY N° 19.886?

Como bien se ha estudiado en estos párrafos, la inhabilidad de dos años para contratar con el Estado establecida en el artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886 se reguló a propósito de la tramitación de la ley N° 20.238.

Durante la tramitación de la Ley N° 20.238 poco se debatió sobre una eventual colisión de derechos o sobre la racionalidad o proporcionalidad de la norma, es más, debemos sacar a la palestra sin gusto o disgusto político, sino mas bien objetivo, algunos comentarios.

En primer lugar cabe precisar que según se consigna en la historia fidedigna de su establecimiento la idea original del proyecto era inhabilitar por cinco años a las empresas que hubieren sido sancionada por infracciones a la legislación laboral, ello con la finalidad de hacer efectivo el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas y personas naturales que contratan con el Estado. Igualmente la norma contemplaba esta inhabilidad para aquellas empresas que registrasen deudas tributarias, lo que se consideró impertinente por establecerse en la normativa tributaria facultades propias a sus órganos administrativos con fines sancionatorios. Asimismo, las diputadas Adriana Muñoz, Ximena Vidal y los diputados Aguiló, Cornejo, Correo, Pedro Muñoz, Salaberry, Seguel, Tapia, Urrutia y Vilches formularon la indicación para cambiar el número 1 del artículo único del proyecto la palabra cinco por dos, esto es, por reducir la inhabilidad por considerarla “excesiva” y hacerlo coincidente además con la actual legislación en la materia que establece la prescripción de los derechos que emanan del contrato de trabajo, lo que fue aprobado por la unanimidad de los diputados presentes en sala.

En su segundo tramite constitucional ante el Senado, en discusión general, Pablo Longueira manifestó expresamente su preocupación a efectos de determinar una frecuencia con

⁸⁷ Arnold, Martínez y otros. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Estudios Constitucionales. X, Santiago, 2012, p 89.

la que debía verificarse la infracción, esto es, propuso la modificación a efectos que no bastara una infracción para aplicar la sanción de inhabilidad, sino dos o mas o en su defecto, en caso de tratarse solo de una, ponderar su magnitud en el sentido que se bastara a si misma para ser merecedora de la sanción, por lo que se mostró partidario de precisar la disposición en dicho sentido, esto es, racionalizando la norma y proponiendo criterios tales como la frecuencia, gravedad de la infracción o número de trabajadores a quienes afecta.

En la misma instancia, a propósito de la presentación del Director de la Dirección de Compras Públicas, indicó la incidencia que tendría la norma a nivel técnico en el sistema de compras y contratación pública señalando “*Otro aspecto importante a considerar se refiere a la directa relación que existe entre mayor participación o competencia y menores precios. En efecto, agregar requisitos adicionales a la participación en los procesos de selección Para la contratación pública, podría tener una repercusión negativa que afecte la competencia y, consecuentemente, los precios.*”⁸⁸

Asimismo en la instancia cabe precisar la intervención del Senador Letelier, quien consulto la posibilidad de incorporar al sistema de contratación a las empresas del Estado, respondiendo a ello el Director de Compras y Contratación Pública que *dichas empresas efectivamente están excluidas de este mercado, dado que su propia institucionalidad les impide participar del mismo.*”

Sobre la materia existió un amplio debate sobre la pertinencia de excluir a las empresas sancionadas por prácticas antisindicales y vulneración de derechos fundamentales, lo que se justificó principalmente en las desventuras y vaivenes económicos a los que se daba lugar con la sanción de inhabilidad y el rol de la pequeña y mediana empresa, mientras que otra parte de los Honorables Parlamentarios requerían aumentar el plazo a modo represivo de conductas reñidas con el estatuto laboral.

Nada se dijo en la discusión parlamentaria sobre la incidencia de la norma en garantías fundamentales tan esenciales como la igualdad ante la ley, el debido proceso o el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

⁸⁸ Artículo 44 historia de la ley N° 20.238, p 44 disponible en www.bcn.cl

En particular si efectuamos un análisis de razonabilidad ¿Podemos señalar que resultó conforme la regulación normativa? Pues a mi juicio la inhabilidad contemplada en el artículo 4 inciso primero de la ley de compras no resulta para nada juiciosa, toda vez que genera una elefantiasis jurídica. Si bien estimo del todo pertinente la procedencia de una regulación específica en materia laboral que propenda al cumplimiento de la normativa y la real defensa de los derechos de los trabajadores y trabajadoras chilenas, considero que dicha regulación debe venir en la propia normativa laboral y no administrativa, pues con ello el legislador solo logra perpetuar leyes incompletas, insuficientes y en este caso, derechamente injusta.

Además de lo anterior cabe precisar que cada una de las causas que dan origen a la inhabilidad del artículo 4 inciso primero de la ley de compras públicas, la propia ley laboral ya tiene sanciones que buscan reprimir este tipo de conductas, las que además son bastante intensas hacia el empleador, *vr gracia*, en materia del procedimiento de tutela laboral encontramos siempre las facultades fiscalizadoras de la Inspección del trabajo en cuyo merito puede disponer la aplicación de multas; disponer una indemnización adicional entre seis a once meses de la última remuneración mensual del trabajador, la remisión de la sentencia condenatoria al registro de la Dirección del trabajo y una indemnización a título de daño moral, lo cual durante los últimos años ha sido acogido ampliamente en la jurisprudencia laboral amparados además en la unificación de jurisprudencia de nuestra excelentísima Corte Suprema.

Nada más indicado lo anterior, resulta del todo necesario indicar que a mi juicio la norma del artículo 4 establece, sin lugar a dudas, una norma desproporcionada, que no solo no tuvo en consideración o a la vista la existencia y vigencia de algunos derechos fundamentales que conculca gravemente, pues en merito de lo anterior además, mal pudo verificar su actuar al ámbito de sus competencias y con ello me refiero expresamente a que al no darse cuenta el legislador que conculcaba derechos fundamentales, tampoco tuvo en consideración la magnitud de la delimitación, generando un grave perjuicio con su actuar.

3.1 Test de proporcionalidad

3.1.1 Finalidad legítima

El punto de partida de todo test de proporcionalidad implica identificar si la regulación persigue una finalidad legítima. Sobre este punto hay que distinguir, pues desde el estudio del proyecto de ley que le da vida a la ley N° 20.238 podemos evidenciar diversas

finalidades; por un lado si consideramos que la finalidad de la norma es reforzar el espectro tutelar de los trabajadores, aquella siempre será una finalidad legítima en nuestro sistema jurídico, sin perjuicio de lo cual también se esbozó como finalidad la limitación de que el Estado contrate con entidades sancionadas por vulneración de derechos, delitos concursales o prácticas antisindicales, en cuyo caso me parece también plenamente lícito que se limite la actividad de adquisición del Estado en vistas a objetivos loables o reputados como socialmente útiles.

3.1.2 Adecuación o idoneidad

La regla de idoneidad evalúa la constitucionalidad de una medida que afecta el disfrute de derechos fundamentales en dos sentidos. Por una parte, analiza si la medida o su finalidad son legítimas y por otra parte, analiza si la medida es adecuada para promover esa finalidad. Sólo si la medida es admisible en estos dos sentidos se podrá afirmar que ha superado el estándar exigido.

Una medida restrictiva de derechos fundamentales está constitucionalmente justificada si tiene respaldo en normas constitucionales. En efecto, el principio de supremacía constitucional exige que las restricciones a los derechos fundamentales sólo provengan de otras normas constitucionales o por remisión de la misma, es decir, de normas que tengan su misma jerarquía. Que las restricciones provengan de otras normas constitucionales significa que han sido estatuidas en normas constitucionales o que han sido estatuidas en normas infraconstitucionales autorizadas por normas constitucionales.

De acuerdo con lo expresado, una medida restrictiva de derechos fundamentales sólo puede considerarse teleológicamente idónea, es decir, legítima, si ni ella ni su finalidad están constitucionalmente prohibidas, y si su finalidad es proteger o promover el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales, o de intereses establecidos por el legislador previa autorización de una norma constitucional. Por el contrario, la medida será teleológicamente inidónea, es decir, ilegítima, si la restricción de derechos fundamentales que pretende está constitucionalmente prohibida, o si no favorece el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales o de intereses estatuidos por el legislador autorizado por una norma constitucional

Por otra parte, la medida evaluada puede considerarse técnicamente idónea si es efectivamente adecuada para promover los fines pretendidos con la aplicación de la misma. Estos fines deben consistir, en la protección o promoción de otros derechos fundamentales o de bienes constitucionales, o de fines establecidos por el legislador previa autorización constitucional. En consecuencia, la exigencia de idoneidad instrumental se justifica en que la restricción a derechos fundamentales debe ser realmente útil para favorecer tales finalidades y es precisamente esa utilidad la que debe ser evaluada por el órgano jurisdiccional, a partir de la información con que cuenta.

Entonces ¿Es idónea la regulación para la promoción de su objetivo? Si bien la inhabilidad contemplada en la ley busca reprimir conductas lesivas de derechos, no existe ningún estudio fehaciente que establezca la eficacia de la inhabilidad a tal efecto. Es más, podemos indicar que en cualquier caso la entidad sancionada o inhabilitada buscará otros nichos de mercado donde satisfacer su objeto social o en su defecto adecuará y/o reorganizará su estructura social por la imposibilidad de celebrar sendos contratos con el Estado. Ello, al largo plazo generará corporativamente un debilitamiento de los beneficios y estabilidad laboral de los propios trabajadores que se pretende tutelar, pues de la lógica se desprende que la pérdida de oportunidades en el ámbito empresarial se manifiesta de forma importante en despidos masivos y vulnerabilidad de las condiciones laborales.

De este modo, llegamos al absurdo que la norma busca reprender al empleador abusivo a través de la inhabilidad sin objetar las consecuencias fácticas y económicas que aquello producirá y que finalizará únicamente en un detrimento para aquellos que buscaba – teóricamente- proteger.

3.1.3 Mínima intervención o necesidad

La regla de necesidad evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos niveles. En primer lugar, se debe determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación y en segundo lugar, se debe analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales. Si la medida es la única idónea se habrá superado el estándar establecido por esta regla, y lo mismo ocurrirá si es la que menos afecta los derechos fundamentales.

De acuerdo con lo recién explicado, la medida sometida a control es teleológicamente necesaria si es la única idónea. Esto significa que no existen alternativas al menos igualmente eficaces para favorecer los fines perseguidos con su imposición. Para arribar a una tal conclusión es necesario preguntarse si existen medios alternativos que revistan igual idoneidad. Lo que aquí se compara es el grado de idoneidad de la medida sometida a control y medidas alternativas, pues estas últimas deben presentar al menos la misma capacidad que la primera para promover el fin buscado.

Por otra parte, la medida sometida a control es técnicamente necesaria si es la que importa una menor injerencia en el disfrute de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, debe tratarse de la más suave o moderada de entre las que permiten alcanzar la finalidad pretendida. Adviértase que este nivel de análisis tiende a optimizar el disfrute de los derechos fundamentales, pues rechaza aquellas medidas que pueden ser reemplazadas por otras igualmente eficaces, pero menos lesivas.

Mientras la idoneidad implica un juicio de eficacia, la necesidad implica un juicio de eficiencia.

Entonces ¿Era necesaria la inhabilidad? Pues no.

Si lo que se quería cautelar era al trabajador en el marco de la relación laboral, el legislador pudo escoger otras vías de intervención que afectaban en menor medida los derechos fundamentales, así por ejemplo, pudo establecer como medida reparatoria adicional a las ya contempladas en el marco del procedimiento de tutela laboral, por ejemplo, referirse de manera expresa la remisión al daño moral, la asistencia obligatoria a charlas sobre los derechos de ciudadanía en la empresa para el empleador por un número alto y determinado de horas a la semana, favorecer al trabajador con asistencia médica, psicológica, psiquiátrica o educacional según el caso, entre otras que hubiesen logrado de manera más directa y pertinente el fin deseado.

3.1.4 Proporcionalidad en sentido estricto

Considero suficientemente grave la vulneración de derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales, asimismo las prácticas antisindicales en lo que a este trabajo refiere. Sin perjuicio de lo cual merece crítica los medios usados por el legislador para

intentar suprimir estas conductas. No parece proporcional establecer una inhabilidad para contratar con el Estado de manera absoluta y por dos años el hecho de haber sido condenado por una práctica antisindical o vulneración de derechos, en el sentido que la norma no establece ninguna forma de medir la magnitud de la conducta en aras a la gravedad de la sanción impuesta, pues en este contexto la sanción para la Universidad de Chile por la vulneración de derechos de un trabajador implicará exactamente la misma sanción para TurBus que con su actuar afectó una organización sindical completa, por ejemplo.

A su vez, a poco andar en el estudio de las adjudicaciones del Estado, podemos observar que las mayores licitaciones⁸⁹ en cuanto a su valor pecuniario son adjudicadas a empresas extranjeras. En dicho sentido, la empresa extranjera no contará con ningún registro en caso de haber sido condenada en su país por alguno de los factores que consagra el artículo 4, puesto que el sistema de compras públicas no cuenta con un sistema interconectado, sin perjuicio de la Declaración Jurada que a estos efectos se exige a los oferentes, pues como bien se sabe el principio de probidad se exige respecto de órganos públicos y no privados, de lo que se desprende que la norma del artículo 4 carece totalmente de sentido, pues además, solo afecta a la empresa chilena.

En el segundo capítulo de este estudio tuve la oportunidad de indagar en el amplio margen económico de las relaciones comerciales entre la empresa y el Estado que da origen a sendos contratos que permiten la fluctuación económica a mediana y gran escala de muchas empresas. Asimismo, la práctica laboral nos enseña que muchos casos de tutela laboral tienen su reparación a través de los medios que la propia ley laboral franquea y que la supresión de tales conductas se logra de manera eficaz a través de la dictación de la sentencia en materia laboral. Es por lo anterior que considero inútil y desproporcionado establecer además una sanción de esta magnitud sin que el legislador haya reparado siquiera en el establecimiento de parámetros de gradualidad para su interposición, ergo, la técnica legislativa empleada me parece carente, insuficiente y errónea.

De este modo, a través del actuar legislativo que instauró en nuestro ordenamiento jurídico la inhabilidad para contratar con el Estado respecto de aquellas entidades que hayan

⁸⁹ Concentradas principalmente en el área de obras públicas.

sido condenadas en procedimiento de tutela laboral a mi juicio vulnera lisa y llanamente el principio del *non bis ni idem*, la igualdad ante la ley (en algunos casos) y la no discriminación arbitraria del Estado y sus organismos en materia económica, sin que pueda predicarse que dicha limitación pueda prevalecer en nuestro ordenamiento jurídico en merito del principio de proporcionalidad, pues como se vio, el actuar legislativo, al menos en base a este estudio no está conforme.

3.2 Algunas observaciones sobre la impertinencia de la sanción de inhabilidad del artículo 4 inciso primero de la Ley N° 19.886.

1. El texto original de la ley N° 19.886 no contempló la inhabilidad, sino que fue instaurado con posterioridad mediante la ley N° 20.238. Sin perjuicio de su finalidad, no existió durante su tramitación ni discusión ningún caso en que la supuesta falta de idoneidad de los proveedores hubiese afectado el funcionamiento del sistema de compras del Estado, es más, en su tenor final el artículo 4 inciso 1° de la ley N° 19.886 encuentra su justificación simplemente en sancionar a los malos empresarios excluyéndolos del sistema de compras públicas⁹⁰.

Sobre el particular cabe precisar que la finalidad de la ley de compras públicas, la cual surge de la historia fidedigna de su establecimiento, tuvo por finalidad únicamente perfeccionar y unificar los procedimientos de compras y adquisiciones de las entidades públicas, pues a la fecha de su dictación cada Administración regía sus procesos a través de reglamentos internos disimiles, lo que claramente afectaba principios tan esenciales de lo público como la eficiencia, la eficacia y consecencialmente la transparencia en el uso de los recursos públicos.

Según lo anterior, si enfocamos nuestra mirada a los fines que perseguía la ley N° 19.886, podemos mencionar que esta solo se refería a una cuestión de unificación que permitiera ordenar y transparentar los procesos de compra pública de las entidades administrativas que quedaron sometidas a la ley, pues en ningún caso existió durante su tramitación la intención ni el espíritu de hacerse extensiva a otras ramas del derecho. Es más, las sanciones que contempla se hacen en directa relación con la contratación pública y las cuales fueron además debidamente estudiadas en las

⁹⁰ Vease Sesión 62° del Senado, de fecha 06 de Noviembre de 2007, discusión general.

comisiones respectivas, recordando nuevamente lo ya tantas veces señalado en estos acápites en relación a esta rama del derecho que se caracteriza y diferencia de otras ramas incluso del derecho público en atención a su altísima especialidad y complejidad jurídica, por lo cual la incorporación del artículo 4 inciso primero merma el sentido y alcance de la ley de compras y contratación pública, transformándola desde lo que es una ley especializada, de todos perfectible en su materia, a un lamentable caso de elefantiasis jurídica, un desperfecto que urge ser solucionado.

Lo anterior además resulta contraproducente con el ordenamiento jurídico en cuanto sistema, por cuanto una disposición como la del artículo 4 resulta contradictoria y anacrónica si se considera que ya la Ley N° 20.087 había instaurado todo un procedimiento de resguardo y sanción reactivo ante la vulneración de derechos de los trabajadores en el marco de la relación laboral, estableciendo medidas eficaces como son el cese inmediato del comportamiento, medidas de reparación pecuniaria, multas, entre otras. Lo anterior no debe perderse de vista si se analiza la historia de la ley N° 20.238 en la cual se instaura la sanción de inhabilidad, toda vez que durante su discusión los legisladores parecían desconocer absolutamente la ley N° 20.087 en cuestiones tan básicas como lo eran la noción de tutela laboral, derechos de ciudadanía en la empresa, conceptos claves y céntricos de una reforma laboral que ellos mismos habían aprobado en 2005 y la que era ley de la República a través de su publicación en el Diario Oficial a contar del 03 de Enero de 2006.

2. Otro punto relevante se refiere a la afectación de derechos que esta inhabilidad genera, pues afecta gravemente la igualdad ante la justicia del artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución si se considera que la sola existencia de la norma podría producir un efecto intimidatorio, pues obligará o al menos presionará a que el agente que ha cometido con su actuar u omisión una vulneración de derechos no lo vuelva a hacer, como asimismo que sus pares observen la sanción recibida a efectos de no incurrir en el tipo que la genera, esto es, dándole a la sanción una función preventiva general, utilizando al empleador además como instrumento para el cumplimiento de un fin que si bien se estima socialmente deseado, no puede ni debería instrumentalizar a tal efecto, mas aun si consideramos que conforme a lo que hemos tenido ocasión de

discutir en estos párrafos, la inhabilidad sería inadecuada, desproporcionada e innecesaria.

Además la materia debe analizarse desde una faz práctica en la cual igualmente se torna ineficiente si consideramos las diversas formas que el agente vulnerador podría utilizar para burlar la norma, vr gr, tras una denuncia de vulneración de derechos seguido ante los jueces de letras del trabajo, el empleador podría decidir poner término a la causa mediante un equivalente jurisdiccional como conciliación o avenimiento, en cuyo caso sin perjuicio de haber vulnerado derechos de sus trabajadores, la sanción no le será aplicable. En estos casos ¿Se cumple la finalidad supuesta de la norma? La verdad es que no, pues la vulneración se produjo igualmente, pero el agente no quedó sujeto a la inhabilidad, pues sin perjuicio de haberse verificado el hecho material, no fue condenado por sentencia, por lo cual teleológicamente se burla la norma. Lo anterior toma fuerza y no es un supuesto aislado en la práctica forense, si se considera además que al estar sometido el procedimiento de tutela laboral a las disposiciones procedimentales del juicio ordinario o de aplicación general regulado en el párrafo 3 del Libro V del código del trabajo, la fase de conciliación resulta obligatoria en la audiencia preparatoria según la disposición del artículo 443 N° 2 que dispone:

“En la audiencia preparatoria se aplicarán las siguientes reglas: 2) Terminada la etapa de discusión, el juez llamará a las partes a conciliación, a cuyo objeto deberá proponerles las bases para un posible acuerdo, sin que las opiniones que emita al efecto sean causal de inhabilitación.”

3. Además de lo anterior, posturas mas liberales se han levantado en contra de la norma, pues esta afectaría el denominado *Orden Público Económico*, el que ha sido entendido por los autorizados en la materia como *El conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas, que permite a la autoridad regular la economía de acuerdo con los valores formulados en la Constitución*”⁹¹

⁹¹ Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “Principios Económicos de la Constitución de 1980”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 14 N° 1 (1987), pp. 99- 100.

Sin perjuicio del marcado fin proteccionista de la norma que consagra la inhabilidad, la idea de orden público económico aparece como técnica normativa para organizar la actividad y las relaciones económicas, cimentándola en los valores y principios de libre mercado de nuestra Constitución, por lo cual surgiría una dicotomía normativa, esto es una manifiesta contradictoriedad entre ambas normas, sin perjuicio que una de ellas – la que regula el orden público económico a través de la libre iniciativa en materia económica, libertad económica, respeto a la propiedad privada, derechos en su esencia y limitación del poder público, entre otras- tienen rango constitucional y no legal conforme a nuestro sistema jerarquizado de fuentes. Además si se tiene duda de la real consagración del orden público económico en nuestra Constitución, resulta menester entonces zanjarla a través del estudio de las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución a propósito del artículo 19 N° 21⁹² así también lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional en la STC 1968-11 en el considerando séptimo del voto disidente que indicó en lo pertinente:

“Que la norma cuestionada tampoco guarda relación ni concomitancia con el orden público económico, materializado, entre otros, en el artículo 19 N° 21 constitucional, por lo que no puede hallar ningún arraigo o sustento en él. Ello, en tanto se considere la única noción connatural a este texto, que define aquel postulado como el conjunto de “normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común (sic...) de modo que sin invertir estos términos, desvirtuando su genuino significado, debe rechazarse toda proposición que propugne la utilización del orden público económico como una fuente constrictora de libertades”.

4. Además de lo anterior en la misma sentencia mencionada en su considerando 11° y 13 El voto disidente menciona la proporcionalidad, indicando que

“La proporcionalidad requiere, por consiguiente, que la conducta se describa con mayor precisión cuando más grave sea la pena anunciada.

⁹² Normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común según Comisión de estudio de la Nueva Constitución (Informe de fecha 16 de Agosto de 1978).

Y del mismo modo, según anota la doctrina, en la medida que la reseña típica sea posea más amplitud, a fin de incluir comportamiento de muy diversa gravedad, la escala punitiva habrá de ser ampliada para permitir adecuar la sanción concreta a las diferentes manifestaciones de la actuación realizada, sopesando la magnitud de la infracción y las atenuantes del caso”

“Que, obsérvese ahora que al referirse a las prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador” la norma impugnada no identifica positivamente ningún supuesto en que puede subsumirse alguna específica infracción, sino que alude a los hechos reprochados solo por el efecto negativo que han producido conforme a un criterio de valoración. De modo que, por esa sola consecuencia generada, cualquier acto o conducta deviene susceptible de una única sanción, sin importar características intrínsecas, entidad, trascendencia ni gravedad.

Mientras que – por otra parte- la sanción que dicha norma prevé se corresponde, por ejemplo, con la prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado, que el artículo 8º De la ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas aprobada por la ley N° 20.393 reserva para sancionar conductas tan aviesas como el lavado y blanqueo de activos (sic...)

Nos parece del todo acertada el voto disidente en esta causa, pues básicamente expresa en su esplendor lo que estas páginas han intentado señalar: la inhabilidad del artículo 4 inciso primero de la ley N° 19.886 no solo es inútil, sino que además es desproporcionada, exagerada e innecesaria, maxime si se piensa que en otros países existen normas en similar sentido, vr gr, la Ley de contratos del Sector Público español aprobada por Real Decreto Legislativo N° 3 que también establece una *prohibición de contratar* pero únicamente respecto de quienes hayan cometido “delitos” contra los derechos de los trabajadores y siempre que la respectiva sentencia se pronuncie sobre su alcance y duración⁹³

⁹³ Véase artículo 60 N° 1 letra a) del RDL N° 3 de 2011.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Siendo así las cosas, podemos echar mano a una larga lista de antecedentes, formulas y argumentos que dan cuenta del real problema de la inhabilidad del artículo 4 inciso primero De la ley a nivel de sistema.

1. Nunca se debió haber regulado una norma de tal característica y alcance, pues aquella se tornaba innecesaria en consideración a la vigencia desde el 03 de Enero de 2006 de un procedimiento de tutela laboral que regulaba, protegía y sancionaba los actos de vulneración de derechos que se dieran en el marco de la relación laboral, por lo cual la norma del artículo 4 se torna innecesaria.
2. En su tramitación legislativa además siquiera se advirtió que la instauración de una norma de tales características pudiera vulnerar derechos, por lo cual el legislador procedió a la consagración de una disposición demasiado extensa, sin someter su aplicación siquiera a un mecanismo de proporcionalidad adecuado conforme a los principios y valores que inspiran un Estado Democrático de Derecho, pues se pasó por alto establecer criterios de reiteración, magnitud, afectación entre otros, tal como si lo hizo nuestro par español en la ley de Contratos del Sector Público.
3. Además de lo anterior la norma se erige como vulneratorio de la igualdad ante la ley, por cuanto el principio de igualdad implica necesariamente dar un trato igual a iguales y desigual a los desiguales. De este modo la ley da un trato absoluto y parejo a todos los empleadores utilizando como criterio de igualdad su intención de contratar con el Estado, lo anterior no solo resulta tautológico sino que erróneo, toda vez que no pone énfasis en la naturaleza jurídica de las entidades, vr, gr el carácter de Universidad Pública de la Universidad de Chile, en contraposición a la naturaleza jurídica privada de Tur Bus Ltda; los fines sociales, educacionales, de bien común y satisfacción de necesidades publicas de la Universidad de Chile y el fin de lucro de las demás entidades educacionales privadas, por ejemplo.

4. Desde el punto de vista de la proporcionalidad la norma además resulta excesiva y un ejercicio abusivo de las facultades del legislador, toda vez que no logra siquiera aprobar el test de proporcionalidad constitucional por no resultar idónea ni necesaria.
5. Desde la perspectiva económica, la norma vulnera el Orden Público Económico instaurado en nuestra Constitución Política, en cuanto inhibe, limita sin fundamento ni necesidad suficiente la libertad económica de libre mercado que rige nuestro sistema, pues si bien la inhabilidad no impide que los particulares puedan ejercer libremente su actividad, si lo hace en una magnitud importante al quedarle vetado contratar con el mayor adquirente de bienes y servicios, esto es, lo excluye arbitrariamente de uno de los sectores más importantes del Mercado económico.
6. La norma vulnera el principio del *non bis ni idem*, por cuanto establece una doble sanción para un mismo hecho: ante la vulneración de derechos laborales decretados por medio de una sentencia laboral no solo el empleador queda sujeto a las disposiciones y mecanismos que el propio código del trabajo establece como medida reparatoria para el trabajador y sancionatoria para el empleador, sino que surge una sanción distinta a propósito de la inhabilidad de contratar con el Estado por dos años para el empleador que resulte vencido. Sobre dicha sanción de inhabilidad que resulta inherente a la sentencia condenatoria laboral además no existe tribunal ni órgano administrativo que sea competente o conozca de un procedimiento de reclamación, es decir, nadie nunca pudo predecir la necesidad de una regulación del ritual y la materia de reclamación de la inhabilidad, se establece de manera automática y definitiva, sin posibilidad de impugnación.

Sin perjuicio de lo ya mencionado en estas páginas y en nuestras conclusiones, resulta necesario resaltar que el destino de las causas estudiadas parece más bien incierto en manos del Tribunal Constitucional chileno.

Independiente de todos los argumentos que pudiesen esgrimirse por los afectados, por importantes catedráticos y voces autorizadas en la materia, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional parece más bien tautológica y responde a las presiones sociales y

políticas de un momento determinado, si bien ello no resulta criticable conforme a las tesis de la Constituciones Vivas y a su método de interpretación evolutivo, lo cierto es que toda interpretación que se busque conforme al propio mandato constitucional no puede afectar los derechos en su contenido esencial y esa debería ser, a lo menos, la idea central que el interprete constitucional no debe olvidar, sin perjuicio que la historia nos pueda decir y mostrar una realidad distinta.

No cabe más que recordar en estas últimas líneas que *La Constitución es el alma de los Estados*, como decía Isócrates.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar, G. y Contreras, C., "El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile", en *Ius et Praxis*, Vol. 13 N° 1, 2007.
2. Anzures Gurria, Jose J. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. Revista de Investigaciones Jurídicas UNAM, Cuestiones Constitucionales, artículos doctrinales, Mexico, 2009.
3. Arancibia, Jaime (2010): "*The intensity of judicial review in the commercial context: deference and proportionality*", en *Effective judicial review. A cornerstone of good governance*, Forsyth, Christopher; Elliot, Mark; Jhaveri, Swati; Ramsden, Michael, and Scully-Hill, Anne (Editors) (Oxford, Oxford University Press), pp. 287-299.
4. Aristóteles, *Política*, III, 9 (1280a).
5. Arnold, Martinez y otros. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Estudios Constitucionales. X, Santiago, 2012.
6. Ballarín Iribarren, J., "*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la "Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*", *REDC*, núm. 24, septiembre–diciembre de 1988.
7. Barra, N., *Probidad Administrativa*,. Lexis nexis, Santiago, 2005.
8. Baylos, Antonio, *La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva*, en *Revista del Colegio de Abogados de Concepción* 5 (1998).
9. Bertelsen Simonetti, Soledad (2010): "*Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*", en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 42.
10. Brieskorn, Norbert, *Filosofía del Derecho* (Traducc. Claudio Gancho), Herder, Barcelona, 1993.

11. Caamaño Rojo, Eduardo. *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*. En revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVII. Valparaíso, 2006.
12. Cabra Apalategui, J. Manuel. *Claves de la argumentación jurídica en Luis Recasens Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable*. Universidad de Málaga. En Anuario de Filosofía del Derecho Vol. XXVII, 2011.
13. Coman-ducci, Paolo, "*Igualdad liberal*", 1999, pp. 84 y ss
14. Cruz Villalón, P., "*Formación y evolución de los derechos fundamentales*", *REDC*, núm. 25, 1989.
15. De Otto, Ignacio (1988): "*La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*", en Martín Retortillo, Lorenzo Martín y De Otto, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución* (Madrid, Civitas)
16. Fenech Navarro, M., *Derecho procesal civil*, Madrid, AGESA, 1980.
17. Fernández González, Miguel Ángel, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, (Fundación Fernando Fueyo, Editorial Jurídica Conosur), 2001, p. 321.
18. Fernández Nieto, Josefa (2008): *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común Europeo*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos P 235.
19. Gamonal Contreras, Sergio. *Trabajo y Derecho*. Legal Publishing Chile, Santiago, 2010.
20. Garcia-Perrote, Ignacio, *Prueba y proceso laboral*, en Derecho Privado y Constitución 4 (1994).

21. Hamilton, J. Madison, J. Jay (1943): *El Federalista* (México, Fondo de Cultura Económica).
22. Isler Soto, Carlos (2011): "Una crítica finnisiiana al principio de proporcionalidad", en *Ius Publicum* 26.
23. Kant, I., *Metaphysiche Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1979, citado por W. Cesarini Sforza, voz "Diritto Soggettivo", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1993.
24. Lanata Fuenzalida, Gabriela. *Contrato Individual de Trabajo*. 4ª ed. Legal Publishing Chile, Santiago, 2010.
25. Linares, J. Francisco. *La razonabilidad de las leyes*. Argentina, Astrea, 2010.
26. López, Diego, *Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad de las personas que trabajan*, en *Temas Laborales de la Dirección del Trabajo* 22 (noviembre 2004).
27. Monereo, José Luis, *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales* (1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996).
28. Nogueira Alcalá, Humberto (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*, Tomo I Librotecnia, Santiago.
29. Pereira Menaut, Antonio Carlos (1992): *El ejemplo constitucional de Inglaterra* (Madrid, Universidad Complutense)
30. Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
31. Ramirez, M. *El principio non bis in ídem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*. Tesis Doctoral. Getafe, España. Universidad Carlos III de Madrid, 2008.

32. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, segunda reimpresión (Traducc. María Dolores González) Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 458.
33. Rivaya, B.: «*Biografía política de Luis Recaséns Siches*», Revista de las Cortes Generales, núm. 52, 2001.
34. Soto Kloss, Eduardo, “*La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad*”, Revista de Derecho Público, Nos. 57/58, Enero – Diciembre de 1995, XXVI Jornadas de Derecho Público, “La servicialidad del Estado”.
35. Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo* (Colección Informes y Estudios No 11, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
36. Ugarte Cataldo, Jose Luis. “*La tutela de derechos fundamentales del derecho del trabajo: De erizo a Zorro*”. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. 2007.
37. Ugarte Cataldo, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. LexisNexis, Santiago, 2007.
38. Ugarte, José Luis. *Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras*, en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social 3 (Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004),
39. Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “*Principios Económicos de la Constitución de 1980*”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 14 N° 1 (1987).

