



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DEL CONTRATO DE TRABAJO: EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

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

DANIELA ANDREA MÁRQUEZ MOLINA

CRISTIÁN MAURICIO HENRÍQUEZ BUGUEÑO

Profesor Guía: SR. HÉCTOR HUMERES NOGUER.

SANTIAGO, CHILE

2010

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPITULO I	
DERECHOS FUNDAMENTALES	
1.1 Los Derechos Fundamentales.....	9
1.1.1 Concepto Formal de Derecho Fundamental.....	
1.1.2 Concepto Material de Derecho Fundamental....	
1.1.3 Concepto Procedimental de Derecho Fundamental.....	
1.2 Constitucionalización del Derecho.....	11
1.2.1 Nociones Generales.....	
1.2.2 Eficacia horizontal de la Constitución.....	
1.3 El Derecho del Trabajo y Constitución.....	15
1.3.1 Derechos Fundamentales invocables en la Relación Laboral.....	
1.4 Ciudadanía en la Empresa y Poder de Dirección del Empresario.....	20
1.4.1 Las reglas de interpretación propias de los Derechos Fundamentales.....	
1.4.2 Conflicto de Derechos Fundamentales en la Relación Laboral.....	
1.5 Derechos Fundamentales Laborales en el Contrato de Trabajo.....	33
1.5.1 Los mecanismos de control de los trabajadores..	
1.5.2 El contenido ético jurídico y los derechos fundamentales.....	

1.6 Derechos Fundamentales Laborales en el Derecho Chileno.....	36
--	-----------

CAPITULO II

NECESIDAD DE TUTELA ESPECIAL QUE PROTEJA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 Derechos Fundamentales y Tutela Judicial Efectiva.....	42
2.2 Tutela Judicial Efectiva y Procedimiento Laboral.....	51
2.3 Vínculo entre Derecho Sustantivo y Derecho Instrumental.....	53
2.3.1 El Proceso Laboral como Institución Orientada a Valores.....	
2.3.2 Rol del Juez Laboral en Procedimientos Tutelares de Garantías Fundamentales.....	

CAPITULO III

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

3.1 Ideas Preliminares.....	57
3.2 Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.....	58
3.3 Instituciones Procesales de Carácter General.....	63
3.3.1 Principios Formativos del Procedimiento.....	
3.4 Otras manifestaciones procesales de garantías sociales.	71
3.5 Legitimación Múltiple.....	73
3.6 Objeto Único.....	74
3.7 Cautela Especial Acentuada.....	75
3.8 La prueba y el alivio para la víctima.....	78
3.8.1 La concurrencia de indicios.....	
3.8.2 Alegación y Prueba de la Justificación y razonabilidad de la medida adoptada por el empresario.....	

3.8.3 La Convicción que deben alcanzar y expresar los órganos judiciales.....	
3.9 Sentencia de Contenido Múltiple. Nulidad del Acto lesivo.....	84
3.9.1 Sentencia de Contenido Múltiple.....	
3.9.2 La Nulidad del Acto lesivo.....	
3.10 La Reparación del Daño Causado.....	88
3.11 Otras sanciones. La aplicación de multas.....	89
3.12 Cumplimiento de las sentencias.....	90
3.13 La Garantía de Indemnidad.....	92

CAPITULO IV

TUTELA LABORAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO: PROCEDIMIENTO TUTELA LABORAL LEY 20.087

4.1 Antecedentes normativos a la dictación de la ley 20.087 que incorpora el procedimiento de tutela laboral.....	95
4.2 El Procedimiento de Tutela Laboral. Consideraciones preliminares.....	100
4.3 Medidas Cautelares.....	103
4.4 La Acción de derechos Fundamentales. Reglas básicas...	105
4.5 Titulares de la acción de tutela.....	107
4.5.1 El trabajador afectado.....	
4.5.2 La organización sindical.....	
4.5.3 La Inspección del Trabajo.....	
4.5.4 La Concurrencia de Titulares en el Procedimiento de Tutela.....	
4.6 Sujeto Pasivo de la Acción de Tutela.....	111
4.7 Derechos Fundamentales Protegidos.....	112
4.7.1 Derecho a la no discriminación.....	
4.7.2 Garantía de Indemnidad.....	

4.8 La conducta lesiva de derechos Fundamentales y el rol de la ponderación judicial.....	117
4.8.1 La conducta lesiva de derechos fundamentales...	
4.8.2 La ponderación judicial.....	
4.9 Las reglas de la prueba en el procedimiento de tutela.....	121
4.9.1 El alivio probatorio en la tutela de derechos fundamentales del trabajador.....	
4.10 La sentencia como acto complejo.....	126
4.10.1 El cese del comportamiento antijurídico: la nulidad del acto lesivo.....	
4.10.1.1 El cese de la conducta propiamente tal.	
4.10.1.2 La Nulidad del o los actos lesivos.....	
4.10.2 La reparación de las consecuencias de la conducta lesiva.....	
4.10.3 La aplicación de las multas respectivas.....	
4.10.4 El despido lesivo de derechos fundamentales...	
4.10.5 El despido indirecto y la autotutela.....	
4.11 El recurso de Protección y procedimiento de tutela laboral.....	134
4.11.1 En cuanto al legitimario activo.....	
4.11.2 En cuanto al plazo.....	
4.11.3 En cuanto a la admisibilidad.....	
4.11.4 El Supuesto de Hecho.....	
4.11.5 El Supuesto de Derecho.....	
4.11.6 El Procedimiento.....	
4.12 Críticas al establecimiento de procedimiento de tutela....	139
4.12.1 Factibilidad de su implementación.....	
4.12.2 La Naturaleza del Procedimiento.....	
4.12.3 El rol del juez.....	
4.12.4 La extensión de los legitimados activos.....	
4.12.5 Prueba.....	

4.12.6 Medida cautelar artículo 492 del Código del Trabajo.....	
4.12.7 Limitación de la defensa del empleador.....	

CAPITULO V

JURISPRUDENCIA COMENTADA

5.1 Ideas Preliminares.....	144
5.2 El derecho a la vida y a la integridad física y síquica de las personas (por actos ocurridos en la relación laboral)....	146
5.3 Derecho a la intimidad y respeto a la vida privada.....	150
5.4 Derecho a la honra de la persona y su familia.....	152
5.5 Libertad de trabajo y su protección.....	156
5.6 Garantía de Indemnidad.....	158
5.7 Discriminación.....	160
5.8 Comentarios Finales de Extractos.....	164
 CONCLUSIONES.....	 166
 BIBLIOGRAFÍA.....	 171

INTRODUCCIÓN

Históricamente reconocemos tres etapas en la evolución del Derecho del Trabajo, que devienen desde el obrero proletario al trabajador asalariado de las primeras leyes laborales, y del asalariado al trabajador organizado sindicalmente de mediados del siglo pasado, para llegar progresivamente a la recepción del trabajador como ciudadano.

De esta forma el derecho del Trabajo cumple una doble función. En un primer término, ha servido de soporte al modelo económico capitalista, regulando las leyes del mercado y de la libre competencia, y por otro lado, ha prestado importantes servicios al modelo democrático, creando de manera progresiva instancias de protección y de participación para los trabajadores, posicionados como la parte más débil de la relación laboral.

Esta evolución concluye definitivamente con la constitucionalización del derecho laboral, dándose reconocimiento del trabajador como ciudadano y sus derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral, transformándose en un componente estructural que trasciende la relación laboral y como una de las reflexiones culturales más importantes del derecho del Trabajo de nuestro tiempo.

Con cierto retraso, aunque no obstante, no ajeno a este proceso, en la última década nuestro ordenamiento jurídico fue objeto de diversas reformas legales que reconocían la vigencia de los derechos fundamentales al interior de la empresa. Sin embargo, dichas modificaciones sólo quedaban como declaración de buenas intenciones, ante la falta de un recurso procesal idóneo que permitiera dar cabal cumplimiento a estas garantías.

Es relevante señalar que si bien en nuestro ordenamiento jurídico la tutela de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución de la República, se plasma a través de la acción de protección que aquel cuerpo normativo establece en su Artículo 20, dicha acción resultaba deficiente en cuanto a los elementos propios que constituían

la perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos o garantías que pudiesen ser vulnerados al trabajador dentro de su relación de dependencia con el empleador, sobretodo en relación a específicos derechos.

Es en este contexto que planteaba una total separación entre el derecho y la realidad que se aprueba en la reforma procesal laboral, especialmente contenida en la Ley N° 20.087, que intenta mejorar la eficacia del derecho del trabajo, incorporando el procedimiento de tutela laboral que busca proteger aquellos derechos que la Constitución reconoce al trabajador en su condición de persona.

En su implementación este procedimiento ha sido objeto de numerosas críticas. Ha surgido la interrogante de si ¿se está dando una tutela judicial eficaz a los derechos fundamentales del trabajador? Así, ésta premisa es la principal interrogante que nuestro trabajo pretende dilucidar.

CAPITULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1 Los Derechos Fundamentales.

Tradicionalmente, desde el punto de vista del constitucionalismo clásico, se pensó que los derechos fundamentales eran derechos para ser esgrimidos en contra del Estado y no contra otros sujetos. Los derechos fundamentales estaban destinados, ante todo, a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; siendo derechos de defensa del ciudadano ante el Estado.

Sin embargo, la irrupción del Estado Social de Derecho trajo aparejada la evolución del concepto de derechos fundamentales, que no sólo constituyen un límite al ejercicio del poder estatal, sino también un deber ser absoluto exigible también en las relaciones entre particulares.

Una primera aproximación al tema de los derechos fundamentales, en particular a su vigencia en la relación laboral, nos lleva a revisar someramente las principales tendencias doctrinales modernas respecto a la conceptualización de éstos.

1.1.1 Concepto Formal de Derecho Fundamental

Se encuentra determinado por su pertenencia al catálogo de derechos contenido en la Constitución¹. La Carta Constitucional chilena ubica este catálogo en el Capítulo III, en su artículo 19.

El problema de esta doctrina es que excluye aquellos derechos que a pesar de haber sido positivados también en la propia Constitución Formal, no se encuentran incluidos en el catálogo de derechos señalado.

¹ CELIS DANZINGER, Gabriel Enrique, Derechos Fundamentales en la Relación Laboral, Eficacia Horizontal, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2007, p. 27.

En la experiencia chilena, esto quedaría en evidencia respecto del Derecho a la Nacionalidad (Art. 10 CPR); los Derechos Constitucionales de Carácter Político, consagrados en el Capítulo II de la Constitución Formal (Art. 10, 13 y 18 de la CPR); la Igualdad de Oportunidades y la Carrera Funcionaria (Art. 38 inciso 1° CPR), entre otras.

1.1.2 Concepto Material de Derecho Fundamental

Desde esta perspectiva los derechos fundamentales son aquellos derechos que han sido transformados en derechos positivos, conjugando el fundamento iusnaturalista de los derechos humanos con la necesidad de positivación y garantía.

De este modo, el profesor Pérez Luño², los define como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Agrega que los derechos fundamentales corresponden a aquellos derechos humanos que han sido positivados por el orden constitucional.

El constitucionalista chileno, Humberto Nogueira Alcalá³, los define como el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, igualdad y seguridad humana, en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos.

² PÉREZ LUÑO, Antonio, Los Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución, 7ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 46

³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, Editorial Liberotecnia, Santiago, 2006, p. 243

Del mismo modo, el constitucionalista chileno José Luis Cea⁴, señala que los derechos fundamentales son aquellos derechos, libertades e igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son y deben ser siempre, reconocidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos.

Antonio Fernández Galiano⁵ apunta que son aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana.

1.1.3 Concepto Procedimental de Derecho Fundamental

Desde una perspectiva puramente formal o procedimental, el jurista italiano Luis Ferrajoli⁶, señala que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

1.2 Constitucionalización del Derecho.

1.2.1. Nociones Generales.

La constitucionalización del derecho se refiere a un cambio de paradigma respecto del antiguo Estado Legal de Derecho. Se trata del desembarco de la Constitución en todos los rincones del derecho.

⁴ CEA EGAÑA, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 221.

⁵ FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio, Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho, Editorial CEURA, Madrid, España, 1988, p. 134.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Garantía, La ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 37.

Ricardo Guastini⁷ manifiesta que la constitucionalización del ordenamiento jurídico es un proceso de transformación, al término del cual éste resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Así, un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar la legislación, jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.

Agrega que dicho concepto debe entenderse no como bipolar, es decir verdadero o falso, sino de grado, y eso dependerá que se cumplan las siguientes condiciones de constitucionalización:

- a. Constitución rígida;
- b. Garantía Jurisdiccional de la Constitución;
- c. Fuerza vinculante de la Constitución;
- d. Sobreinterpretación de la Constitución;
- e. Aplicación directa de las normas constitucionales;
- f. Interpretación de las leyes conforme a la Constitución.

En la doctrina comparada alemana, el magistrado y catedrático de derecho Constitucional, Konrad Hesse⁸, señala a propósito de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que no es casual que la Constitución y sus fundamentos (la dignidad personal, las libertades garantizadas en los derechos fundamentales, la igualdad jurídica, los principios del orden estatal, sobretodo los de la democracia y Estado Social de Derecho) hayan experimentado un realce y hayan sido elevados a una autoridad suprema, realmente similar a la Biblia.

En tanto prescripciones de la Constitución obligan ahora a todos los poderes del Estado y son parámetro para las decisiones judiciales, pues alcanzan una importancia desconocida hasta hoy para la práctica estatal, incluso para toda la vida de la Comunidad y también para el Derecho Privado.

⁷ GUASTINI, Ricardo, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, en AAVV, Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003. p. 49.

⁸ HESSE, Konrad, Derecho Constitucional y Derecho Privado, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 71.

Luigi Ferrajoli⁹ señala que en definitiva, el neoconstitucionalismo se expresa con el principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial), o sea con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales, impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.

El profesor José Luis Ugarte Cataldo¹⁰ manifiesta que se trata de la Constitución y su efecto de irradiación. Lo explica como el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; tratando no sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que todo conflicto jurídico encuentra hoy alguna respuesta constitucional.

De esta manera según Ugarte, la otrora poderosa ley cede así el paso a la Constitución y se convierte en objeto de medición. La ley, es entonces, destronada a favor de la instancia más alta.

1.2.2 Eficacia Horizontal de la Constitución

En el siglo XIX los derechos fundamentales se proyectaban con una eficacia vertical, como defensa del individuo ante el poder público. Posteriormente, durante el transcurso del siglo XX, esta eficacia vertical fue complementada con una eficacia horizontal, que involucra la aplicabilidad de los derechos fundamentales entre particulares.

La eficacia horizontal de la Constitución implica la posibilidad que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos como el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, etc.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Garantía, La ley del más débil, op cit, p. 66.

¹⁰ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 9.

En otros términos podemos señalar que esta eficacia directa o normativa de la Constitución no sólo se restringe a la regulación entre el Estado y los ciudadanos, sino que afecta también las relaciones entre particulares.

Este discurso se caracteriza según Alexy¹¹, por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo; segundo, con la máxima fuerza jurídica, objeto; tercero, de la máxima importancia, junto a; en cuarto lugar, máxima indeterminación.

El texto constitucional chileno consagra expresamente la aplicabilidad directa de la Constitución, denominada por la doctrina como “Principio de Vinculación Directa” que hace aplicable la Constitución al Estado, a todos sus poderes y órganos, así como a todas las personas y grupos de la sociedad (artículo 6° de la Constitución Política de la República).

En este nuevo paradigma, el profesor Luis Ugarte sostiene que la clave será considerar que todas las normas constitucionales tienen sin distinción, plena eficacia vinculante, incluidas especialmente las que estipulan los derechos fundamentales de las personas, y que por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo.

Esta idea de la eficacia directa de los derechos fundamentales, conocida como *Dittwirkung der Grundrechte* -por la doctrina alemana donde tiene su origen- ha girado en torno a dos versiones:

- a. La del efecto mediato o indirecto: los derechos fundamentales rigen entre particulares por medio de la doble mediación del legislador y del juez. Vinculan y obligan directamente, única y en forma exclusiva a los poderes y autoridades públicas, quienes deben aplicarlos en el ejercicio de sus funciones a las relaciones entre particulares mediatizados y traducidos en leyes que los desarrollen o interpretaciones judiciales que los invoquen.

¹¹ ALEXY, Robert, Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático, en AAVV, Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, p. 32.

Los derechos fundamentales operan como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre la labor del legislador y del juez. Es decir, los derechos fundamentales obligan directamente a los poderes públicos e indirectamente a los privados.

- b. La del efecto inmediato o directo: por el contrario, señala que los derechos fundamentales rigen y obligan directamente a los particulares en los actos realizados en el ejercicio de su autonomía privada, siendo oponibles entre las partes sin necesidad de mediación legal ni judicial que desarrollen dichos derechos.

Quienes abogan por la eficacia indirecta o mediata de la Constitución se fundan, en primer lugar, en el origen histórico de los derechos fundamentales como límites al poder público.

En segundo lugar, se esgrime como fundamento su mejor interacción con la autonomía de la voluntad, por cuanto la aplicación directa de los derechos fundamentales al interior de las relaciones privadas, degeneraría el funcionamiento de las relaciones sociales reguladas por el Derecho Privado, las que están construidas sobre la relativa igualdad de los contratantes y de la capacidad de autorregularse sin interferencias externas.

En contraposición, los que sostienen la eficacia directa entienden que las relaciones entre privados quedan inmediatamente regidas por los derechos fundamentales de las partes, porque es el único modo de reconocer la jerarquía superior de estos derechos, cuya vigencia no puede quedar entregada a la buena voluntad del legislador o del juez.

1.3 El Derecho del Trabajo y Constitución.

En los inicios del siglo XX, primer momento histórico de convivencia entre la incipiente rama del Derecho del Trabajo y del viejo orden constitucional, no existía

ningún tipo de vinculación, sino un divorcio absoluto entre el principal instrumento dogmático del nuevo derecho, el contrato de trabajo y la principal técnica de protección de los individuos del derecho constitucional: las libertades personales.

La explicación histórica de la desvinculación entre derechos o libertades fundamentales y el mundo industrial del trabajo, obedecía, según apunta el profesor Luis Ugarte, a los siguientes factores:

1. La distinción entre derecho público, derecho privado y la ubicación del contrato de trabajo en esta última área, va a mantener lejos del horizonte conceptual la regulación de las relaciones laborales, entendida como vínculo entre privados, sujetas a los principios propios de todo negocio privado, las figuras derivadas de la normativa pública constitucional, incluida una de sus más potentes construcciones como son las garantías constitucionales o derechos subjetivos públicos.
2. En segundo lugar, la radical distancia entre el prototipo ideológico sobre el que se construirán la regulación jurídica del contrato de trabajo, el obrero industrial, con el de los derechos fundamentales y el burgués liberal, abrirá una brecha difícil de cerrar. Las garantías constitucionales, versión jurídica positiva de los derechos fundamentales, son antes que todo, las prerrogativas que el Estado Liberal acuerda para proteger al comerciante y al burgués de la invasión estatal. Se trata, entonces, de derechos individuales.

Nada tiene que ver esta matriz ideológica de los derechos fundamentales con el prototipo social, base del Derecho Laboral; pues primero es posible encontrar al obrero del inicio del industrialismo, y después, al sujeto que labora bajo las órdenes de otro para sobrevivir.

El cierre de ese divorcio comenzará en las primeras décadas del siglo pasado, debido al éxito que rápidamente conseguirá el Derecho del trabajo en laborizar los órdenes constitucionales en la tradición jurídico continental.

En efecto, las constituciones decimonónicas que ignoraban el fenómeno laboral, darán paso con el inaugural artículo 123 de la Constitución Mexicana de 1917 y a la Carta de Weimar de 1919, al denominado “Constitucionalismo Social”, esto es la progresiva incorporación de derechos laborales en las normas superiores del sistema legal.

A partir de ese momento, el constitucionalismo social será un signo evidente de lo relevante que se volverá para los ordenamientos jurídicos occidentales la tutela del trabajador y los derechos que le son reconocidos en su calidad de tal.

Con posterioridad a 1945, se consolida definitivamente la consagración constitucional del Derecho del Trabajo y lo que el profesor Rodríguez Piñero ha denominado el reconocimiento de la “irresistible supremacía” de los derechos laborales de los trabajadores¹².

1.3.1 Derechos Fundamentales Invocables en la Relación Laboral

La invocación de derechos fundamentales en la esfera contractual del Derecho del Trabajo se sitúa en la hipótesis más general de invocación de derechos fundamentales entre particulares.

El profesor Luis Ugarte Cataldo manifiesta que el Derecho del Trabajo cumple diversas funciones, preocupándose de modo simultáneo de la protección de los derechos de los trabajadores en diversos planos:

¹² GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Los Derechos del Trabajador en la Constitución Chilena, Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N° 3. Hom enaje a Don Patricio Novoa Fuenzalida, Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 2004, p. 37.

1. Los derechos laborales propiamente tales, como salarios mínimos, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato, entre otros, se atribuyen al trabajador como contratante débil, que ha permitido asegurar un mínimo socialmente aceptable para los trabajadores¹³;

2. Los derechos fundamentales específicos, como libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y a huelga; atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, han permitido al derecho del trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad¹⁴.

Estos derechos también han sido definidos como aquellos reconocidos a los sujetos del derecho del trabajo, considerado éste tanto en el plano individual y colectivo¹⁵ como protección del trabajo, protección de la salud, negociación colectiva, huelga, libertad sindical, entre otros.

3. Los derechos fundamentales inespecíficos definidos por el profesor Luis Ugarte, como aquellos atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, que han concedido al Derecho del Trabajo la posibilidad de garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática¹⁶.

La doctrina española señala que son aquellos otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercitados, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas.¹⁷ Se trata de derechos sin un contenido propiamente laboral como la integridad física y psíquica, derecho a la vida privada, la honra, libertad de opinión e información, etc.

¹³ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit, p. 3.

¹⁴ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p.3

¹⁵ RODRIGUEZ MANZINI, Jorge, Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 40.

¹⁶ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 3.

¹⁷ PALOMENQUE, M.C., Los Derechos laborales en la Constitución Española, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

A su vez, la doctrina comparada sostiene que éste grupo de derechos pueden encontrarse laboralizados o no laboralizados¹⁸:

A. *Los derechos inespecíficos laboralizados*, son aquellos derechos fundamentales desarrollados por el legislador, brindándoles operatividad en el ámbito de la relación laboral individual o colectiva.

Este desarrollo puede corresponder a la legislación laboral especializada o propiamente tal, como el Código del Trabajo, como también de otro carácter. Así sucede por ejemplo con la ley de Propiedad Industrial, de Libertad de Culto y Protección de Datos Personales, pues dichos escenarios importan un reconocimiento del efecto horizontal indirecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas, pues la ley se erige como mediador entre los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa y los trabajadores (particulares).

En esta clasificación cabe mencionar el artículo 5° del Código del Trabajo que reconoce como límites a las facultades de dirección del empleador las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos incluido el acoso sexual, regulado en nuestro ordenamiento por la Ley 20.005 de 2005, que tipifica y sanciona las conductas de acoso sexual en el ámbito de las relaciones de trabajo o la intención legislativa por regular el acoso moral o mobbing que actualmente se encuentra en tramitación.

B. *Los derechos inespecíficos no laboralizados*, son aquellos derechos fundamentales que no han recibido reconocimiento a nivel legal para efectos de su aplicación en la relación laboral (individual o colectiva).

¹⁸ RODRIGUEZ MANZINI, Jorge, Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales, op cit, p. 40.

1.4 Ciudadanía en la Empresa y Poder de Dirección del Empresario

La problemática que se presenta en lo referido al ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral posee dos aristas que se encuentran íntimamente relacionadas.

Así, el primer punto de conflicto, está dado por el hecho que existe una relación de subordinación o dependencia por parte del trabajador respecto de su empleador, que consecuentemente lleva aparejado un deber de obediencia por parte del trabajador.

En este sentido, es menester señalar que la relación laboral posee un elemento absolutamente particular respecto del resto de las relaciones del derecho privado: la existencia de la subordinación o dependencia del trabajador con su empleador, esto es, el ejercicio de un particular poder que, admitido por el mismo sistema jurídico, recae sobre otro particular.

Dicha subordinación quiebra el sistema clásico de las relaciones de derecho privado como una relación de coordinación entre iguales y lo acerca a la relación de derecho público, generándose así un escenario óptimo para potenciales ataques y menoscabos de los derechos fundamentales de quien se encuentra en una posición de inferioridad jurídica¹⁹.

Por ello el desarrollo de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y los derechos laborales inespecíficos ha venido a instaurar la doctrina de la ciudadanía en la empresa.

En virtud de esta doctrina de ciudadanía en la empresa, se reconoce al trabajador como portador de derechos constitucionales en sus diversas relaciones interpersonales, incluidas las laborales, con una legislación y una práctica laboral, por

¹⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 15.

otro lado construida sobre el modelo de la obediencia y la fidelidad propia de una persona subordinada al poder y control de otro particular.²⁰

Asimismo, el connotado catedrático español Antonio Baylós Grau²¹, sostiene que esta expresión viene a hacerse cargo del conocido debate sobre la desvirtuación de la eficacia de los derechos que cualquier ciudadano posee por el hecho de estar sometido a la disciplina de una organización productiva dirigida por su propietario.

Esto implica tener presente que la cualidad de trabajador por cuenta ajena no resulta incompatible con la figura de ciudadano en plenitud de sus derechos, de manera que también en los lugares de trabajo se deben garantizar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a todos los ciudadanos y no sólo a aquellos específicamente concebidos para su utilización en el contexto productivo, o aquellos que están directamente ligados a la situación socio profesional del trabajador.

En palabras del Profesor Pedro Irureta Uriarte, la expresión “ciudadanía laboral” omniabarca la idea de que el trabajador goza de un conjunto de derechos fundamentales que adquieren una virtualidad especial en el ámbito de la empresa.²²

En otros términos, Gamonal Contreras señala que cuando nos referimos a la ciudadanía en la empresa nos situamos en un ámbito ajeno al de los derechos fundamentales específicos definidos anteriormente, de aquellos derechos que tiene el trabajador como ciudadano, derechos civiles y políticos que quedaban disminuidos en la relación de trabajo, ya sea por necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo, o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador.²³

²⁰ LIZAMA PORTAL Y UGARTE C., Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa, Editorial Lexis Nexis, Santiago 1998, p. 167.

²¹ BAYLOS GRAU, Antonio, Por una (Re) Politización de la Figura del Despido, Revista de Derecho Social n°12, Madrid, 2002, p. 14.

²² IRURETA URIARTE, Pedro, Trabajo y Derecho: Perspectivas Futuras, en persona y Sociedad, VOL XVIII N°2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004, p. 169.

²³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p.7

Por otro lado, y como correlato al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de la relación laboral nos encontramos con el poder de dirección del empresario que encuentra su fundamento constitucional en el Derecho de Propiedad garantizado en el artículo 19 N° 24 y de Libertad Empresarial contenido en el N° 21 del mismo artículo.

El profesor español Fernando Valdés Dal-Ré señala que el contenido de la libertad de empresa consta de dos elementos fundamentales: de un lado, el libre acceso al mercado, es decir el derecho a crear y mantener en producción empresas y a ostentar su titularidad; y de otro, el libre ejercicio de actividades empresariales, es decir, el derecho del titular a tomar ciertas decisiones económicas primarias, tales como la fijación de inversiones, diseño de objetivos y estrategias de funcionamiento o la combinación de los medios personales y materiales.²⁴

El reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa brinda la oportunidad para la configuración unitaria del poder de dirección, entendiéndose como el conjunto de facultades que definen la posición del empresario en la relación laboral.

El poder de dirección se presentaría como el conjunto de aquellas facultades atribuidas a los titulares de las organizaciones productivas con vistas al ejercicio de actividades económicas. Dentro de estas facultades se comprenderían la contratación de los trabajadores, ordenación y especificación de las prestaciones laborales, la adaptación de la organización del trabajo a los requerimientos del mercado, el establecimiento de los medios de control y de reglas generales de conducta y disciplina laborales o la imposición de sanciones por faltas e incumplimientos contractuales del trabajador.

El poder de control constituye una particular dimensión del poder directivo que reconoce al empresario para el ejercicio de la facultad fiscalizadora sobre la organización productiva, método de acción indispensable para valorar el cumplimiento

²⁴ VALDÉS DAL – RE, Fernando, Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador, en Autoridad y Democracia en la Empresa, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 31.

de la prestación del sujeto dependiente y para eventualmente adoptar medidas correctoras.²⁵

Concluye Valdés Dal-Re, citando a Martín Valverde, que el poder de dirección del empresario forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa y, en cuanto tal, consta de aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permiten llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones de ésta.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo en Chile, en su Dictamen N° 8273 de 1995²⁶, pues ha señalado que el sistema jurídico dota al empresario de lo que la doctrina llama el “poder de dirección y de disciplina”, esto es de la facultad de dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad para desarrollar cualquier actividad económica.

El desarrollo de las ideas anteriormente expuestas nos conduce a la segunda arista del conflicto. La relación laboral nos sitúa en la necesidad de optar entre dos derechos constitucionalmente protegidos que se encuentran en permanente tensión; por un lado, el “poder de dirección del empleador”, reconocido y amparado en nuestra Constitución bajo el alero del derecho de propiedad y la libertad de empresa ya mencionados; y el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, esto es, “la ciudadanía en la empresa”, también reconocida y amparada por la Carta Fundamental y otros textos legales.

Cuando el trabajador suscribe el contrato de trabajo con el empleador hace uso de su libertad, responsabilidad y acepta someterse a las reglas de organización de la empresa dictadas por éste último, sometiendo así su libertad al poder de aquél. Así, queda abierta la cuestión de cómo se han de hacer valer en el seno de la organización

²⁵ GOÑI SEIN, José Luis, El respeto a la esfera privada del Trabajador, un estudio sobre los límites del poder de control empresarial, Editorial Civitas S.A., Madrid, año 1988, p. 109.

²⁶ Dictamen Ordinario 8273/337 de 19/12/1995, Dirección del Trabajo. Véase también dictámenes ordinarios 4842/300 de 15/09/93; 287/14 de 11/01/96; 2309/165 de 26/05/98 y 4541/319 de 22/09/98.

productiva los derechos fundamentales que, como todos los ciudadanos, tienen reconocidos los trabajadores.

El planteamiento de esta problemática implica inevitablemente la búsqueda, no sólo de una nueva recomposición sobre nuevas bases de la autoridad en la empresa, sino de un nuevo modo de estar en la fábrica para empresario y trabajador.

Es evidente que el poder de dirección del empresario forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa, pero no es menos cierto que el disfrute de derechos fundamentales por el trabajador no es posible si no se expropian al empresario zonas que caen dentro de aquel poder, de tal manera que se limite su posición hegemónica en el contrato de trabajo.²⁷

En este mismo sentido, Antonio Baylós afirma que aún cuando el ejercicio de los derechos fundamentales resulta limitado en el ejercicio de la relación contractual que involucra el contrato de trabajo, a fin de cuentas, lo más importante es que las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetarlos²⁸.

El Derecho del Trabajo reconoce la relación de poder implícita que existe en el contrato de trabajo y por esto consagra los poderes de mando, reglamentación y disciplinario del empleador, conformando una potestad elástica, abierta y flexible que se concreta en el día a día por éste.

Así, cada decisión con sus consecuencias, no se encuentran detalladas en el Código del Trabajo o en un reglamento, sino que son materializadas por el empleador y, en este contexto, la irrupción de los derechos fundamentales como límite a dichas potestades legales sólo refuerza los objetivos tradicionales del Derecho del Trabajo.²⁹

²⁷ APARICIO, Joaquín, *Empresas Ideológicas y Derechos Fundamentales del Trabajador en Autoridad y Democracia en la Empresa*, op cit, p. 77-78.

²⁸ BAYLOS GRAU, Antonio, *Por una (Re) Politización de la Figura del Despido*, op. cit., p. 15

²⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 13.

El ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni sancionar el ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél. El goce de los derechos fundamentales reconocidos por el trabajador constituye un límite infranqueable por el poder unilateral del empresario.³⁰

1.4.1 Las reglas de interpretación propias de los Derechos Fundamentales

Las prácticas normativas propiamente constitucionales son numerosas. Además, se utilizan con un cierto grado de discreción, atendida la falta de acuerdo comunitario de la dogmática constitucional en Chile, sobre el punto, discreción que se ve aumentada por el hecho que nuestro texto constitucional no existe una formalidad de reglas interpretativas de la Constitución, como sí lo establece el Código Civil, entre sus artículos 19 y 24.

No obstante lo anterior, se han aceptado como cánones de interpretación, entre otros³¹:

a. Principio de Unidad Constitucional: en virtud de este principio, la Constitución debe interpretarse respetando la unidad y armonía todos sus preceptos.

b. Principio de Máxima Eficacia: en conformidad con esta directriz, debe preferirse las interpretaciones que le den mayor efectividad y utilidad de las normas constitucionales.

c. Principio de Fuerza Normativa de la Constitución: este principio ordena interpretar las normas constitucionales en el sentido que produzcan efectos jurídicos o vinculantes.

³⁰ BAYLOS GRAU, Antonio, Por una (Re) Politización de la Figura del Despido, op cit, p. 15.

³¹ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit., p. 57.

d. Principio de Concordancia Práctica: conforme al cual debe buscarse la máxima compatibilidad entre las normas constitucionales evitando interpretaciones que sacrifiquen una norma constitucional en favor de otra.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, existe acuerdo en la doctrina que dentro de la interpretación de las normas constitucionales reviste especial relevancia la interpretación de las normas que establecen derechos considerados fundamentales, normas que para el juez laboral más relevantes adquieren aún mayor importancia.

La dogmática constitucional, tanto comparada como nacional ha aceptado las siguientes directrices aplicables específicamente a la interpretación de derechos fundamentales:

1. Principio “pro homine”

Este principio ha sido reconocido en múltiples tratados internacionales vigentes en Chile, como en el artículo 5° del Pacto de Inter nacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

En Chile, el tribunal Constitucional lo ha reconocido explícitamente y lo ha hecho derivar del deber del estado de “estar al servicio de la persona humana”³². Se trata de un criterio hermenéutico que informa el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos.³³

Tratándose de la tutela de los derechos fundamentales de trabajador, debemos entender que la interpretación de normas jurídicas que regulen derechos fundamentales, tanto constitucionales como legales, debe efectuarse de modo tal que

³² STC, Rol 740-07.

³³ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit., p. 58.

se maximice la protección de dichos derechos, y no a la inversa, ya sea que se trate de normas de corte procesal como las que regulan la acción de tutela (artículos 485 al 495 del Código del Trabajo) como si se tratara de normas de naturaleza sustantiva (como el artículo 2° del Código del Trabajo o el artículo 19 de la Constitución Política de la República).

2. Principio de la posición preferente de los derechos fundamentales:

En la resolución de soluciones vinculadas a los derechos fundamentales, este criterio implica sostener que en el razonamiento jurídico del operador encargado de aplicar el derecho debe tener un lugar predominante las razones fundadas en derechos fundamentales, desplazando por necesidad en caso de conflicto o tensión, a las razones normativas no iusfundamentales o de naturaleza infraconstitucional³⁴.

Este criterio normativo es especialmente relevante en materia laboral, pues en la relación de trabajo concurren derechos, intereses y bienes de muy distinta naturaleza, los que eventualmente podrán tensionar la aplicación plena de los derechos fundamentales del trabajador.

Para evitar que los derechos fundamentales resulten restringidos por intereses protegidos por normas infraconstitucionales, es que debe sostenerse la posición preferente, de naturaleza constitucional de los derechos fundamentales del trabajador.

En ese sentido, es que deberes o intereses protegidos por razonamientos legales (buena fe) o meramente constitucionales (deber ético o de fidelidad), no podrían bloquear la protección efectiva de derechos que, por su especial situación dentro del sistema jurídico, exigen preeminencia. En definitiva, se trata de una cuestión de jerarquía normativa, y en esa estructura los derechos fundamentales del trabajador tienen una posición inderrotable.

³⁴ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit., p. 58.

3. Principio de progresividad de los derechos fundamentales.

Este canon interpretativo exige dar la mayor eficacia posible a los derechos fundamentales atendida la fuente constitucional que los establece.³⁵

De esta manera, como explica la doctrina nacional, el operador jurídico debe siempre optar por la alternativa preferencial por la norma y la solución que mejor satisfaga la protección de los derechos, y con ello la dignidad de la persona³⁶, principio reconocido ampliamente en Tratados Internacionales ratificados y vigentes en nuestro país como en el propio artículo 5° de nuestra Carta Fundamental, en cuanto exige a los órganos del Estado el deber de proteger y promover los derechos fundamentales.

En este sentido, el juez laboral debe preferir aquellas interpretaciones normativas que hagan o ayuden a hacer efectivas las disposiciones que tutelan derechos fundamentales del trabajador, no dejando la protección de estos derechos en el vacío.

4. Interpretación conforme a la Constitución

Las normas infraconstitucionales como las que regulan la acción de tutela y las sustantivas del Código del Trabajo que se refieren a derechos de los trabajadores, deben ser interpretadas sujetándose a los parámetros constitucionales que disponen y establecen derechos fundamentales.

Así, se entiende por Constitución al denominado bloque constitucional, esto es, tanto a las normas que conforman materialmente el texto constitucional como las contenidas en tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile sobre derechos fundamentales.

Este bloque de derechos contenidos en tales enunciados normativos adecuadamente sistematizados y armonizados con su objeto y fin, como asimismo

³⁵ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit., p. 59.

³⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, CECOCH, Santiago, 2008, p. 235.

interpretados conforme al principio pro persona, constituyen un parámetro de control para las normas internas infraconstitucionales, pues todas están limitadas por los derechos fundamentales y deben ser interpretadas en conformidad a éstos, siendo aplicable a los preceptos legales y demás normas del ordenamiento jurídico interno.³⁷

1.4.2 Conflicto de Derechos Fundamentales en la Relación Laboral

La resolución de conflictos de derechos fundamentales en la relación laboral supone una modalidad de aplicación del derecho distinta al modo común o tradicional: la subsunción.

La subsunción es un mecanismo de resolución de antinomias entre reglas jurídicas basada en tres criterios: - el de *la jerarquía normativa*, según el cual la norma jerárquicamente superior prevalece sobre la inferior; - el de *temporalidad*, conforme al cual la norma posterior deroga tácitamente a la anterior si ambas son de idéntico rango; y - finalmente *la especialidad*, que hace primar la norma específica sobre la general, también en caso de conflicto entre normas de igual jerarquía.³⁸

Al efecto, debemos señalar que mientras los derechos fundamentales se estructuran normativamente como valores o principios, cuando entran en conflicto se genera una antinomia de segundo grado que no se puede solucionar mediante criterios tradicionales para resolver los conflictos normativos, pues dichos parámetros obedecen fundamentalmente al Estado Liberal de Derecho históricamente superado, y no al Estado Constitucional y Democrático que marca el desarrollo contemporáneo y supranacional de los derechos fundamentales.³⁹

Abandonada la aplicación de la doctrina tradicional de la subsunción y aceptada la concurrencia de derechos constitucionales opuestos en el ámbito de la relación de

³⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, op. cit., p. 243.

³⁸ CELIS DANZINGER, Gabriel Enrique, Derechos Fundamentales en la Relación Laboral, Eficacia Horizontal, op. cit, p. 164.

³⁹ CELIS DANZINGER, Gabriel Enrique, Derechos Fundamentales en la Relación Laboral, Eficacia Horizontal, op cit, p. 165.

trabajo entre el empleador y el trabajador, analizaremos brevemente las principales soluciones interpretativas que han adoptado la doctrina y la jurisprudencia respecto de la concurrencia de ambos derechos:

1. La primera posición doctrinal a la concurrencia de derechos constitucionales contrapuestos en una relación jurídica es admitir la jerarquía jurídica entre derechos constitucionales.

El constitucionalista argentino Germán Bidart Campos, sostiene que en caso de conflictos entre derechos fundamentales debe buscarse la norma más favorable para el derecho que diga relación con un bien o interés jurídico de mayor alcurnia, conforme a una opción razonable y objetiva en la escala axiológica, y tomando además en cuenta cuál es la norma que en su aplicación al caso tiene capacidad de proveer mayor favor y funcionalidad al sistema de derechos institucionalmente valorado.⁴⁰

En nuestro país el profesor José Luis Cea afirma que debe ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con la fuente o el presupuesto de todos, o sea, la dignidad humana, para seguir con la vida e integridad personal.

La conciliación entre esos derechos debe buscarse, asumiendo como regla general que la colisión entre ellos es sólo aparente y por lo mismo resoluble. Si en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de la jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de uno sobre otros de esos derechos, comenzando por el derecho a la vida y a la integridad personal, continuando con la intimidad y el honor, pasando a la información y reunión, para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la iniciativa empresarial, la libre apropiación de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad.⁴¹

⁴⁰ BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 147.

⁴¹ CEA EGAÑA, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 65 y 67.

Esta doctrina tuvo acogida en la jurisprudencia nacional en el fallo del caso Luksic con Martorell por la publicación del libro “Impunidad Diplomática”.

2. La segunda solución doctrinal considera que la solución de conflictos entre derechos fundamentales debe ser resuelta por la vía de la ponderación o balanceo, siendo uno de sus máximos exponentes el profesor alemán Robert Alexy.

Esta doctrina afirma que no es factible admitir los criterios de subsunción como mecanismos de solución en la colisión de derechos fundamentales al interior del bloque constitucional, pues los derechos están codificados generalmente sobre una estructura principal, siendo además esencialmente interdependientes.

Ello se traduce en la aplicación del criterio interpretativo de ponderación de los bienes jurídicos, lo cual significa que en el balanceo de derechos fundamentales en conflicto, se aplica uno sobre otro en el caso concreto.⁴²

La ponderación consiste en asignar por parte del aplicador de derecho de peso o fuerza a un derecho fundamental con el que se encuentra el conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro u otros y resulta aplicable.

Sin embargo esa jerarquía axiológica, fijada para solucionar un caso de conflicto o colisión de derechos fundamentales, no es permanente, sino que es móvil. El conflicto no queda resuelto en forma estable y la solución del conflicto sólo vale para el caso concreto, por lo tanto, es imprevisible su solución en casos futuros.

La ponderación es una actividad irracional del juez, quien se encuentra metodológicamente gobernado por el principio de proporcionalidad, pues dicho axioma

⁴² CELIS DANZINGER, Gabriel Enrique, Derechos Fundamentales en la Relación Laboral, Eficacia Horizontal, op cit, p. 165.

implica que en situaciones de conflicto o colisión, el juez debe ser decidir en cada caso, intentando que cada principio se sacrifique por el otro en la menor medida.

En este tipo de casos la colisión de derechos fundamentales y su solución vía ponderación es aplicada en Chile desde 1995. Ese año la Dirección del Trabajo frente a la consulta de una empresa minera por la legalidad de los exámenes antidrogas en el lugar de trabajo, señalaba que para resolver el caso planteado, necesariamente se debe armonizar entre los bienes jurídicos en juego, manteniendo la debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa dentro de la empresa, junto con el respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución (Dictamen N°8273/335, 1995).⁴³

3. La tercera doctrina elaborada por el catedrático alemán Konrad Hesse y seguida en nuestro país por el profesor Humberto Nogueira, consiste en reconocer la tesis de la optimización de bienes jurídicos. Así, si existe una contradicción de derechos hay dos opciones: o un derecho se afirma al primar jerárquicamente sobre otro que cede ante él ya que es indisponible, o bien, se consigue una optimización de los bienes en juego.

La primera pauta interpretativa para resolver los aparentes conflictos entre derechos fundamentales, es distinguir entre los derechos y las normas sobre derechos fundamentales, buscando una armonización en el nivel de los derechos y no en las normas, lo que requiere superar la interpretación literal de éstas por una interpretación sistemática y teleológica de los derechos, para poder determinar el contenido de cada derecho, evitando que uno se sobreponga con el de otro, ajustándolos dentro del sistema de derechos y pensándolos en forma armónica.⁴⁴

⁴³ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 67-70.

⁴⁴ NOGUEIRA, Humberto, Lineamientos de Interpretación Constitucional y del bloque Constitucional de Derechos, Editorial Liberotecnica, Santiago, 2006, p. 372.

1.5 Derechos Fundamentales Laborales en el Contrato de Trabajo.

El artículo 5° del Código del Trabajo, impone como límite al poder de dirección del empresario el respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar a la intimidad, a la vida privada u honra de éstos.

Sin embargo, esta idea no es nueva en nuestro medio, pues ya la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo había señalado que “la solución al caso planteado debe necesariamente importar la armonización de los bienes jurídicos en juego, manteniendo la debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa, dentro de la empresa, con el respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución”⁴⁵, concepto que no es sino fruto de la tendencia comparada en orden a hacer ingresar los derechos fundamentales a la fábrica.

Antes de la entrada en vigencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, la norma del artículo 5° se encontraba inhibida en su operatividad, ante la falta de vías procesales idóneas que permitieran materializar la protección de las garantías fundamentales, objetivo primordial de la norma.

No obstante lo anterior, los operadores del derecho habían instado por dotarla de virtualidad a través de distintos métodos, mediante el uso del despido indirecto, contemplado en el artículo 171 del Código del Trabajo, por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, constituida precisamente por una conducta lesiva de los derechos fundamentales.

En dicho contexto, uno de los ejemplos paradigmáticos es el constituido por el acoso sexual, conducta que en caso de ser efectuada o tolerada en el seno de la relación de trabajo por el empleador, vulnera diversos derechos fundamentales, lo que importa un flagrante incumplimiento a las obligaciones que el empleador tiene en la materia.

⁴⁵ Dictamen 8273/335, 1995.

En este mismo sentido, lo entendió la Corte Suprema al señalar que se justificaba un despido indirecto por incumplimiento grave de las obligaciones del empleador, cuando éste no adoptó las medidas necesarias para evitar el hostigamiento sexual de una trabajadora por parte de un compañero de trabajo, menoscabando los derechos a la integridad física y síquica y a la honra de que esta última es titular en razón de los números 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución.⁴⁶

1.5.1 Los mecanismos de control de los trabajadores.

Una de las disposiciones más importantes en el ámbito del reconocimiento de los derechos fundamentales corresponde al inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo que señala ciertos requisitos en las medidas de control por parte del empleador, y que se refiere en términos amplios a cualquier forma de control implementada por la empresa.

El nuevo inciso final de la norma citada dispone que en general toda medida de control sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

Esta disposición no hace, sino, recoger a nivel legal, los criterios ya recogidos por la jurisprudencia consolidada de la Dirección del Trabajo, que dicen relación con su obligatoria incorporación a los reglamentos internos, su carácter netamente laboral y su realización de modo general y no selectivo.

El profesor José Luis Ugarte Cataldo⁴⁷, señala que en materia de los mecanismos de control, se produjo la sentencia inaugural del tema de los derechos laborales inespecíficos en Chile, pues la Corte Suprema, conociendo la impugnación de un sistema de cámaras televisión utilizada para efectuar seguimiento de los trabajadores, señaló que “dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de

⁴⁶ Corte Suprema, Rol N°2.704-02, 9.04.2003.

⁴⁷ UGARTE CATALDO, José Luis, El Nuevo Derecho del Trabajo, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, p.127.

actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello, en el deseo de, como en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical, las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior, puede ser compatibilizado con un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero éste no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación, que son sólo protección y seguridad empresarial⁴⁸.

1.5.2 El contenido ético jurídico y los derechos fundamentales.

En Chile, tal como en toda la tradición jurídica laboral continental, se ha sostenido que uno de los efectos fundamentales de la celebración de un contrato de trabajo corresponde a un conjunto de deberes denominados ético jurídicos, los que serían una muestra del humanismo que debe presidir las relaciones laborales.⁴⁹

Al respecto, la doctrina nacional no ha hecho mayor esfuerzo por precisar conceptualmente el contenido de estos deberes, donde destacarían el deber de fidelidad y el deber de lealtad. Tampoco lo ha hecho la jurisprudencia judicial que los ha supuesto derivados inherentemente de la subordinación.⁵⁰

En términos generales, el deber de fidelidad estaría referido a que el trabajador procurará el bien y la prosperidad de la empresa y a no causarle daño a ésta, mientras que el deber de lealtad importaría responder a la confianza del empleador evitando fraudes o abusos de confianza.⁵¹

En este contexto es evidente la tensión entre los denominados deberes éticos y los derechos fundamentales de los trabajadores, cuya solución, según Ugarte, pasa por dejar establecidas las prioridades que el sistema jurídico asigna a las figuras en eventual hipótesis de conflicto, no quedando lugar a dudas que los derechos

⁴⁸ Corte Suprema, Rol N°5.234-2005, 05.01.2006.

⁴⁹ THAYER WILLIAM, NOVOA PATRICIO, Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II, Editorial Jurídica, Chile, 1989, p.320.

⁵⁰ UGARTE CATALDO, José Luis, El Nuevo Derecho del Trabajo, op cit., p. 128.

⁵¹ UGARTE CATALDO, José Luis, El Nuevo Derecho del Trabajo, op cit., p. 128.

fundamentales del trabajador corresponden a bienes protegidos constitucionalmente, dotados, en consecuencia de la máxima jerarquía dentro del sistema legal, que no están en condiciones de ceder ante bienes de relevancia, puramente legal, como serían los deberes éticos del contrato⁵², cuya aplicación en caso alguno, puede afectar el ejercicio de los derechos fundamentales de rango constitucional de los trabajadores.

1.6 Derechos Fundamentales Laborales en el Derecho Chileno.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política de 1980, establece diversas garantías específicas en materia laboral, como la libertad de trabajo y su protección o la libertad sindical (derecho de sindicación, negociación y autonomía colectiva), así como un catálogo de otros derechos fundamentales que no son propiamente laborales y que se vinculan a la calidad de ser humano del trabajador, como la integridad física y psíquica de la persona, el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de los cultos y la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa.⁵³

En Chile, se ha sostenido la plena vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, no en razón de su incorporación por parte de la ley, sino simplemente por el efecto horizontal de los derechos constitucionales, principio reconocido por nuestra doctrina con la denominación de “Principio de Vinculación Directa de la Constitución”, que hace aplicable la Constitución al Estado, a todos sus poderes y órganos, así como a todas las personas y grupos de la sociedad (artículo 6° CPR).

En opinión de Gamonal Contreras, el principio de vinculación directa en el derecho laboral chileno debe ser entendido de la siguiente forma:⁵⁴

⁵² UGARTE CATALDO, José Luis, El Nuevo Derecho del Trabajo, op cit., p. 130.

⁵³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Los Derechos del Trabajador en la Constitución Chilena, Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N°3, op cit, p. 39.

⁵⁴ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, op. cit, p. 13

1. El Código del Trabajo y las leyes laborales deben ser interpretadas por el juez a la luz de los derechos fundamentales (eficacia mediata).

2. Si existen vacíos legales el juez no puede negarse a resolver el conflicto, en virtud del principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 76 inciso segundo de la Constitución Política de la República, y en este caso podría aplicar directamente los derechos fundamentales (eficacia inmediata).

3. Si un precepto laboral vulnera los derechos fundamentales, el juez debe remitir la norma laboral al Tribunal Constitucional por estimarla inconstitucional, aplicando el mecanismo que la propia Constitución estatuye (artículo 93 N°6) (eficacia mediata).

4. En materia laboral, el principio de vinculación directa implicará que los derechos fundamentales operarán como límite directo de las potestades abiertas que el propio Código del Trabajo otorga al empleador (eficacia inmediata). Estas potestades abiertas y unilaterales pueden ser vistas como un vacío legal donde los derechos constitucionales son el límite del actuar empresarial, caso en el cual nos situaríamos en la hipótesis descrita en el número 2, con las consecuencias propias de la eficacia inmediata.

De este modo, Luis Ugarte Cataldo afirma que en Chile, la doctrina de la horizontalidad de los derechos fundamentales ha sido plenamente recepcionada en su versión más radical: la eficacia directa o inmediata, idea que se ve reforzada de forma inequívoca dados los amplísimos términos en que se encuentra concebido el Recurso de Protección, que según el artículo 20 de la Constitución puede ser ejercido en contra de “actos u omisiones arbitrarios o ilegales que provoquen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” establecidas en el artículo 19, según los números que en dicho artículo se indican.⁵⁵

⁵⁵ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 14.

Un matiz ligeramente distinto plantea Gamonal Conteras, pues manifiesta que las características de desigualdad de los sujetos involucrados en el contrato de trabajo y la interpretación judicial de la potestad de dirección del empresario -como ya se mencionó es abierta y flexible- trae como consecuencia que la aplicación del principio de vinculación directa en el derecho chileno, en los casos de vacíos y de potestades abiertas del empleador, genera una verdadera eficacia inmediata de los derechos fundamentales en nuestro derecho laboral. En esta hipótesis, los límites entre eficacia directa e indirecta se difuminarían, produciéndose, al efecto, las mismas consecuencias y, por tanto, carece de importancia la distinción.⁵⁶

La doctrina de la eficacia horizontal e inmediata ha sido traducida por las normas laborales mediante la ley 19.759 de 2001, que reforma el Código del Trabajo estableciendo en el inciso primero del artículo 5° que “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

Al efecto, Gamonal señala que para precisar el alcance del artículo 5° del Código del Trabajo, se debe distinguir su ámbito de aplicación y sus efectos.⁵⁷ En cuanto, a lo primero, el precepto habla de “facultades del empleador”, o sea, abarca en forma amplia todas las potestades del empleador, a saber, de mando, reglamentación y disciplinaria, quedando todas sujetas al límite de esta norma, especialmente la de mando por ser una facultad abierta e indeterminada que se concreta en el día a día por el empleador.

La potestad reglamentaria está sujeta a los controles que determina el artículo 153, lo cual no obsta postular que el reglamento interno legítimamente aprobado, tiene como límite las garantías constitucionales de los trabajadores.

⁵⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, op. cit, p. 77 y ss.

⁵⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, op. cit, p. 13 y ss.

La potestad disciplinaria debe ser interpretada en forma restrictiva, dado que la relación laboral otorga numerosos poderes al empleador. En particular, precisa Gamonal, el despido disciplinario debe ser utilizado de buena fe, ya que en caso contrario, se tratará de un despido abusivo. Por otro lado, afirma que la posibilidad de multar al trabajador (artículos 154 N ° 10 y 157 del Código del Trabajo), sería inconstitucional por infringir la igualdad ante la ley y el debido proceso.

Respecto a los efectos del artículo 5° del Código del Trabajo, el legislador ha limitado las facultades empresariales, en especial cuando pueden afectar su intimidad, vida privada y honra. En relación a la amplitud de los límites, el precepto abarcaría tanto los derechos fundamentales propiamente laborales como los inespecíficos. La norma no efectúa una enumeración taxativa por lo que, al hablar de garantías constitucionales, el intérprete deberá recurrir al artículo 19 de la Carta Fundamental.

Asimismo, la ley reformó el artículo 2° del Código, perfeccionando las normas que prohíben la discriminación en materia laboral. Del mismo modo, dispuso que las medidas de control de los trabajadores deben efectuarse por medios idóneos, de aplicación general, garantizándose la impersonalidad del respectivo mecanismo para resguardar la dignidad del trabajador (artículo 154 inciso final del Código del Trabajo), exigiéndose al empleador reserva en la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral (nuevo artículo 154 bis).

Cabe agregar que nuestro país ha ratificado numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos que contemplan derechos laborales específicos e inespecíficos (entre otros, el Pacto de San José de Costa Rica y los Convenios 87, 98, 131 y 151 de la OIT) y el artículo 5° de la Constitución Política dispone que “el ejercicio de la soberanía reconoce como límite al respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De este modo, los Tratados Internacionales también se configuran como límites a las facultades de dirección del empleador, lo que refuerza la vigencia de estos derechos en nuestro ordenamiento.⁵⁸

Como podemos notar, aunque existen herramientas constitucionales suficientes para afirmar inequívocamente la horizontalidad de los derechos fundamentales, el derecho chileno prefirió incorporarla en la legislación ordinaria, aunque debemos ser enfáticos en señalar que el efecto horizontal deriva de las propias normas constitucionales, de su carácter supremo en el orden normativo y no de una declaración de la ley ordinaria.

Por consiguiente, el profesor José Luis Ugarte manifiesta que más allá del valor jurídico estricto de la ley, es útil resaltar su valor afectivo. Desde el punto de vista de la cultura laboral resultaría ser una norma necesaria, pues se constituye como el paso inicial para su recepción efectiva.⁵⁹

Pese a la relevancia de la reforma laboral introducida por la ley 19.759, el reconocimiento normativo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador en nuestro orden jurídico, no había significado hasta ahora la vigencia efectiva de los mismos, cuestión que la doctrina había destacado anotando un profundo divorcio entre las normas y la realidad.

Sin perjuicio de la existencia de normas jurídicas sustantivas y la evolución en la jurisprudencia judicial y administrativa que ya venía haciendo suya la doctrina de los derechos fundamentales, la realidad mostraba un déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos fundamentales en la relación laboral, lo que se expresaba en la falta de cauces procesales idóneos y específicos que se hicieran cargo de las particularidades inherentes a la relación laboral.

⁵⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, op. cit, p. 9.

⁵⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, Los Derechos del Trabajador en la Constitución Chilena, Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N° 3. Hom enaje a Don Patricio Novoa Fuenzalida, Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 2004, p.28-29.

En efecto, el Recurso de Protección, acción constitucional por antonomasia, se había mostrado absolutamente inútil y errático para la tutela de los derechos fundamentales en la empresa. A esto debemos agregar la concepción predominantemente patrimonial de la tutela procesal laboral, que entendía como único conflicto laboral digno de amparo jurisdiccional, aquel que involucraba sólo derechos valuables en términos económicos, lo que no daba lugar al amparo de derechos no patrimoniales, vinculados a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano.

En ese contexto, la ley 20.087 que introduce el procedimiento de tutela laboral, constituye el primer paso por tomar en serio este tipo de derechos de los trabajadores, comenzando poco a poco a desmontarse el *“modelo cerrado de empresa”*, entendido como un espacio jurídico privado donde la acción de los derechos sólo quedaba restringida al cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para así dar paso a un *“espacio jurídico público”*, afecto al respeto a los derechos fundamentales.⁶⁰

⁶⁰ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 20.

CAPITULO II: NECESIDAD DE TUTELA ESPECIAL QUE PROTEJA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

2.1 Derechos Fundamentales y Tutela Judicial Efectiva

El reconocimiento de los derechos fundamentales en la relación laboral exige que sus titulares cuenten con mecanismos de tutela que aseguren su efectiva aplicación. Una de las falencias que presentan algunos sistemas jurídicos radica, precisamente, en la distancia que se produce entre el reconocimiento de los derechos laborales y su efectivo ejercicio.

Al entender los derechos fundamentales como los pilares sobre los que se construye un determinado modelo de Estado, podemos afirmar que son bienes en riesgo que requieren de una tutela judicial privilegiada.

Para materializarlos, tanto los instrumentos internacionales como la Constitución reconocen el derecho fundamental a la justicia, que tradicionalmente implica como contenido esencial la tutela judicial de los derechos. Así, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se reconoce en la generalidad de las constituciones contemporáneas.

Una primera aproximación al concepto de tutela judicial efectiva nos lleva a distinguir necesariamente entre dos aspectos: uno de derecho sustantivo, que dice relación con el qué o porqué se formula la pretensión; y otro de carácter procedimental, en el que se hace referencia al dónde, cómo y cuándo se manifiesta esa petición.⁶¹ Es tal comunión que existe entre ambos aspectos que unos no se conciben sin los otros.

Junto con el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana consagrados en los Tratados de Derechos Humanos e incorporados a nuestro derecho en virtud del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, se

⁶¹ REYES POBLETE, Miguel Ángel, "Tensiones entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Procedimiento de Acceso a la Información Pública en Chile con la ley 20.285 en <http://www.temasdederecho.cl/PDF/UAHURTADO2009.pdf>, [fecha consulta 6.10.09].

ha ido desarrollando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el contenido al derecho a la tutela judicial efectiva y con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las garantías individuales contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos se ha ampliado a favor de las personas, el catálogo de derechos a ser respetados y obligaciones a ser cumplidas por el Estado, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva.

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la tutela judicial efectiva emanada de:

1. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, incorporados al ordenamiento interno por mandato expreso de la Constitución (artículo 5º):
 - a. La Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica que en su artículo 8.1 dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter”.
 - b. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14).⁶²
 - c. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (artículo 10).⁶³

⁶² Artículo 14 Pacto Derechos Civiles y Políticos: Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. El artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, en lo relativo al debido proceso.

Se entiende por derecho a la tutela judicial efectiva aquel derecho que tiene toda persona a obtener tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión⁶⁴, concepto que el Tribunal Constitucional ha hecho suyo desde el derecho español.

En el mismo fallo dicho tribunal señala que comprenden esta garantía el libre acceso a la jurisdicción, entendido como la posibilidad de formular pretensiones ante el juez y obtener una resolución acerca de las mismas, así como el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la eficacia de todas las garantías que le son propias.

Ya hace unos años el tribunal constitucional concebía el derecho a la tutela judicial efectiva desde una doble dimensión. En primer lugar, una adjetiva o procedimental, respecto de los derechos e intereses y en segundo lugar, como un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto básico del Estado de Derecho.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que el derecho a la jurisdicción se garantiza mediante la posibilidad de ejercer el derecho a la acción o a instar, en virtud del cual se permite formular pretensiones a la autoridad judicial, y, en segundo lugar, que en virtud de esa presentación se inicie un

⁶³ Artículo 10 Declaración Universal de Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

⁶⁴ REYES POBLETE, Miguel Ángel, "Tensiones entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Procedimiento de Acceso a la Información Pública en Chile con la ley 20.285 en <http://www.temasdederecho.cl/PDF/UAHURTADO2009.pdf>, op.cit, [fecha consulta 6.10.09].

procedimiento judicial que se sustancie y pueda llegar a una resolución que se pronuncie en cuanto al fondo del asunto controvertido.

De este modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se enlaza con la de la Corte Suprema relacionando el derecho a la tutela judicial efectiva con el debido proceso, al ser el primero una parte del segundo, pues conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: las publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforma a la ley, el examen y la objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores (...) ⁶⁵

El profesor Carlos Peña, señala que la “Tutela Judicial Efectiva” puede ser entendida desde dos puntos de vista. En primer lugar, se define en forma estricta como el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos jurisdiccionales, o lo que es lo mismo, como el derecho que garantiza al ciudadano el acceso a los tribunales de justicia y la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones substantivas y a través de un procedimiento equitativo ⁶⁶.

Así, el concepto estricto de tutela judicial efectiva comprendería cuatro derechos y garantías procesales:

1. El acceso a la jurisdicción o al proceso donde se pueda plantear la pretensión;

⁶⁵ SCS, rol 3643-2000, p. 237, considerando 6º.

⁶⁶ PEÑA González, Carlos, Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 1996, p. 663.

2. El derecho a la defensa en el proceso en que se ventila la pretensión;
3. Derecho a una resolución razonable y fundada en derecho; y
4. Que la resolución obtenida sea efectiva.

Agrega, Carlos Peña, que la tutela judicial efectiva, puede ser definida en forma amplia, es decir, no sólo comprensiva del derecho a la pretensión jurisdiccional, sino también de todas las garantías procesales constitucionalizadas que comprenden el denominado debido proceso.⁶⁷

El derecho a la tutela judicial efectiva se puede enfocar como un contenedor de todos los derechos fundamentales y derivados que otorga o reconoce un orden jurídico y, como un derecho fundamental específico, expresión del principio general del debido proceso, cuyo ámbito es previo a cualquier proceso judicial y que consiste en el derecho a exigir del Estado, el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta.

De esta forma, aquel derecho tiene una órbita específica dentro del derecho a la jurisdicción consistente en la legitimación universal para reclamar la protección de los tribunales de las pretensiones jurídicas de los sujetos, correlato del deber exclusivo de administrar justicia por los tribunales estatales del genérico derecho a la justicia.

El derecho a la jurisdicción también se expresa en una demanda de justicia efectivamente realizada en los tribunales como derecho al proceso y como conjunto de derechos y garantías en el proceso o respecto de él.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, serían los siguientes:

- a. Derecho de acceso a la jurisdicción para obtener una resolución fundada sobre el asunto, la cual debe ser cierta e inmodificable, teniendo que recaer especialmente sobre el fondo o contenido del reclamo específico de justicia

⁶⁷ PEÑA González, Carlos, Sistema Jurídico y Derechos Humanos, op.cit., p. 663.

jurisdiccional a los tribunales, pero pudiendo satisfacerse incluso con la declaración de inadmisibilidad de una acción mediante una resolución fundada, dejando sin tocar el contenido de derechos sustanciales en juego.

b. Motivación de las resoluciones judiciales de modo razonable y adecuado a las pretensiones, dado que la racionalidad es una precondition que permite expresar los intereses en el lenguaje de derechos que constituye a la práctica jurídica como una praxis argumentativa.

c. Derecho a utilizar los recursos legales ordinarios y extraordinarios para evitar el resultado de la indefensión en cualquier circunstancia.

d. Derecho a la ejecutoriedad de las resoluciones, en cuanto derecho a solicitar y eventualmente obtener la adopción de medidas para cautelar y hacer cumplir lo ordenado en un proceso, lo que involucra desde el acceso al expediente a la cautela prejudicial hasta las posibilidades del exequátur en el derecho internacional privado.

La lesión a esos contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva da origen a la indefensión, que se configura cuando tal vulneración conlleva la imposibilidad del derecho a la defensa. Sin embargo, lo que importa es la indefensión material que requiere de un perjuicio al recurrente o demandante de protección judicial a sus pretensiones.

Desde la perspectiva de los principios del derecho internacional de los derechos humanos y del constitucionalismo contemporáneo, el derecho procesal equivale principalmente al conjunto de mecanismos y garantías que tienden a la tutela judicial efectiva, en los términos que la definen los mismos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.⁶⁸

⁶⁸ Artículo 8 de la Convención Americana; artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

El derecho a una tutela judicial efectiva es un derecho que se satisface en el seno de un proceso judicial cuya regulación no preexiste a la norma, sino que la propia norma la crea determinando su contenido y alcance.

En otras palabras, la tutela judicial efectiva sólo es posible si el legislador establece los cauces necesarios para obtenerla, pudiendo tomar en consideración diversos intereses constitucionales y legalmente atendibles.⁶⁹ De este modo, las normas procesales son como modeladoras del sistema político del que emanan y de las finalidades a las que sirve⁷⁰.

En el caso chileno, no obstante los notorios avances normativos que se produjeron especialmente a partir de 2001, uno de los problemas que había presentado el sistema del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, fue que en el cumplimiento de la función que deben cumplir desde el punto de vista de los derechos del ciudadano, su resolución era percibida como lenta y poco efectiva.

Particularmente respecto de los derechos fundamentales en la relación laboral, el Recurso de Protección que era la vía estándar que nuestro ordenamiento jurídico contemplaba para la tutela de estas garantías constitucionales, había sido absolutamente inútil para protegerlos.

Cabe agregar que las normas procesales del Derecho del Trabajo tampoco lograban salvar las deficiencias del Recurso de Protección, pues las normas que regulaban el modo de ejercer los derechos ante los Tribunales habían mantenido inalterable la estructura de corte patrimonial de la tutela procesal.

Esta concepción patrimonial de la tutela procesal laboral, propia del nacimiento del Derecho del Trabajo sobre la cual se construye la mayor parte de la estructura procedimental de nuestro Código, entendía que el único conflicto digno de amparo

⁶⁹ BLASCO Pelliecer, Ángel, Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial, Revista de Derecho Social, N° 12, año 2000, p. 36.

⁷⁰ ROMÁN de la Torre, María Dolores, Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales, Publicaciones, Consejo General del Poder Judicial, [cd rom], Edición 2006.

judicial es aquel que involucra el ejercicio de derechos evaluables en términos económicos.

En este contexto, no había existido en nuestra legislación laboral adjetiva espacio para la creación de cauces procesales necesarios para la protección de derechos no patrimoniales vinculados a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano.

Ello plantea de otra parte, el desfase entre la norma sustantiva y adjetiva, haciéndose necesario el reequilibrio del sistema de derecho, toda vez que en sede jurisdiccional y con el poder coactivo que le es propio, la norma sustantiva alcanza aplicación inamovible a través del efecto de cosa juzgada, sin perjuicio de su materialidad, a través de la ejecución destinada a su cumplimiento.⁷¹

Bajo este panorama, y dadas las particularidades de la relación laboral, nos encontrábamos frente a un incumplimiento del mandato constitucional de promoción y respeto de los derechos fundamentales y a una tutela judicial efectiva de los trabajadores.

El procedimiento laboral previo a la reforma no cumplía con las exigencias mínimas que requiere un procedimiento laboral para satisfacer la necesidad de tutela de derechos fundamentales, y ello se producía como consecuencia de los siguientes factores:

1. Dificultad de acceso a la jurisdicción, por cuanto ningún trabajador se encontraba dispuesto a poner en riesgo su estabilidad en el empleo, cuestionando las decisiones del empleador.

⁷¹ TAPIA GUERRERO, Francisco J., El Nuevo Procedimiento en el Juicio del Trabajo en la ley 20087/06, Diplomado Reforma Procesal Laboral, Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello, Primer Semestre, año 2009.

2. Dificultad probatoria. Los términos del artículo 1.698 del Código Civil, principio rector en materia de prueba en el procedimiento común, se constituía como un obstáculo insoslayable para los trabajadores a la hora de probar motivaciones discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales.
3. En cuanto a la reparación del daño provocado por una vulneración a un derecho fundamental, cabía una gran interrogante, ¿cómo resarcir una lesión de garantías fundamentales cuando la legislación laboral vigente sólo protegía intereses de carácter pecuniario?

A la respuesta de estos cuestionamientos responde el impulso de la ley 20.087 de 2006, que concluyó en una profunda modificación a la legislación orgánica y procesal del trabajo, cuyo objetivo fue precisamente la tutela efectiva de los derechos laborales.

En este sentido, el Mensaje que da inicio al proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral, contemplado en el libro V del Código del Trabajo señala que los esfuerzos en materia sustantiva requerían complementarse con una reforma al sistema procesal que garantizara el acceso a una justicia laboral eficiente y expedita para todos los trabajadores, agregando que la plena vigencia de los derechos laborales requiere como *conditio sine qua non*, no sólo un reconocimiento normativo sino que también, y a ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional idóneos y eficaces⁷², pues si bien es cierto que los esfuerzos legislativos habían sido encaminados al refuerzo de normas sustanciales, el derecho laboral procesal se encontraba en deuda respecto de la tutela judicial efectiva en la protección de los derechos fundamentales y haciéndose cargo de las críticas y de las falencias del procedimiento imperante propone entre sus objetivos el brindar un mejor acceso a la justicia, posibilitar la efectividad del derecho sustantivo, la agilización de los juicios de trabajo, la modernización del sistema procesal laboral y

⁷² Boletín N° 3367 – 13, Primer Trámite Constitucional Cámara de Diputados, [en línea] www.bcn.cl, [consulta 2.09.09], p. 7.

potenciar el carácter diferenciado del procedimiento laboral, proponiendo la implementación del proceso de tutela laboral.

2.2 Tutela Judicial Efectiva y Procedimiento Laboral.

El concepto de tutela judicial efectiva tiene más significado en lo referido a las normas procesales laborales, en la medida que todo el Derecho del Trabajo no puede comprenderse extramuros de lo que supone el propio Estado Social,⁷³ desentendiéndose del fin protector que trasunta todo el Derecho Laboral.

En este sentido, vale la pena recordar la directa relación existente entre el desarrollo de los sistemas sociales, las normas laborales y la propia configuración y constitucionalización del Estado Social, entendido éste como corrector estricto del Estado Liberal de Derecho, mediante la introducción de fórmulas dirigidas a lograr una igualdad real y no sólo formal en las relaciones sociales y económicas.

La incorporación de reglas laborales así orientadas no podía sino requerir la misma corrección en su protección jurisdiccional, necesariamente condicionada por el tipo de conflictos a resolver.

Por ello el proceso de trabajo se configura como un instrumento para la promoción, propulsión y actuación del Derecho Laboral en la medida que la regulación especial del trabajo no puede ser sólo material y limitarse a la fijación de derechos, sino que requiere la especialidad en el campo procesal mediante una legislación específica, cuyos rasgos configuradores sean sustancialmente distintos de los civiles, pues se trata de instrumentos puestos al servicio de un Derecho material que disciplina relaciones jurídicas trabadas entre sujetos sociales y jurídicamente desiguales.

Entendido el Derecho del Trabajo como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección de las desigualdades fundamentales, ayudan a esta finalidad tuitiva no sólo las normas sustantivas sino también las procesales, pues superando aquellas tendencias que creían que el derecho procesal era un conjunto de

⁷³ ROMÁN de la Torre, María Dolores, Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales, op. cit.

normas neutras y aisladas del derecho sustantivo, resulta patente que ambos son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste.⁷⁴

De este modo, los propios principios del Derecho Procesal del Trabajo se han configurado precisamente como consecuencia de la insuficiencia de las reglas generales para lograr también la igualdad en la defensa procesal de derechos e intereses en los que los trabajadores, en cuanto parte procesal, son quienes han contado con mayores problemas para conseguir una defensa real de sus intereses.

A tal objetivo han respondido diversas instituciones básicas incorporadas al derecho procesal del trabajo como las mayores facultades conferidas al órgano judicial en la dirección y desarrollo del debate procesal, orientadas a la búsqueda de la verdad material y no sólo de la formal, así como las reglas específicas en materia de prueba.

Es importante recordar que la formación misma del derecho del trabajo exige la creación de órganos y reglas propios para la resolución de los conflictos. Órganos y reglas procedimentales que tienen el mismo fin que las reglas materiales sobre la prestación de trabajo, que no es otro que proteger al trabajador como individuo y componente de grupos de situación de desigualdad y de los peligros de explotación que conduce la base misma del sistema.

Tal protección forma parte de la esencia del Derecho del Trabajo, pero hoy es además, una consecuencia del orden de valores expresados en la Constitución y que obliga a darles efectividad en el desarrollo de los litigios laborales.

En conclusión, podemos señalar que el desarrollo del concepto de ciudadanía en la empresa y la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales (específicos e inespecíficos) de los trabajadores requiere de la creación de cauces procesales

⁷⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, "Derecho de Trabajo y Proceso", Publicaciones de la escuela Social de Murcia, 1972, p. 2 y 21.

especiales y adecuados que obedezcan a los principios y fines propios del Derecho Laboral y que respondan a las particularidades propias de esta rama del derecho.

2.3 Vínculo entre Derecho Sustantivo y Derecho Instrumental

Hoy es un acuerdo generalizado entre los juristas calificar como errónea la idea de que lo procesal, considerado como adjetivo, es un ámbito tajantemente separado del llamado derechos material o sustantivo. Convenida la íntima unión entre lo procesal y lo material, también ha de concertarse que ambos campos del ordenamiento están transidos por algunos puntos del ordenamiento que les son comunes.

Sin embargo resulta interesante destacar que mientras se acepta con relativa facilidad la no neutralidad de la norma llamada material, hay una tendencia a pensar en la neutralidad de la norma instrumental, lo que constituye un contrasentido.

La no neutralidad de la norma, entendida como la adecuación de ésta al momento de su creación, al sistema político del que emana y a las finalidades a las que sirve, no es exclusiva del derecho sustantivo, sino que alcanza a las normas procesales que sirven a la solución de los conflictos en relaciones estructuradas por las primeras, según los principios y finalidades básicas del ordenamiento jurídico.

De este modo, se puede afirmar que ni es neutral el proceso ni es neutral la norma procesal que forma parte del ordenamiento jurídico y, por ello, obedece a los mismos valores e intereses que aquél.

Así debe ser contemplado el derecho procesal en general y en particular el derecho procesal laboral, como un fenómeno ligado a los cambios históricos y a los fenómenos políticos, constituyéndose como un reflejo del ordenamiento del cual son los intereses y las ideologías dominantes en cada momento histórico.

2.3.1 El Proceso Laboral como Institución Orientada a Valores

Como se señaló precedentemente, la falta de neutralidad de la norma alcanza a las normas procesales que no en vano sirven para resolver los conflictos generados en las relaciones estructuradas por las primeras, según los principios y finalidades básicas del ordenamiento jurídico.

Es en este sentido que se ha destacado la importancia de la proyección sobre las normas procesales de la constitucionalización de un cierto modelo de Estado y de los principios y derechos a él asociados, incorporando a aquellas normas, valores y finalidades bien definidas y siendo ellos los que imprimen carácter y sentido propio a su configuración concreta.⁷⁵

Al respecto se pronunció el Tribunal Constitucional Español en sentencia número 180 del año 1987, señalando que la interpretación y aplicación de las normas procesales no puede realizarse en forma aislada, sino en directa relación con las legítimas finalidades a las que sirve y que el legislador le ha trasladado como adecuadas a la realización del modelo constitucionalizado, el del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

2.3.2 Rol del Juez Laboral en Procedimientos Tutelares de Garantías Fundamentales.

La irradiación de los valores y principios constitucionales a las normas procesales trae aparejada como consecuencia un cambio en la labor del juez. No se trata ahora de que el juez se limite, como era tradicional, a aplicar la ley mediante procedimientos mentales lógicos, subsumiendo los hechos que le son probados en el supuesto de hecho de la norma, sino que previamente debe hacer un enjuiciamiento, una valoración sobre la realización de aquellos valores constitucionales.⁷⁶

⁷⁵ ROMÁN de la Torre, María Dolores, Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales, op. cit.

⁷⁶ APARICIO Tovar, Joaquín, RENTERO Jover, Jesús, El Juez Laboral, Imparcial, pero no Neutral, Revista de Derecho Social N°4, 1998, p. 55.

Los principios prevalentes de carácter constitucional, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores obligan a la intervención reequilibrada, tanto por parte de la norma procesal como del propio órgano judicial actuante, lo que no implica la vulneración de derechos de la otra parte involucrada en el proceso, sino solamente un adecuado cumplimiento del mandato.

Al respecto la doctrina ha señalado que el juez laboral debe ser imparcial pero no neutral.⁷⁷ Debe intervenir activamente en el desarrollo del proceso, pues es un sujeto que está implicado de modo efectivo en el facilitamiento del acceso a una decisión motivada sobre el fondo de la pretensión ejercitada, como al mismo tiempo, obligado a obtener la verdad material que sirve de sustrato a la decisión final motivada.

Y ello no representa una situación excepcional ni un correctivo en espera de una vuelta a la normalidad, sino el reflejo del carácter inmediatamente social del conflicto, al mismo tiempo que es elemento primordial en la consecución de la paz social. El valor que subyace a esta premisa, alcanza aún mayor relevancia cuando nos encontramos frente a la protección de derechos fundamentales, cuya vulneración implica la negación de las bases mismas del sistema.

El nuevo procedimiento laboral que establece la Ley 20.087, entrega al juez de la causa el desempeño de un activo papel en la tutela judicial de los derechos de los trabajadores, según la finalidad de tutela efectiva de los derechos, privilegiándose los principios formativos del procedimiento de oralidad, publicidad, bilateralidad de la audiencia, concentración, intermediación, impulso procesal de oficio y celeridad, abandonando en consecuencia, el principio de pasividad del tribunal que rige en materia civil para otorgar al juez poderosas facultades en la substanciación del proceso.

Las atribuciones que se le otorgan al juez importan un reconocimiento a su rol de rectoría en el proceso. Se radica en el órgano jurisdiccional la tutela efectiva de los

⁷⁷ APARICIO Tovar, Joaquín, RENTERO Jover, Jesús, *El Juez Laboral, Imparcial, pero no Neutral*, op. cit., p. 59.

derechos, sin que los aspectos rituales sean inconveniente para ello, eliminándose del proceso las formalidades que no contribuyen a su pronta continuación.⁷⁸

En el nuevo procedimiento se confieren al juez diversas facultades tendientes a la celeridad y eficacia del mismo, para que conozca todos los antecedentes de hecho que permitan llegar a una convicción formada según las pruebas aportadas o requeridas y a la resolución pronta de la controversia.

Es así como está facultado para disponer de las medidas tendientes a corregir de oficio los errores de procedimiento, requerir, limitar o rechazar pruebas cuando las estime innecesarias o inconducentes, solicitar las que estime adecuadas sin mayores formalidades comunicando a las partes, sancionar aquellas prácticas dilatorias y disponer las medidas cautelares destinadas a asegurar el resultado de la acción.

En definitiva, la idea que trasciende a esas y otras atribuciones que se le entregan al juez es que debe procurarse la tutela efectiva del derecho que es la finalidad del proceso.

En particular, la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales, requiere de la creación de un procedimiento especial construido en base a normas que traduzcan los principios bases del ordenamiento.

Respecto de la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral, las normas procesales requieren de una adecuada conjugación con las normas sustanciales que permita materializar el fin equiparador, inherente al Derecho Laboral. En este sentido, el juez debe transformarse en un ente activo, interviniendo durante todo el desarrollo del proceso, a fin de lograr la tutela efectiva de los derechos.

⁷⁸ TAPIA GUERRERO, Francisco J., El Nuevo Procedimiento en Juicio del Trabajo en la Ley 20087/06, op. cit, p. 5.

CAPITULO III: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL.

3.1 Ideas preliminares.

En este capítulo, se abordarán ciertas manifestaciones procesales que nos parecen imprescindibles en la configuración de un proceso de tutela de derechos fundamentales en el contexto del procedimiento del Derecho Laboral.

Estas manifestaciones que han sido reconocidas por la doctrina comparada, en particular por la doctrina y jurisprudencia española, tiene lugar justamente como consecuencia de la interdependencia de los aspectos materiales y procesales en el derecho del trabajo para que se traduzca en el reconocimiento de un procedimiento de trabajo, que en atención a los fines y valores que persigue, sea un procedimiento diferenciado y propio en el que se moderen o rectifiquen algunos principios del procedimiento común.

En este marco, las leyes procesales laborales no establecen técnicas procesales neutras, sino que las mismas obedecen a un planteamiento concreto que trata de asegurar la efectividad del propio derecho del trabajo, y por tanto, de los valores y principios que en tal ordenamiento subyacen, a través de una regulación especial, distinta de la civil, que persigue garantizar una justicia eficaz y rápida.

De esta forma, el proceso de trabajo no es un conjunto más o menos ordenado de técnicas neutras que se ponen al servicio del ciudadano, para que éste pueda obtener una resolución jurídica fundamentada. Más bien, se trata de un conjunto de actos sometidos a una red de garantías específicas que tratan de asegurar el derecho cuya tutela se recaba y que están presididas por la idea de que los objetivos buscados por el proceso laboral, son por un lado, posibilitar al trabajador un fácil acceso a la justicia del trabajo y, por otro, lograr la efectividad de las resoluciones jurisdiccionales,

en el sentido de conseguir, más que justicia formal, justicia real y material, como única fórmula para hacer realmente efectiva la tutela judicial.⁷⁹

En este ámbito encontramos algunas manifestaciones procesales concretas que pueden y deben ser interpretadas y entendidas en esta perspectiva garantista e intervencionista, que avalan con bastante corrección el derecho a la tutela judicial efectiva en el seno del proceso laboral en su versión más estricta.

Se encuentran desde las intervenciones que inician el proceso, admitiendo la demanda, hasta las que en trámite de ejecución de lo resuelto, dan efectividad a la tutela dispensada, así como respecto a los grandes principios en que se inspira su desarrollo y que deben servir, por mandato legal de guía interpretativa de la norma procesal. Todo ello adquiere así, su verdadera significación tuitiva⁸⁰.

En primer lugar, describiremos de modo general los caracteres básicos de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, recogidos por la doctrina comparada, para luego revisar algunas instituciones reconocidas por la doctrina española e incorporadas a la Ley 20.087 que permiten la configuración del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, que cumpla con el objetivo principal de garantizar una tutela judicial efectiva.

3.2 Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.

Como ya lo mencionamos con anterioridad, el reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución realiza se complementa con una garantía de tutela jurisdiccional para la protección de dichos derechos, a través de un procedimiento ante los nuevos tribunales laborales, presidido por los principios de sumariedad y preferencia.

⁷⁹ BLASCO PELLIECER, Ángel, *Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial*, op. cit., p. 37.

⁸⁰ APARICIO TOVAR, Joaquín, RENTERO JOVER, Jesús, *El Juez Laboral, Imparcial, pero no neutral*, op. cit., p. 63.

En este sentido, se configura un modo de protección jurisdiccional para estos derechos, caracterizado por la existencia de un procedimiento diferente y privilegiado para su tutela, de modo que aquélla no se ofrece a través de los procedimientos ordinarios, sino a través de un medio específico que incorpora notas propias (preferencia y sumariedad) destinadas precisamente a hacer efectivo ese reforzamiento en las garantías de los derechos entendidos como esenciales por el texto constitucional.⁸¹

En nuestro ordenamiento, esta idea vino a materializarse en la Ley 20.087 que incorpora el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Camino distinto al que siguió la ley española que extendió el procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical a todos los derechos fundamentales.

De la premisa básica que la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral procede directamente de la Constitución, en el caso español, el artículo 53.2 de la Constitución española, configura para aquellos una protección jurisdiccional reforzada, precisamente en razón de la protección para derechos concebidos como básicos y esenciales en el texto constitucional, lo cual deriva el sistema de garantías procesales acopladas al conocimiento de este tipo de pretensión.

Del mismo modo, el ordenamiento chileno deriva la protección de los derechos fundamentales del mandato a la garantía de tutela judicial efectiva incorporada por diversos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en nuestro país, como de las normas constitucionales que consagran el derecho al debido proceso, como de la jurisprudencia tanto del tribunal Constitucional como de la Corte Suprema.

El reconocimiento de la preferencia en la tramitación de estas demandas emana directamente del artículo 53.2 de la Constitución española, estableciendo el artículo 177.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, en adelante LPL, su carácter

⁸¹ ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales, op. cit.

urgente y preferente respecto de todos los demás procesos, carácter que se aplica también en la tramitación de los correspondientes recursos.

El proyecto de la Ley 20.087, buscaba la implementación de un procedimiento sumario y preferente, en los términos de su homólogo español, objetivos que dadas las múltiples reformas que sufrió durante su tramitación se vieron mermados en sus efectos. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 488 del Código del Trabajo chileno rescató el carácter preferente de este tipo de demandas.⁸²

Alguna complejidad mayor presenta la consideración de la segunda de las notas atribuida a este tipo de procesos, como es la sumariedad. La doctrina procesal ha diferenciado la denominada sumariedad cuantitativa, referida a la brevedad de los trámites que componen el procedimiento de la sumariedad cualitativa, que define un procedimiento limitado en cuanto a su objeto, ciñendo a éste y sólo a éste el conocimiento desplegado en aquél.

Del mismo modo que en el caso español, la ley chilena no define expresamente qué concepto de sumariedad emplea para definir el procedimiento que haya de tutelar los derechos fundamentales. La interpretación del citado precepto parece incluir la sumariedad de tipo cuantitativo, a tenor de la cual, su exigencia quedaría cubierta con una configuración de este tipo en procesos que respetasen una necesaria brevedad y celeridad en su tramitación.

En este sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional español en sentencia 81/1992, señalando que por sumariedad, no cabe acudir a su sentido técnico, sino a su significación vulgar como equivalente a rapidez. En definitiva, por proceso sumario, sólo cabe entender la exigencia de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados.⁸³

⁸² Artículo 488: La tramitación de estos procesos gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal.

Con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan.

⁸³ ROMAN DE LA TORRE, María Dolores, Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales, op. cit.

De este modo y referida a este aspecto, el procedimiento español cumple aquella exigencia en esta modalidad procesal eliminando los trámites de conciliación y reclamación previa (artículos 64 y 70 de la LPL), reduce los posplazos para la celebración de la conciliación y del juicio, así como para dictar sentencia (artículos 179.1 y 3), informando esta misma necesidad de una decisión rápida en la tramitación del incidente de suspensión (artículo 178 LPL) y el hecho que la sentencia dictada sea ejecutada provisionalmente de manera automática, aún cuando se interponga recurso contra la resolución que la decreta (artículo 302 LPL).

Por su parte la ley chilena, si bien en su proyecto contemplaba la incorporación de un procedimiento especial y sumario para la protección de garantías fundamentales, negociaciones políticas posteriores hicieron que la solución adoptada definitivamente por el legislador, fuera el reenvío al procedimiento general para conflictos del trabajo, sin perjuicio de la introducción de reglas especiales que cumplen parcialmente la exigencia de sumariedad cualitativa, inherente a este tipo de procedimiento.

La brevedad de los trámites en esta modalidad, consecuencia del tipo de lesión que se ventila, se superpone así a la general celeridad que informa la dinámica del proceso laboral, fundamentada en este tipo de conflictos que se resuelven en aquél, de manera que en este caso se sumarían ambas razones, exigiendo consecuentemente una añadida rapidez de trámites.

La denominada sumariedad cualitativa, es decir, la limitación de la cognición judicial estrictamente a la lesión de derechos fundamentales invocado, dice relación con la univocidad del objeto que el procedimiento español recoge en el artículo 176 de la Ley de Procedimiento Laboral, a tenor del cual el objeto del proceso queda ceñido al conocimiento de aquélla, sin que resulte posible acumularlo con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos distinto a la tutela del derecho.

La limitación del objeto excluye por sí misma el conocimiento de otras cuestiones y con ello delimita los propios contornos del fallo en las sentencias dictadas

en este procedimiento, necesariamente referidas a declarar la existencia o no de la vulneración del derecho fundamental y a repararla, en su caso, declarando la nulidad del acto que lo ha lesionado, reponiendo en su disfrute al trabajador afectado y posibilitando la solicitud de una indemnización.⁸⁴

Respecto a esta garantía, el proyecto de la Ley 20.087 también contemplaba un procedimiento unívoco para la protección de este tipo de garantías. Si bien el inciso segundo del artículo 487 del Código del Trabajo señala que no cabe su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos⁸⁵, el artículo 489 del Código del Trabajo estipula que la demanda por despido injustificado debe interponerse conjuntamente con la demanda por vulneración de derechos fundamentales, en forma subsidiaria, de modo que su no interposición importa la renuncia de aquélla.

Además de las garantías mencionadas en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el procedimiento español incorpora otras especialidades legales en su régimen jurídico como son la posibilidad de suspender los efectos del acto impugnado (artículo 178 LPL); la aplicación de reglas especiales en materia de prueba, en concreto la denominada prueba indiciaria, donde es suficiente constatar la existencia de indicios sobre la vulneración del derecho fundamental para que se desplace al demandado la carga de aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente experimentada de las medidas probadas y de su proporcionalidad (artículo 179.2 LPL); la intervención del sindicato como coadyuvante en lesiones referidas a la libertad sindical (artículo 175.2 LPL); la posibilidad de incluir en el fallo la imposición de una indemnización, a efectos de reparar las consecuencias de la lesión y la posibilidad de ejecutar provisionalmente de modo automático las sentencias recaídas en este tipo de procedimiento (artículo 301 LPL). La mayoría de estas

⁸⁴ ROMÁN de la Torre, María Dolores, *Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales*, op. cit.

⁸⁵ Artículo 487: Este procedimiento queda limitado a la tutela de derechos fundamentales a que se refiere el artículo 485.

No cabe, en consecuencia, su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos.

instituciones fueron recogidas por la ley chilena, y se abordarán con mayor detención en los acápite siguientes.

3.3 Instituciones Procesales de Carácter General.

Sin perjuicio de las ideas anteriormente mencionadas, cabe destacar que mediante los antedichos correctivos legales se ha pretendido la igualdad real de las partes del proceso laboral.

Pero la consecución de tal igualdad no desdibuja el derecho a la tutela judicial efectiva que debe garantizarse por igual a empresarios y trabajadores: el derecho a obtener la tutela de tribunales imparciales para la defensa de sus derechos e intereses, sin que se provoque indefensión, el derecho a la defensa, a ser oídos, el derecho a ser informados del contenido de los autos, el derecho a utilizar en su defensa los medios pertinentes y, el derecho a beneficiarse de un sistema de recursos ordinarios y extraordinarios, acudiendo para ello a los órganos que estructuran la pirámide judicial.

Establecidas las premisas anteriores, procedemos a explicar su influencia sobre el procedimiento laboral o lo que es lo mismo, sobre el aspecto exterior del fenómeno procesal, pues cabe precisar que el procedimiento es sólo el aspecto exterior del fenómeno procesal, los modos con los cuales deben ser realizados y ordenados los actos que componen el proceso.

Pues bien, partiendo de la necesaria garantía de la igualdad real de las partes litigantes en el proceso, los diferentes sistemas jurídicos de nuestro ámbito cultural se inclinan por mantener que en el procedimiento laboral priman la oralidad sobre la escritura, conclusión ésta de la que se derivan las restantes notas que caracterizan el citado procedimiento y que son: la celeridad, la inmediación y la concentración, de las que a su vez se deducen otras características no por adjetivas menos importantes.

3.3.1 Principios Formativos del Procedimiento

1. Oralidad: Dado los objetivos propuestos para el procedimiento del trabajo, en él debe primar la oralidad sobre la escritura, lo que significa en una primera aproximación que la resolución judicial sólo puede basarse en el material procesal aportado oralmente.

Ahora bien, hay que precisar que la oralidad no significa ausencia absoluta de escritura, un procedimiento totalmente oral es imposible, considerando, además, que ni la oralidad ni la escritura sirven por sí solas para garantizar una decisión justa, siendo necesaria una combinación de ambas.

El procedimiento laboral se coloca así, en las antípodas del procedimiento civil común, pues el principio de la oralidad se contrapone al principio de formalización escrita dominante en el procedimiento civil tradicional⁸⁶.

La oralidad se manifiesta de manera especial durante el acto del juicio, cuando el demandante se ratifica en la demanda y el demandado contesta, se propone y practica la prueba ante el magistrado, pero también se hace patente en algunos sistemas jurídicos, a través de la ausencia de documental a la hora de actuarse la pretensión por la parte demandante y a la hora de evacuar la contestación a la misma, o a través de la exigencia mínima de una demanda elaborada sin sujeción a requisitos formales escritos, o incluso a través de la resolución del conflicto por medio de la sentencia “in voce” dictada por el juez.

Lo anterior, no impide por supuesto que el concreto desarrollo de lo practicado en el acto del juicio se documente en acta, lo que se hace simplemente con la finalidad de ordenar de modo operativo el iter procedimental, y facilitar su conclusión al juez encargado de dictar la correspondiente resolución. En este punto hay que coincidir con

⁸⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., “El Proceso Laboral: Principios Informadores”, Instituciones de Derecho y la Seguridad Social, Capítulo 44, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, 1997, p. 830.

Rodríguez Piñero en señalar que el acta del juicio tiene un significado meramente procedimental y de preparación de la decisión misma al recordar y sintetizar el material aportado al juicio⁸⁷. La base para la resolución del magistrado debe ser así lo oído por él en el juicio, no lo que de ello quede constancia en el acta, aunque ésta le pueda servir de recordatorio, que no le vincula necesariamente.

Una consecuencia que se desprende de la oralidad en el procedimiento, a lo que debemos hacer mención es la publicidad de los actos procesales, pues como se ha escrito con acierto, sólo cabe publicidad en un proceso oral en el que las actuaciones de palabra pueden ser presenciadas por terceros sin interés alguno en el asunto. Por el contrario, el proceso escrito se adapta mal a esa publicidad, dado que se trataría de que los autos fueran accesibles al público, lo que sería difícilmente realizable.

Por lo demás la publicidad se ajusta bien al tipo de reclamaciones que se ventilan a través del proceso del trabajo, pues la contratación laboral lleva a que se reproduzcan en la práctica los conflictos individuales sobre un mismo punto de controversia y a que la actuación de un interés individual, nunca afecte tan sólo al individuo demandante.

Mediante la oralidad se pretende simultáneamente la simplificación del proceso, su accesibilidad por parte de los litigantes, la facilitación al juez del conocimiento de alegaciones y pruebas, así como la mayor rapidez de las actuaciones. La oralidad en suma, nos conduce directamente a la exposición de los restantes principios en que se asienta el procedimiento laboral.

El nuevo procedimiento del trabajo, se caracteriza por actuaciones orales. Así se encuentra consagrado expresamente en el artículo 425 del Código del Trabajo, que se verifica fundamentalmente en los actos de conciliación y juicio⁸⁸.

⁸⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., "El Proceso Laboral: Principios Informadores", op cit. p. 830.

⁸⁸ Art. 425: Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

El procedimiento es predominantemente oral, sin embargo, la demanda, la contestación y fallo deben ser escritos. La oralidad importa un cambio en la labor del juez, pues no sólo debe resolver de inmediato las diversas incidencias que se planteen en las audiencias, sino que además requiere de habilidades distintas de las del proceso escriturado, porque debe verse enfrentado a la producción de la prueba y construir la convicción que expresará en el razonamiento de una resolución.

De este modo la resolución o sentencia deberá establecer los elementos necesarios fundantes de su decisión, debiendo sujetarse a las normas reguladoras de la prueba.

2. Celeridad: Constituye la primera derivación del principio de oralidad por el que se aspira a eliminar las trabas que para la tutela judicial efectiva supone una administración premiosa de justicia⁸⁹. En definitiva, la adopción de la oralidad como criterio de desarrollo procesal conduce directamente a la simplificación y a la rapidez del procedimiento.

La agilidad, rapidez y formalismo imprescindible que se predica respecto del procedimiento del trabajo, significa que éste, sin desconocer el respeto a la tutela judicial efectiva de las partes, y ciertamente que necesaria para la consecución de la misma, no admite demoras innecesarias provocadas por los litigantes, ni se arroja en un formalismo inflexible y abundante.

La importancia del principio expuesto se hace patente cuando comprobamos que para muchos procesalistas la celeridad y brevedad en el proceso constituye el objetivo primordial perseguido en el proceso especial de trabajo.

Todas las actuaciones serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley. Las actuaciones realizadas oralmente, por o ante el juez de la causa, serán registradas por cualquier medio apto para producir fe y que permita garantizar la fidelidad, conservación y reproducción de su contenido. Se considerarán válidos, para estos efectos, la grabación en medios de reproducción fonográfica, audiovisual o electrónica. La audiencia deberá ser registrada íntegramente, como asimismo todas las resoluciones, incluyendo la sentencia que dicte el juez fuera de ella.

⁸⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., "El Proceso Laboral: Principios Informadores", op cit. p. 831.

3. Inmediación: se entiende como la directa relación entre juzgador y partes. En concreto, a través del principio de inmediación se destaca la necesidad de que el juez que debe pronunciar la sentencia, haya asistido a la práctica de las pruebas de las que saca su convencimiento y entrado en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos, con los objetos del juicio, para que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos, y no en referencias ajenas.⁹⁰

El principio de inmediación conduce obligatoriamente a determinadas y muy importantes consecuencias, como son el protagonismo del juzgador en el proceso, y la imposibilidad de su sustitución por otro.

En cuanto al mencionado protagonismo del juez, es una verdad aceptada que al mismo se encomienda en el procedimiento del trabajo la búsqueda de la verdad material y no meramente formal y que, dada la indicada ausencia de formalismos en el citado proceso, ayude y coopere con las partes para evitar posibles situaciones de indefensión.

En este punto, el proceso de trabajo se distancia de la concepción liberal del proceso, que estima la instancia como asunto privado y personal de las partes, y considera al juez como un tercero no sólo neutral, sino pasivo hasta el momento de la decisión del asunto.

Precisemos aquí que el protagonismo del juez para nada discute la vigencia esencial del principio dispositivo en el proceso, o la fijación del conflicto por las partes, o la libre aportación de pruebas por los litigantes. El mencionado protagonismo sólo intenta corregir los desajustes que el citado principio dispositivo pueda provocar, por medio de la atribución al juzgador de la dirección judicial del procedimiento, y a través de permitirle que a lo largo del mismo conceda la palabra a las partes cuantas veces

⁹⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., "El Proceso Laboral: Principios Informadores", op cit. pp. 831-832.

quiera, indague en las pruebas aportadas por aquéllas, indicando su procedencia o improcedencia o contribuya a la clarificación de los hechos de modo adjetivo, mediante diligencias para mejor resolver.

En cualquier caso, sí conviene tener aquí en cuenta que el protagonismo judicial, avalado por la búsqueda de la verdad material, ha venido flexibilizando con el tiempo reglas procesales que se estimaban muy consolidadas, como la que exige la congruencia de las resoluciones judiciales, que garantiza una respuesta coherente a las pretensiones de las partes litigantes, a través de la exigencia de que el juez resuelva todo lo planteado y de que se dé una necesaria relación entre los argumentos contenidos en la sentencia dictada y el fallo de la misma.

El protagonismo del juez en el procedimiento del trabajo se manifiesta por medio de las amplias posibilidades de valoración de pruebas aportadas que generalmente se le reconocen, y que se hacen en particular patentes con respecto a los testigos.

Así, la libre valoración de la prueba es posible dada la aceptación de la oralidad como base del desarrollo del procedimiento, que impide la minuciosidad a la hora de dejar constancia de la misma, y que exige la celeridad en su apreciación y en la formación de conclusiones. En este punto, la escritura suele imponer criterios legales de valoración del material probatorio que obligan al juzgador.

Por supuesto, la libre valoración referida, no permite valoraciones arbitrarias, pues las facultades del juez se hallan limitadas por las reglas de la sana crítica. La valoración del probatorio como perteneciente a la facultad jurisdiccional no supone aceptar la más absoluta e irrefrenable soberanía o que el juez sea libre de seguir su capricho, sus conjeturas, sus impresiones o sus sospechas, pues lo que se le exige es una deducción lógica, partiendo de unos datos fijados con certeza según las reglas del criterio racional.

Por lo demás la facultad judicial de libre valoración de prueba se somete de manera progresiva a los Estados democráticos a mayores garantías técnico jurídicas mediante las cuales se pretende la realización de la justicia. Así por ejemplo, la aplicación analógica desde el proceso penal al proceso de trabajo de la presunción de inocencia y que se consolida en determinados sistemas jurídicos como el español, obliga al juez a poner particular cuidado a la hora de destilar sus conclusiones en torno a lo visto y oído en el proceso.

El principio de inmediación quedó recogido en el artículo 427 del Código del Trabajo: “Las audiencias del procedimiento del trabajo se desarrollarán en su totalidad ante el Juez de la causa, el que las presidirá y no podrá delegar su ministerio. El incumplimiento de este deber será sancionado con la nulidad insaneable de las actuaciones y de la audiencia, la que deberá declarar el juez de oficio o a petición de parte”.

4. Concentración: También como consecuencia del predominio de la oralidad, se acepta generalmente que el procedimiento laboral viene presidido por el principio de concentración, lo que conlleva desde una perspectiva temporal que los actos procesales no pueden separarse en el tiempo por plazos interrumpidos, o que de existir tales plazos, sean lo más breves posibles, y, desde el punto de vista procesal que las partes aporten en el juicio la totalidad del material del proceso.

Así pues, el principio mencionado conduce necesariamente, a que en cuanto a la actividad procedimental, se aspire a la unidad del acto, a que todos los actos procesales se realicen en una sola audiencia. Por otro lado, con relación al contenido del proceso, la concentración significa que todas las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales, no impiden la entrada en el fondo del asunto, no provocan un procedimiento independiente y son resueltas en el momento de la sentencia definitiva.

En general, puede afirmarse que la concentración es el aspecto temporal de la inmediación, a la cual ya nos hemos referido. Sin embargo, hay que advertir que la

búsqueda excesiva de la concentración procesal puede llevar a disfunciones de importancia.

Supone el agrupamiento de la mayor cantidad de actos procesales en uno solo, complejo y sin solución de continuidad. La concentración se manifiesta en el establecimiento de sólo dos audiencias en las cuales se agota la substanciación del proceso, una primera “Audiencia de Conciliación y Juicio”; y una segunda “Audiencia de Juicio” propiamente tal, sin que exista la posibilidad de suspender las audiencias una vez ya iniciadas, maximizando de esta manera los recursos judiciales, lo que conlleva un mayor grado de certeza para los justiciables⁹¹.

El artículo 428 del Código del Trabajo dispone “Los actos procesales son públicos y deberán realizarse con la celeridad necesaria, procurando concentrar en un solo acto aquellas diligencias en que esto sea posible”

Por otra parte el artículo 430 inciso segundo de dicho cuerpo legal establece que el juez podrá rechazar de plano aquellas actuaciones que considere dilatorias.

Se entenderá por actuaciones dilatorias aquellas que tienen por objeto demorar la prosecución del juicio y que son intentadas por alguna de las partes. De la resolución que declare como tal alguna actuación, la parte afectada podrá reponer para que sea resuelta en la misma audiencia.

5. Impulso Procesal de Oficio: la reforma procesal laboral abandonó el principio de pasividad del tribunal que rige en materia civil, otorgándole al Juez del Trabajo poderosas facultades para actuar de oficio en la substanciación del proceso.

El artículo 429 del Código del ramo prescribe, entre otras materias, que el juez podrá decretar las pruebas que sean necesarias aún cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará aquellas que considere inconducentes. Asimismo, podrá adoptar las

⁹¹ Artículo 450: El procedimiento regulado en este párrafo se desarrollará en dos audiencias, la primera preparatoria y la segunda de juicio, conforme a las reglas que se señalan en los artículos siguientes.

medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida, no siendo aplicable, en consecuencia, la figura del abandono del procedimiento.

6. Buena Fe Procesal: el nuevo procedimiento establece que los actos procesales deben ejecutarse de buena fe, facultándose al juez para adoptar las medidas necesarias tendientes a impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias.

Este principio alcanza su consagración normativa en el artículo 430 del Código del Trabajo inciso segundo al señalar que “el juez podrá rechazar de plano aquellas actuaciones que considere dilatorias.

Cabe mencionar el artículo 453 N° 4 inciso final que dispone que “Carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el Tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieran obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.

7. Gratuidad: en el acceso a la justicia se garantiza en el artículo 431 del Código que establece en términos generales, que toda actuación, trámite o diligencia del juicio realizada por funcionarios del tribunal, será gratuita para las partes. Asimismo, las partes que gocen de privilegio de pobreza tendrán derecho a defensa gratuita por parte de las respectivas Corporaciones de Asistencia Judicial o, en su defecto, por un abogado de turno.

3.4 Otras Manifestaciones Procesales de Garantía de Derechos Sociales

1. Encontramos una manifestación niveladora de la tradicional desigualdad social entre las partes en las diversas facultades otorgadas al juez, que se encuentra facultado para disponer de las medidas tendientes a corregir de oficio los errores de procedimiento, requerir, limitar o rechazar pruebas cuando las estime innecesarias o inconducentes, solicitar aquellas que estime adecuadas sin mayores formalidades y

comunicando a las partes, sancionar aquellas prácticas dilatorias y disponer de las medidas cautelares destinadas a asegurar el resultado de la acción.

La facultad de corregir de oficio los errores de procedimiento es una obligación que recae en el juez de instancia en aras de hacer efectiva la tutela solicitada por encima del incumplimiento de formalismos rigurosos.

Ésta se encuentra consagrada en el artículo 429 inciso segundo del Código del Trabajo, que estipula “el Tribunal corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento”.

2. En el ámbito de la legitimación se condensan de modo claro diversas intervenciones normativas cuya referencia gira en torno a la efectividad del entramado sustantivo, facilitando la reivindicación de su cumplimiento.

En el procedimiento de tutela de derechos fundamentales destacamos la potenciación intervencionista en el proceso del sindicato, que como sujeto colectivo extraño a la empresa y frente a la que ejerce un cierto contrapoder, ve facilitado su enfrentamiento procesal con el empleador en defensa del interés de sus afiliados o del general de los trabajadores como categoría, sin que pueda ser por ello objeto de represalias.

De este modo, goza de una cierta garantía de indemnidad de la que en la práctica carece el trabajador individualmente enfrentado con su empleador. La intervención sindical se expresa no sólo en función de sus propios intereses, como sujeto colectivo con personalidad procesal para ser parte directamente, sino también como coadyuvante y en representación del interés de sus afiliados. Tiene entonces una triple posibilidad de intervención: en causa propia, a título de representante voluntario y como colaborador procesal.

3. Desde la misma perspectiva debe ser analizada la obligación de los órganos judiciales de averiguar la verdad material subyacente en el litigio, a cuya finalidad última debe ir encaminada la adopción de la práctica de diligencias para mejor proveer, que no puede ser entendida como una mera facultad discrecional, sino como parte esencial de la adecuada función de juzgar.

Lo que justifica esa intervención judicial de oficio o a instancia de parte es la mayor dificultad para los trabajadores para obtener pruebas, normalmente pertenecientes al ámbito de disposición del empresario, quien tiene una acusada proximidad y dominio sobre las fuentes de prueba⁹².

4. En esa misma dirección debe ser entendida la vigencia del principio “pro operario”, o elección judicial de entre las diversas interpretaciones de una norma sustantiva, de la que sea más favorable para el trabajador.

3.5 Legitimación Múltiple

Atendida la naturaleza y la relevancia de los derechos en juego y el contexto de subordinación en que se desarrolla la relación laboral, la Ley 20.087 ha establecido un sistema de titularidad amplia que permita, más allá del trabajador individualmente afectado, reprimir las conductas lesivas y restablecer el ejercicio del derecho fundamental afectado.

En este sentido, son titulares de la acción de tutela el trabajador afectado, la organización sindical y la Inspección del Trabajo. En el caso específico que la vulneración corresponda al despido del trabajador individualmente afectado, la titularidad de la acción sólo le corresponde a éste.

⁹² APARICIO TOVAR, Joaquín, RENTERO JOVER, Jesús, El Juez Laboral, Imparcial, pero no Neutral, op cit, p. 64.

3.6 Objeto Único

El objeto único, es la traducción procesal de la garantía general de sumariedad cualitativa, inherente a los procedimientos de tutela de derechos fundamentales, en virtud del cual el conocimiento judicial debe quedar limitado estrictamente a la lesión del derecho fundamental invocado, de modo que el objeto del proceso quede ceñido al conocimiento de aquélla, sin que resulte posible acumularlo con acciones de otra naturaleza o con pretensión idéntica basada en fundamentos distintos de la tutela del derecho.

El proyectado artículo 502 del Código del Trabajo disponía este tipo de procedimiento tutelar de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando resultaban lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5° artículo.

Esta disposición conectaba directamente las vulneraciones o afectaciones de las garantías constitucionales de los trabajadores con un procedimiento especial de tutela, como es aquel que consagraría en el párrafo 6° del Capítulo 2 del Libro V del Código del Trabajo, con lo cual se pondría fin a la falta de claridad respecto de las acciones más eficaces para tutelar los derechos fundamentales en el ámbito laboral, al mismo tiempo que por la vía del establecimiento de un procedimiento especial se recogería la complejidad subyacente a este tipo de controversias y se terminaría con el sentimiento de muchos trabajadores que la consagración de estos derechos era letra muerta.

El proyecto de la Ley 20.087 disponía que este procedimiento tendría por objeto tutelar sus derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, cuando

aquellos resultasen lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5°. ⁹³

Sin embargo, el definitivo artículo 491 del Código del Trabajo sólo efectuó un reenvío directo al procedimiento común, señalando que admitida a tramitación la acción de tutela, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3°.

De este modo, no se estableció un procedimiento de tutela de derechos fundamentales propiamente tal, sino que el procedimiento de aplicación general con reglas especiales para el caso de vulneración de derechos fundamentales. Así, en nuestra legislación, se difumina la consagración de un proceso que tenga por objeto unívoco la defensa de derechos fundamentales.

3.7 Cautela Especial Acentuada.

El proceso cautelar es la justa respuesta a una necesidad creada por el propio proceso como instrumento del ejercicio de la potestad jurisdiccional. En efecto, la tutela efectiva no puede otorgarse de forma inmediata. El tutelar de un derecho que otro le niega o de un derecho controvertido no puede obtener la satisfacción jurídica de su pretensión en el mismo momento que ejerce la acción. ⁹⁴

La obtención de una resolución judicial requiere un tiempo durante el cual se suceden una serie de actos que permitirán al órgano jurisdiccional desempeñar su función de juzgar.

Tal elemento temporal del proceso puede implicar un grave peligro para la tutela real del derecho que el actor pretende sea declarado en la sentencia, más aún cuando el contenido de la pretensión involucra una vulneración de derechos

⁹³ CAAMAÑO ROJO, EDUARDO, La Tutela Jurisdiccional del Derecho Fundamental a la no discriminación por razones de sexo. Un análisis desde la perspectiva del proyecto de reforma al procedimiento laboral. Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N°2, 2002-2003, p. 225.

⁹⁴ BLASCO PELLIECER, Ángel, Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial, op. cit., p. 56.

fundamentales, en cuyo caso se requiere de un restablecimiento urgente del ordenamiento, por cuanto, como ya hemos mencionado con anterioridad, la lesión de garantías fundamentales socava las bases mismas del sistema democrático.

La trascendencia de los derechos fundamentales trae como consecuencia que la vulneración de uno de ellos requiera de decisiones inmediatas para la solución del conflicto, considerando que una de las consecuencias ineludibles del reconocimiento de la tutela judicial como un derecho fundamental dentro el marco del Estado de Derecho ha de ser el establecimiento de los mecanismos jurídicos y técnicos que aseguran un procedimiento judicial rápido, de modo que los retrasos en la administración de justicia no lleguen a producir un daño irreparable en quien acciona.

Desde la perspectiva constitucional puede vincularse sin dificultad el proceso cautelar a la tutela judicial efectiva, no sólo por la aplicación práctica del principio del que un pronunciamiento judicial efectuado tarde en el tiempo puede equivaler en la práctica a una ausencia de tutela judicial, sino también, de manera fundamental, porque en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva se incluye, entre otros el derecho a que el fallo se cumpla y a ese fin concreto sirve el sistema cautelar en la medida, en que, por definición, tiende a garantizar los resultados del proceso, es decir, la efectividad práctica del cumplimiento de la sentencia⁹⁵.

De esta forma, las medidas cautelares constituyen el complemento de los procesos de declaración y ejecución, que por sí mismos pueden llegar a resultar insuficientes para dar cumplimiento en su integridad al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, del que constituyen elementos a su servicio.⁹⁶

En el marco de un proceso de tutela de derechos fundamentales, donde la reparación se satisface en una reparación preeminentemente no patrimonial, las medidas cautelares han de ser establecidas de forma tal que permitan al juez adoptar toda clase de medidas tendientes a asegurar el ejercicio pleno del derecho vulnerado.

⁹⁵ BLASCO PELLIECER, Ángel, *Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial*, op. cit., p. 57.

⁹⁶ BLASCO PELLIECER, Ángel, *Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial*, op. cit., p. 57.

Así por ejemplo, la legislación española considera la posibilidad de suspensión cautelar del acto impugnado, a resultas de lo que en definitiva, establezca la ulterior sentencia.⁹⁷

En este sentido, creemos que nuestro legislador ha seguido el camino correcto, mediante el establecimiento de la medida cautelar contemplada en el artículo 492 del Código del Trabajo que faculta al juez para suspender los efectos del acto impugnado, bajo apercibimiento de multas, y sin posibilidad de recurrir, a fin de evitar dilaciones innecesarias.

De este modo, podemos señalar que las medidas cautelares en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales debe tener el efecto de conservar la situación de hecho anterior al ejercicio del poder de dirección del empresario o de su poder disciplinario cuando de no hacerse así, pudiera producirse un daño irreversible al probable derecho conculcado, para el que no fuera adecuada una reparación dineraria en el momento de ejecución de la sentencia.

La esencia del derecho de cautela consiste en la posibilidad de pedir al juez la adopción de medidas cautelares, entre las que destacan especialmente la suspensión de la medida empresarial y del derecho a que el órgano jurisdiccional resuelva sobre dicha solicitud con anterioridad a la sentencia sobre los fundamentos de la apariencia del buen derecho, del peligro en la demora y de la urgencia que implica una conculcación de garantías fundamentales.⁹⁸

En este sentido, podemos afirmar que para ser precisos, la finalidad de las medidas cautelares en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, más que asegurar la ejecución de una sentencia, tratan de asegurar la efectividad de la misma.

⁹⁷ BLASCO PELLIECER, Ángel, *Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial*, op. cit., p. 59.

⁹⁸ BLASCO PELLIECER, Ángel, *Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial*, op. cit., p. 64.

3.8 La Prueba y el Alivio para la Víctima

Como idea preliminar, debemos precisar que, en general, en materia laboral, los sistemas procesales han tendido a reconocer que el trabajador no se encuentra con una prueba tan completa que permita eliminar todas las dudas, bastando al tribunal un estándar menor, a saber, la sola comprobación de la verosimilitud. Esto se produce porque en materia laboral no nos encontramos frente a casos normales, y, en casos especiales, se justifica un apartamiento de la medida normal.⁹⁹

En el derecho del trabajo se habla de prueba indiciaria como un aligeramiento o desplazamiento probatorio del demandante al trabajador al demandado empleador. Puede ser definida como un estándar probatorio que exige una prueba mínima de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado para que sea el empleador que deba justificar la licitud de su actuación.¹⁰⁰

En este sentido, podemos afirmar que la articulación de la tutela de los derechos fundamentales, en materia estrictamente procesal, se centra en la alteración de las reglas probatorias.¹⁰¹

En el derecho comparado existe ya una idea consolidada sobre el difícil escenario probatorio que debe enfrentar el trabajador en las denuncias por violación de derechos fundamentales. Se hace, en consecuencia, imperativo para otorgar una tutela efectiva de dichos derechos la reducción de la carga probatoria en los procesos respectivos.

En efecto, como se ha destacado ampliamente por la doctrina, “sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de una acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela

⁹⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, Revista Laboral chilena, Noviembre 2008, p. 78.

¹⁰⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, op. cit., p. 78.

¹⁰¹ BAYLOS GRAU, “Antonio, Medios de Prueba y Derechos Fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos Derechos”, Publicaciones, Consejo General del Poder Judicial, [cd rom], Edición 2006. p. 6

profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio.¹⁰²

El mecanismo de la prueba indiciaria requiere atender, en primer término, a la actividad probatoria que debe desplegar el trabajador que entiende lesionados sus derechos fundamentales. En segundo lugar, al alcance de la justificación exigida al empleador sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

En último término, englobando los elementos anteriores, la convicción que deben alcanzar y expresar los órganos judiciales, y en concreto, la atención que deben prestar a la dimensión constitucional de esta operación que altera la carga de la prueba.

3.8.1 La Concurrencia de Indicios

La doctrina ha resaltado que con ello se busca un alivio a facilitación de la carga de la prueba para el trabajador demandante, que debe ensayar un principio de prueba que no proporciona la plena convicción sobre unos hechos, sino un cierto grado de verosimilitud. En otros términos, el convencimiento sobre la probabilidad de un hecho, o al menos, la no certeza del hecho contrario.

En suma, no basta la mera alegación de la situación de lesión o vulneración de un derecho protegido, sino que requiere un comportamiento diligente del demandante en el terreno probatorio, cifrada en la presentación de tales indicios.¹⁰³

Este tipo de actividad probatoria puede versar sobre la presentación de hechos que sugieran la exigencia de una atmósfera hostil al ejercicio de los derechos fundamentales, de un clima discriminatorio, o buscar la desvirtuación del hecho

¹⁰² BAYLOS GRAU, Antonio, "La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva", Derecho Privado y Constitución, N°4, pp. 125-126.

¹⁰³ BAYLOS GRAU, Antonio, "Medios de Prueba y Derechos Fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos Derechos", op cit.

alegado por el empresario, en el doble sentido de señalar su incorrección como opción organizativa o disciplinaria, o de indicar la no certeza del mismo, de forma que se haga aparecer la mera probabilidad de un hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales.

Se trata de generar una razonable sospecha, apariencia o presunción de tal alegato a favor de preservar el derecho fundamental que se estima conculcado. Es además, una actividad de presentación de hechos o de un encadenamiento de ellos que está sometido al principio de contradicción, de manera que si los hechos alegados no son rebatidos, puede contribuir a formar en el juez la convicción de la situación de vulnerabilidad de derechos fundamentales.

3.8.2 Alegación y Prueba de la Justificación y Razonabilidad de la Medida Adoptada por el Empresario

Una vez constatada la posibilidad de la conducta contraria al ejercicio de los derechos fundamentales al interior de la empresa, se exige al empresario una actividad probatoria completa, que debe estar en condiciones de ofrecer por su mayor cercanía y dominio de la prueba, sobre las causas reales de su actuación, que deben ser absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales y con la entidad suficiente para adoptar la decisión, todo lo anterior con independencia de la facultad empresarial que se cuestiona y del derecho fundamental afectado.¹⁰⁴

En este punto, la jurisprudencia constitucional española ha sido muy explícita al respecto. Así, respecto de los casos de despido, ha precisado que "lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímilmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales".¹⁰⁵

¹⁰⁴ BAYLOS GRAU, Antonio, "Medios de Prueba y Derechos Fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos Derechos", op. cit.

¹⁰⁵ BAYLOS GRAU, Antonio, "Medios de Prueba y Derechos Fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos Derechos", op. cit.

En lo referente a otras decisiones, relativas a cuestiones organizativas o de empleo no puede mantenerse la discrecionalidad del acto empresarial como justificante de acciones lesivas de derechos fundamentales, sino que aquí también se requiere la justificación laboral "real y de entidad suficiente" de la decisión adoptada.

Éste es por tanto el resultado del desplazamiento al demandado de la carga de acreditar que la medida es objetiva, razonable y proporcionada. Se debe resaltar que en este caso, la acción del empresario ha de ser "suficientemente probada", de forma que dicha exigencia comporta una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar a la convicción del juzgador no la duda, sino la certeza de que su actuación fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio.

No es por tanto simétrica la posición de ambas partes respecto de la prueba en relación con la vulneración de derechos fundamentales. Ante la especial dificultad que en múltiples ocasiones ofrece la operación de develar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial.

En efecto, el arbitrio que la empresa tiene en uso del poder de organización que la ley confiere, le permite ocultar cualquier motivación antisindical y presentar una apariencia de licitud en su actuación, y por ello configurar la carga de probar que la actuación empresarial obedece a causas reales y suficientes, alejadas de cualquier propósito lesivo de derechos fundamentales, es una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador.

3.8.3 La Convicción que deben alcanzar y expresar los Órganos Judiciales

La posición del órgano jurisdiccional está determinada por su especial vinculación al respeto de los derechos fundamentales, como garante institucional de éstos y por las amplias facultades directivas que se le reconocen en el seno del proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales.¹⁰⁶

Es una afirmación clásica en relación con la configuración de la prueba que el juez es el destinatario de la actividad probatoria y es el que queda vinculado directamente por la regla de juicio que le ofrece el ordenamiento jurídico, determinando a quien perjudica la falta de prueba.¹⁰⁷

El mecanismo de distribución de la carga probatoria que establece el bloque normativo compuesto por los artículos 96 y 179.2 ley de procedimiento español y el artículo 493 del Código del Trabajo chileno, va dirigido a formar la convicción del órgano jurisdiccional, que debe valorar la totalidad de la prueba en su conjunto.

En consecuencia, aportados los indicios razonables de la actuación discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales del empleador, que puede deducirse de la mera exposición de los hechos base del supuesto litigioso, el órgano judicial debe verificar que el demandado justifique y pruebe suficientemente la corrección de la medida adoptada y su proporcionalidad a la necesidad que se dice satisfacer.

Para declarar que no ha existido conducta vulneradora de derechos fundamentales, la prueba debe ser tal que acredite fehacientemente la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la conducta empresarial, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

En el caso de que el empresario no logre una completa prueba de estos extremos, la sentencia deberá declarar la existencia de la vulneración denunciada, y en

¹⁰⁶ BAYLOS GRAU, Antonio, "Medios de Prueba y Derechos Fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos Derechos", op cit.

¹⁰⁷ BAYLOS GRAU, Antonio, "Medios de Prueba y Derechos Fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos Derechos", op. cit.

este contexto, la ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal constitucional español.¹⁰⁸

Se trata de la aplicación del principio de la carga de la prueba sobre la regla de juicio del juzgador, de manera que éste deberá hacer recaer los efectos de la falta de prueba sobre quien le competía introducirla en el proceso. Para algunos autores este mecanismo revela un "modelo abierto" de distribución de la carga de la prueba que permite aplicar a este momento la técnica de las presunciones, de forma que, suministrado al juez los elementos iniciales de prueba que le permiten presumir la realidad de un hecho lesivo de derechos fundamentales o discriminatorio, la actividad probatoria del empleador no ha sido lo suficientemente intensa ni acertada como para poder destruir la misma.¹⁰⁹

Pero además del funcionamiento de la distribución de las diferentes posiciones de las partes respecto de la prueba y su valoración por el juez, hay un elemento previo de extrema importancia, que la jurisprudencia constitucional española reitera en muchas de sus decisiones, y que hace referencia precisamente a la forma en la que el órgano jurisdiccional debe enfocar estos asuntos: conferir una dimensión político-constitucional a este tipo de conflictos, sin que sea posible ignorar que las facultades directivas y de control que conforman los poderes empresariales, tienen como límite infranqueable el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, aún con las modulaciones que éstos sufren en su ejercicio dentro de una relación laboral, su "específico acomodamiento" a los requerimientos de la organización productiva.¹¹⁰

La existencia de poderes discrecionales del empleador, no sujetos a una motivación causal, no supone la desaparición de los límites que provienen del

¹⁰⁸ STC 90/1197, de 6 de Mayo, con abundante cita de doctrina constitucional anterior en el mismo sentido.

¹⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 23-24.

¹¹⁰ BAYLOS GRAU, Antonio, Derecho del Trabajo: Modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991, p. 95-99.

reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales del trabajador. La eliminación de la dimensión constitucional del conflicto, es decir, de sus aspectos políticos y democráticos, produce consecuencias inaceptables desde el plano constitucional.

3.9 Sentencia de Contenido Múltiple. Nulidad del Acto Lesivo

3.9.1 Sentencia de Contenido Múltiple

A diferencia de las sentencias de procesos laborales de corte patrimonial, que son en general de tipo simple, pues sólo deben pronunciarse sobre la existencia o no de las obligaciones de dar, las resoluciones dictadas sobre posibles inculcaciones de derechos fundamentales son de tipo complejo, ya que en la parte resolutive del acto procesal de la sentencia deben contenerse diversos pronunciamientos de manera simultánea, porque la acción ejercida persigue, precisamente, obtener varias pretensiones relacionadas entre sí.

La doctrina y la jurisprudencia comparada han señalado que el contenido de una sentencia recaída en un caso de vulneración de derecho fundamental es complejo, pues no sólo debe limitarse a declarar la existencia de un acto antijurídico, sino que además lo debe dejar sin efecto por medio de la correspondiente declaración de nulidad, asegurándose que sus efectos cesen realmente para el o los trabajadores afectados.

Asimismo debe indicar las medidas correctas tendientes a reparar los efectos del acto, entre las que destacan naturalmente las indemnizaciones¹¹¹. Además procede la aplicación de multas que correspondan de acuerdo a las disposiciones legales pertinentes.

¹¹¹ ROJO CAAMAÑO, EDUARDO, La Tutela Jurisdiccional del Derecho Fundamental a la no discriminación por razones de sexo. Un análisis desde la perspectiva del proyecto de reforma al procedimiento laboral, op. cit. pp. 236 y 237.

La ley 20.087 recoge los planteamientos doctrinales y los criterios fijados por la jurisprudencia comparada, estableciendo, en primer lugar, que en lo que respecta a la oportunidad de dictación de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales es necesario tener en cuenta que conforma al artículo 494 del Código del Trabajo, que la sentencia podrá dictarse en dos momentos procesales distintos: primero, en la misma audiencia, con el mérito del informe de fiscalización, de lo expuesto por los citados y de las demás pruebas acompañadas al proceso, y segundo, dentro del plazo de cinco días contados desde la realización de la audiencia.

En esta segunda situación el juez deberá citar a las partes para notificarlas, fijando el día y hora al efecto, dentro del plazo señalado. Además, podrá anunciar a las partes las bases fundamentales del fallo al término de la audiencia.

En segundo lugar, en lo que respecta al contenido de la sentencia, el artículo 495 del Código del Trabajo dispone que la parte resolutive de esta disposición judicial debe incluir:

1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada.
2. En caso afirmativo, la declaración de nulidad del acto, debiendo ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de citación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento de multa señalado en el artículo 492 inciso primero del Código.
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 contemplado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan.

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

Además, en el artículo 495 del referido cuerpo legal se dispone que, en cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de transacción que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Finalmente, siguiendo la misma regla contenida en el artículo 292 inciso final del Código del Trabajo en materia de prácticas desleales o antisindicales, se establece que copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro.

3.9.2 La Nulidad del Acto Lesivo.

La conducta antijurídica en estos casos está constituida por la vulneración de un derecho constitucional del trabajador, por lo que su represión jurídica no puede ser por la vía de una prestación por equivalencia, sino que requiere de una prestación en especie como es la restitución íntegra en el ejercicio del derecho vulnerado¹¹².

Esta restitución supone dos cuestiones:

1. El cese de la conducta propiamente tal: corresponde a la orden judicial que va dirigida al término inmediato de la conducta lesiva en caso de que ésta persista al momento de dictarse la sentencia, bajo el apercibimiento de la multa contemplada en el artículo 492 inciso primero del Código del Trabajo, la que se repetirá las veces que sea necesaria hasta lograr el debido cumplimiento de la medida decretada.

¹¹² UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, pp 88 y ss.

Para evitar dilaciones en el cumplimiento de la orden judicial el cese inmediato de la conducta lesiva, la ley declara que contra estas resoluciones de apercibimiento no procederá recurso alguno. Cabe recordar que aquí están en juego derechos fundamentales y por tanto, se requiere el cese radical y total de las conductas empresariales que el juez ha determinado lesionan garantías de esa naturaleza.

2. La nulidad de los actos lesivos: acogida la acción de tutela, el juez debe, además de ordenar su cese hacia el futuro, declarar la nulidad del acto o conducta lesiva de los derechos fundamentales. La nulidad constituye una sanción de ineficacia de carácter intrínseco, que en este caso se produce por la lesión de derechos contemplados en normas de superior rango jurídico como son las constitucionales.

El artículo 495 del Código del Trabajo, junto con ordenar el cese de la conducta, señala que el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada. No obstante establecerse la sanción de forma explícita, cabe recordar que se trata de conductas o actos que lesionan derechos previstos en las normas constitucionales y que, por tanto, adolecen de una nulidad de derecho público establecida en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

Sólo ha quedado excluida de esta nulidad, el despido del trabajador que queda regido por el artículo 489 del Código, el cual permite demandar por la vía de este procedimiento el despido lesivo de derechos fundamentales, cuya sanción no es la nulidad, sino el pago de un “haz especial de indemnizaciones”¹¹³:

La indemnización común por término de contrato de trabajo (artículo 163); indemnización sustitutiva del aviso previo (artículo 162) y adicionalmente una indemnización que fijará el juez de la causa, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

¹¹³ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 89.

3.10 La Reparación del Daño Causado

La conducta del empleador que ha lesionado un derecho fundamental puede haber provocado perjuicios que no se solucionan con el sólo cese de la conducta del empleador, ni la nulidad de la misma, sino que requieren de medidas reparatorias que permitan el restablecimiento del ejercicio pleno del derecho fundamental lesionado. Dada la jerarquía del derecho lesionado, la reparación debe ser íntegra, tanto en lo referido al tipo de daño provocado como a la intensidad del mismo.

En ese sentido, el resarcimiento de la conducta lesiva del empleador debe contemplar medidas tanto de carácter material o económico, como de carácter inmaterial o jurídico propiamente tal.

La reparación material estará constituida por alguna medida que repare el daño no económico que con la conducta se le ha irrogado al sujeto desde su dimensión moral y afectiva, lo que dependerá del tipo de conducta y de derecho lesionado, debiendo ser determinado al interior del proceso respectivo.

La reparación será económica si la conducta del empleador se ha traducido en un perjuicio material para el trabajador, cuestión que deberá ser evaluada por el juez.

En el caso del despido lesivo de derechos fundamentales, la reparación se encuentra prevista y tasada en un conjunto de indemnizaciones establecidos en la ley, las que no cubren el daño moral eventualmente causado por el despido.¹¹⁴

En este sentido, la disposición contenida en el artículo 495 del Código del Trabajo señala que el juez debe decretar las medidas reparatorias que correspondan, incluidas las indemnizaciones que procedan. En el caso del despido, esta norma se referiría, en opinión de Ugarte, a la reparación del daño moral, pues es la única indemnización que podría proceder de forma adicional a las que ya están reguladas expresamente por la ley.

¹¹⁴ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 90.

3.11 Otras Sanciones. La Aplicación de Multas.

La aplicación de multas ha sido relegada a un papel accesorio dentro del marco de sanciones impuestas por una lesión de derechos fundamentales.

La principal sanción que nuestro clásico Derecho del Trabajo contemplaba para reprimir las conductas lesivas de los derechos de los trabajadores ha quedado como una sanción meramente accesorio.

Las razones de la pérdida de protagonismo que afecta a la multa como sanción jurídica son, en primer lugar, la gravedad del ilícito que importa la vulneración de un derecho de la máxima categoría, para lo cual es necesario que la respuesta del orden procesal laboral en el caso de la vulneración de derechos fundamentales no sea meramente simbólica, como es la multa, sino que por el contrario, se necesita de un conjunto de sanciones que hagan efectiva la protección de dichos derechos y que disuadan efectivamente futuras conductas lesivas.

La multa estará determinada por las normas sustantivas del Código del Trabajo, por lo tanto, para determinar su cuantía deberá estarse, en primer lugar a la existencia de una norma especial para la vulneración del derecho fundamental sobre el que versa el proceso.

En el resto de los casos, donde no exista una multa especial establecida por la ley, deberá aplicarse la multa de carácter general para el incumplimiento de la legislación laboral contemplada en el artículo 506 del Código del Trabajo¹¹⁵. En estos casos, la norma legal transgredida por la conducta lesiva de derechos fundamentales del trabajador corresponde al artículo 5º del Código del Trabajo.

¹¹⁵ La multa corresponde a una a veinte unidades tributarias mensuales en empresas con más de 50 trabajadores, dos a cuarenta unidades tributarias mensuales con más de cincuenta trabajadores, y a tres a sesenta unidades tributarias mensuales en empresas con más de doscientos trabajadores.

3.12 Cumplimiento de las Sentencias

Uno de los desequilibrios más evidentes del proceso del trabajo conecta con la ineffectividad de la tutela judicial, en lo que se refiere de manera específica al cumplimiento de la sentencia. La tutela judicial efectiva no se logra solamente con la declaración de un derecho sino que junto a la misma la declaración efectuada por el órgano jurisdiccional se cumpla. A lograr su cumplimiento se dirige específicamente el procedimiento de ejecución, completando de este modo la previsión constitucional del artículo 76 de la Carta Fundamental que señala que la facultad de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

El titular de un derecho que otro le niega puede no ver satisfecha su pretensión con la sola declaración que de aquél haga la jurisdicción. Lo normal y deseable es que el condenado cumpla de modo voluntario lo establecido en la sentencia; cuando no lo hace, es necesario que al reconocimiento efectuado siga una actividad jurisdiccional tendiente a hacer efectivo el derecho reconocido porque sin tal actividad la sola función de juzgar no otorgaría la tutela judicial efectiva que comprende bajo su protección el derecho a que las sentencias y fallos jurisdiccionales se cumplan y ejecuten.

De esta forma, la ejecución forma parte inescindible de la actividad jurisdiccional; se trata de una actividad cuya naturaleza judicial y procesal se encuentra explicitada en la norma vigente y como tal, enlazada al derecho de tutela judicial efectiva, pues son los propios jueces los que deben decidir si sus decisiones se han cumplido correctamente.¹¹⁶

La legislación española sanciona con la nulidad el despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, lo que significa que en estos supuestos está garantizada la tutela real del puesto de trabajo, es decir, la readmisión forzosa en el puesto de trabajo, sin que sea posible al empresario la sustitución de esta obligación por una indemnización. Esta nulidad del acto del despido implica la orden del cese

¹¹⁶ BLASCO PELLIECER, Ángel, *Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial*, op. cit., p. 41.

inmediato de la conducta empresarial, la reposición de la situación al momento anterior a producirse el despido y la imposición de reparar las consecuencias derivadas del acto, y su efectividad se consigue a través de reglas procesales en el trámite de ejecución de sentencias que persiguen que el trabajador no readmitido siga percibiendo su salario y cotizando a la seguridad social y que pueda desempeñar sus funciones representativas si se trata de un despido antisindical, sin perjuicio de que el magistrado pueda acompañar estas órdenes de una multa por cada día en que el empleador obstaculice el cumplimiento de la sentencia (artículo 293 LPL).

El Tribunal Constitucional justifica esta intensidad en la sanción al despido nulo, “privándolo de toda eficacia”, en que de este modo se garantiza la estabilidad en el empleo frente a las conductas resolutorias lesivas de derechos fundamentales y libertades públicas, así como la reposición al trabajador en el goce de tales derechos y libertades, concluyendo en fin que esta es la protección intensiva que corresponde a la tutela otorgada a los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente¹¹⁷, a los espacios, en fin, de ciudadanía que constituyen en la empresa para los trabajadores, que no pueden ser ignorados por el poder privado del empresario y en atención a los cuales se subvierte la tradicional relación de preeminencia de la libertad de empresa sobre las posiciones subjetivas de los trabajadores.¹¹⁸

La ineficacia de algunos mecanismos de coerción procesal para conseguir el cumplimiento de los fallos de las sentencias puede conducir, en la práctica, a una monetarización no deseada mediante el recurso a la transformación de la primitiva obligación por su equivalente pecuniario.

Uno de los puntos críticos del proceso de ejecución y que, sin duda, alcanza su mayor importancia en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales es la ejecución de la obligación in natura, en que la ejecución de la sentencia que declara el despido nulo o de aquella que habiéndolo declarado improcedente se resolvió en una

¹¹⁷ STC 897/1999.

¹¹⁸ BAYLOS GRAU, Antonio, Por una (Re) Politización de la Figura del Despido, Revista de Derecho Social, op. cit., p.17.

obligación de readmisión por opción del trabajador, implica con carácter necesario la reincorporación del trabajador, sin que, en trámite de ejecución de la sentencia pueda ser sustituida aquella obligación de hacer por la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

3.13 La garantía de indemnidad.

Las consecuencias prácticas del derecho a la acción, del proceso de ejecución, y eventualmente, la aplicación de los mecanismos aseguratorios que ofrece el procedimiento cautelar, aún siendo elementos básicos al servicio de la efectividad de la tutela judicial, no cierran completamente su círculo protector. Es evidente que la inmensa mayoría de las ocasiones, el derecho sustantivo quedará así protegido y el riesgo de la ineffectividad conjurado.

Ahora bien, para que la tutela judicial resulte completa parece necesario que una vez cumplido y satisfecho el derecho, su titular no resulte perjudicado por el hecho de haber solicitado su tutela. En una relación de tracto sucesivo como la laboral en la que el trabajador está sujeto al poder de dirección del empresario resulta imprescindible evitar la posibilidad que tal poder pueda ser utilizado desviadamente para sancionar el ejercicio del derecho a la tutela judicial por parte del trabajador.

Para evitar tal peligro, el ordenamiento jurídico ofrece la denominada garantía de indemnidad, entendida ésta como prohibición de que el ejercicio legítimo del derecho a la tutela judicial efectiva pueda conllevar para el trabajador ningún tipo de perjuicio en su relación de trabajo, pues aquel derecho fundamental no se satisface solamente mediante la actuación de los jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad.¹¹⁹

El Convenio N° 158 de la OIT, en su artículo 5° establece la imposibilidad de declarar por terminada una relación de trabajo por haber presentado una queja o un

¹¹⁹ BLASCO PELLIECER, Ángel, Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial, op. cit., p. 67.

procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aún las supuestas o las que no pueden ser comprobadas finalmente.

El inciso tercero del artículo 485¹²⁰ incorpora la garantía de indemnidad a la legislación laboral estableciendo que se entenderá que los derechos y garantías resultan lesionados, también cuando los trabajadores sean objeto de represalias, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales, consagrando el derecho de indemnidad laboral, derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, o sea, del derecho del trabajador a no ser objeto de represalias por el ejercicio de sus derechos.¹²¹

Es menester mencionar que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo deriva de irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen la privación de garantías procesales o que no logren que el fallo judicial se cumpla; sino que también puede verse lesionado el derecho cuando resulte de su ejercicio una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario.

Dicho en otros términos la garantía de indemnidad está inserta en el derecho de tutela judicial efectiva y conlleva, directamente, la prohibición de que el empresario utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar, reactivamente, el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales por parte del trabajador.

Así configurada, el principal problema práctico que plantea la aplicación de la garantía de indemnidad es la dificultad que, en la mayoría de los casos, representa para el trabajador probar adecuadamente que la decisión empresarial obedece a un propósito represivo, es decir, que la medida disciplinaria u organizativa adoptada por el

¹²⁰ Artículo 485 inciso tercero: Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección de trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

¹²¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, op. cit, p. 22.

empleador es consecuencia del ejercicio por parte del trabajador a la tutela judicial efectiva.

Como paliativo, y en los casos en que la demanda del trabajador se encauza a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el ordenamiento pone a su servicio la posibilidad que mediante la aportación de indicios razonables que la conducta empresarial pudiera constituir una lesión de su garantía de indemnidad, se invierta la carga de la prueba y corresponda a la empresa la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Se cierra con ello el círculo protector de la tutela judicial efectiva en el ámbito de la relación de trabajo en la que la garantía de indemnidad se traduce, como ha quedado expuesto en la imposibilidad que tiene el empresario de adoptar medidas de represalias derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela judicial de jueces y tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos.¹²²

¹²²BLASCO PELLIECER, Ángel, *Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial*, op. cit., p. 69.

CAPITULO IV: TUTELA LABORAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO: PROCEDIMIENTO TUTELA LABORAL LEY 20.087.

4.1 Antecedentes normativos a la dictación de la ley 20.087 que incorpora procedimiento de tutela laboral

Las primeras leyes laborales, en nuestro país giran en torno a la protección mínima del trabajador como el contratante explotado de la revolución industrial. En este ámbito, cabe mencionar la ley de la silla, descanso semanal y la ley de accidentes del trabajo.

El primer Código del Trabajo de 1931 comienza a reconocer al trabajador como sujeto activo de la sociedad, atribuyéndole capacidad de organización sindical y el derecho de huelga.

La creciente evolución del Derecho del Trabajo se detuvo radicalmente durante la dictadura militar, que impuso en materia laboral un agresivo plan de flexibilidad laboral que supuso una gran ampliación de los poderes del empleador y una disminución de los derechos del trabajador, acompañada de una minuciosa reglamentación restrictiva de las relaciones colectivas de trabajo y de un desmantelamiento del derecho procesal especial, dando cuenta de la concepción de toda una legislación inspirada en la desarticulación de la acción colectiva y en la mayor individualización posible de las relaciones individuales de trabajo.

El Derecho del Trabajo quedó reducido a la legislación laboral y su espacio único de preocupación eran las condiciones mínimas de trabajo y salarios, relegando a un segundo plano los derechos constitucionales del trabajo, especialmente los de naturaleza colectiva.¹²³

¹²³ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. pp. 4 y 5.

Este escenario desfavorable al desarrollo del Derecho Laboral comienza a cambiar paulatinamente en la última década, especialmente a partir de la ley 19.759 del año 2001, en virtud de la cual el derecho del Trabajo comienza a expandirse, asumiendo especial preocupación por los derechos fundamentales de trabajador.

La mencionada ley 19.759 introdujo importantes reformas legislativas en aras del reconocimiento de los derechos fundamentales en la relación laboral. En este contexto se reforma el artículo 5° del Código del Trabajo, reconociendo el límite que las garantías constitucionales constituyen respecto de las facultades del empleador, en especial cuando se pudieran afectar la intimidad, la vida privada y la honra de los trabajadores. Asimismo la nueva redacción del artículo 2° del Código del Trabajo perfecciona las normas que prohíben la discriminación en materia laboral.

Sin perjuicio del enorme avance que significó la introducción de la ley 19.759 los tribunales habían sido más bien tímidos para reconocer en sus fallos la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores en cuanto ciudadanos en las relaciones laborales, lo que se contraponía al rol sumamente activo que había mantenido la Dirección del Trabajo, a través de los pronunciamientos que fueron configurando la jurisprudencia administrativa.

Esta diferencia en el grado de reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores entre el nivel jurisdiccional y administrativo era susceptible de explicarse de manera general por una aguda crisis en la judicatura laboral, y en particular por las graves deficiencias que presentaban las acciones tutelares y los procedimientos judiciales vigentes para resolver controversias de carácter complejo, como son aquellas en que va envuelta una lesión a una garantía fundamental.¹²⁴

En este sentido, se requería una reforma en la concepción patrimonial de la tutela procesal laboral, propia del nacimiento del Derecho del Trabajo, sobre la cual

¹²⁴ ROJO CAAMAÑO, EDUARDO, La Tutela Jurisdiccional del Derecho Fundamental a la no discriminación por razones de sexo. Un análisis desde la perspectiva del proyecto de reforma al procedimiento laboral, op, cit. p 218.

se construía la mayor parte de la estructura procedimental de nuestro Código, que entiende que el único conflicto o litigio laboral digno de amparo judicial es el que involucra el ejercicio de derechos avaluables en términos económicos.

En dicho contexto, el Poder Ejecutivo toma conciencia sobre la problemática que afecta a la judicatura del trabajo y, en particular, a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en materia laboral y, con el aporte del Foro para la Reforma de la Justicia Laboral, convocado a mediados del año 2000, elaboró un proyecto de reforma procesal que contemplaba un procedimiento específico de tutela de derechos fundamentales.

El Proyecto de ley enviado al Congreso definió los siguientes objetivos¹²⁵:

1. Brindar un mejor acceso a la justicia: tanto en la cobertura de los tribunales, como en la forma en que se desarrolla el procedimiento judicial, para que la justicia proporcionada sea eficaz y oportuna;
2. Posibilitar la efectividad del derecho sustantivo, a través del reconocimiento de un sistema de garantías procesales que se orienten a dar efectividad al derecho vigente;
3. Asegurar el efectivo y oportuno cobro de los créditos laborales. Se persigue una renovación del procedimiento ejecutivo, particularmente, a través de la especialización de la ejecución de créditos con la creación de juzgados de cobranza laboral y previsional;
4. Agilización de los juicios del trabajo: representa uno de los fines más esperados de la reforma y se materializará a través de la implementación de un procedimiento oral y concentrado.

¹²⁵ ROJO CAAMAÑO, EDUARDO, La Tutela Jurisdiccional del Derecho Fundamental a la no discriminación por razones de sexo. Un análisis desde la perspectiva del proyecto de reforma al procedimiento laboral, op, cit. p 221. Ver Mensaje Ejecutivo. Proyecto de Ley 20.087 [en línea] www.bcn.cl [consulta 02.09.09] p. 8

5. Modernización del sistema procesal laboral: acorde con las transformaciones de las instituciones políticas, productivas y sociales del país.
6. Configuración del proceso laboral como un instrumento de pacificación social: este objetivo se entiende en el sentido que el proceso laboral debe asegurar un mecanismo de solución eficiente y oportuno en el ámbito laboral, dando certeza y tranquilidad para el normal desenvolvimiento de las relaciones laborales y de la actividad productiva.
7. Potenciar el carácter diferenciado del procedimiento laboral. Lo que supone perfilar claramente el proceso laboral como distinto del proceso civil, por la vía de materializar en el ámbito jurisdiccional las particularidades propias del derecho del Trabajo, en especial su carácter protector y compensador de las posiciones disímiles de los contratantes;
8. Diseñar un modelo concreto de tutela de derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales.

Esta iniciativa se materializó finalmente en las leyes N° 20.022 que creó los nuevos tribunales de cobranza y aumentó el número de jueces laborales; la ley N° 20.123 que regula la subcontratación y el suministro de trabajadores; y finalmente en la ley N° 20.087 que reemplazó el Libro V del Código del Trabajo, estableciendo un nuevo procedimiento laboral, modificada por las leyes N° 20.260 y 20.287.

El procedimiento de derechos fundamentales introducido por la ley 20.087 quedó consagrado en el Párrafo 6°, Título I, del Libro V del Código del Trabajo.

Este procedimiento tiene como bases las normas de tutela de la libertad sindical en materia de prácticas antisindicales (artículos 292 y siguientes del Código del

Trabajo) y en materia de prácticas antidesleales en la negociación colectiva (artículos 387 y siguientes del Código del Trabajo), las que se mantienen en sus aspectos esenciales, pero se amplían para hacerlas comprensivas de los diversos derechos fundamentales que pueden ejercerse en el ámbito de las relaciones laborales. Sin perjuicio de lo anterior, el nuevo procedimiento consagra un tratamiento especial para pretensiones de objeto diverso como son aquellas en que se discute la vulneración de un derecho fundamental, un eventual despido y las posibles indemnizaciones.

Cabe destacar que la ley 20.087 se inspiró fuertemente en la ley de procedimiento laboral española regulada en el Decreto Real Legislativo 2 - 1995, al punto que muchos artículos que contiene la ley son idénticos a los contemplados en dicha ley. No obstante, la gran diferencia con la ley española está determinada por la restricción del catálogo de derechos protegidos, modificación que fue motivada por negociaciones políticas que mutilaron el proyecto original cuyo ámbito de protección se extendía a los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales en términos amplios, al igual que su homóloga de origen español.

El procedimiento de tutela viene a ser la traducción procesal del concepto de eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre privados, y en este particular al interior del contrato de trabajo. Más aún, se trata no sólo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su eficacia inmediata o directa en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado en la relación laboral, el empleador.¹²⁶

En nuestro ordenamiento jurídico laboral y constitucional, los derechos fundamentales trasuntan las relaciones laborales, reconfigurándolas a partir de la supremacía de los derechos fundamentales.

¹²⁶ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 23.

4.2 El Procedimiento de Tutela Laboral. Consideraciones preliminares.

El establecimiento del procedimiento de tutela laboral constituye un conjunto de reglas de tutela que, organizadas, en torno a un nuevo procedimiento laboral que representan una nueva forma de entender la tutela judicial de las relaciones laborales.

El proyecto de reforma contemplaba entre sus objetivos primordiales el establecimiento de un procedimiento nuevo y especial cuyo objeto específico era la protección de derechos fundamentales del trabajador. Es así como el proyecto original disponía que este procedimiento tiene por objeto *“tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando aquellos resulten lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º”* (proyectado artículo 502 del Código del Trabajo).

En un principio, el proyecto contemplaba la existencia de una sola audiencia. El proyectado artículo 508 establecía: *“Admitida la denuncia a tramitación, el juez citará al denunciante, al denunciado y a los presuntamente afectados, a una audiencia única a fin de que expongan lo que estimen conveniente acerca de los hechos sobre los cuales versa la denuncia, ordenándoles que acompañen todos los antecedentes que sean necesarios para resolver, fijando para tal efecto, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la resolución, el día y la hora para su celebración, debiendo mediar entre la notificación de la denuncia y citación y la celebración de la audiencia, a lo menos cinco días”*.¹²⁷

Sin embargo la 20.087 y sus modificaciones no contemplan un procedimiento especial, sino que efectúa un reenvío directo al procedimiento común. El artículo 491 del Código del Trabajo establece que admitida la acción de tutela a tramitación, *“su*

¹²⁷ Boletín N° 3367-13. Primer Trámite Constitucional Cámara de Diputados, [en línea] www.bcn.cl [consulta 2.09.09], p. 50.

substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3°.

De este modo, no existe un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sino que el procedimiento de aplicación general con reglas especiales para el caso de vulneración de derechos fundamentales. El procedimiento de tutela de derechos fundamentales corresponde al procedimiento de aplicación general, con aplicación de su estructura de doble audiencia (preparatoria y de juicio) y la regulación legal establecida en el párrafo 3°, del capítulo II del Libro V del Código del Trabajo, pero sujeta a diversas normas especiales en lo relativo a los titulares y al objeto de la acción; la carga de la prueba y la estructura de la sentencia definitiva.¹²⁸

Es así como finalmente el legislador renuncia al establecimiento de un procedimiento basado en el principio de especialidad que requiere el tratamiento de la materia objeto del procedimiento, esto es, la tutela de derechos fundamentales, sometiéndolos a la velocidad normal del procedimiento ordinario, propio de derechos laborales de rango meramente legal. Sin perjuicio de las críticas que se pueden formular respecto de esta norma, no cabe duda, que representa un gran avance en el respecto y protección de los derechos fundamentales en la relación laboral.

En cuanto a la naturaleza jurídica del procedimiento, los profesores Melis, Ugarte y Caamaño sostienen que se trataría de una manifestación de jurisdicción cautelar especial, por cuanto se basa en la necesidad de restablecer al más breve plazo el o los derechos subjetivos públicos infringidos, sin considerar necesariamente en su estructura la correlación de fuerza de los sujetos intervinientes en el conflicto¹²⁹.

Su naturaleza difiere de la de un procedimiento cautelar general esencialmente por:

¹²⁸ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 24.

¹²⁹ DEVILLAIN G., Franco José, "Procedimiento de Tutela Laboral", Apuntes Diplomado Reforma Procedimiento Laboral, primer semestre 2008, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 2.

1. El establecimiento de un juez natural especializado.
2. Tutela derechos constitucionales específicos, en el sentido que se encuentran explícitamente señalados en la ley.
3. Tutela infracciones de garantías constitucionales por parte del empleador con ocasión del ejercicio de derechos laborales de fuente legal.
4. Se trata de un procedimiento cautelar especializado por cuanto comprende la incorporación de conceptos nuevos como los de justificación suficiente, vulneración de la esencia de derechos, proporcionalidad y racionalidad, entre otros.

Por el contrario, los profesores Palavecino y Devillaine sostienen que la naturaleza jurídica del procedimiento de tutela de derechos fundamentales corresponde a una manifestación de jurisdicción protectora tuitiva especial por cuanto la disparidad de fuerzas constituye lo determinante en su estructuración, lo que les permite concluir que el procedimiento no es una modalidad sólo cautelar, sino que protectora, en cuanto la pretensión de restablecimiento del derecho conculcado se instrumenta a través de una operatoria que motiva al juez a obrar en un sentido tuitivo, destinado a lograr la salvaguarda del derecho de la persona privilegiada por el orden jurídico. En base a esta tesis, el procedimiento difiere de ser una manifestación de un procedimiento cautelar general, en relación a las siguientes consideraciones¹³⁰:

1. El establecimiento de un juez natural especializado que conoce sobre la base de criterios tutelares protectores, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo.

¹³⁰ DEVILLAIN G., Franco José, "Procedimiento de Tutela Laboral", op. cit., p. 3 y 4.

2. Tutela derechos constitucionales específicos, esto es, señalados determinadamente.
3. El legislador ha trasvasado el principio protector que informa el derecho laboral sustantivo hacia el derecho tutelar, lo que se manifiesta en la ampliación de la legitimación activa, la introducción de cargas probatorias dinámicas, el endurecimiento indemnizatorio, entre otras.

En cuanto a las características del procedimiento de tutela laboral, se trataría de un procedimiento doblemente especialísimo, por cuanto:

1. La vulneración debe ser consecuencia del ejercicio del contenido de normas laborales.
2. La vulneración debe infringir los derechos específicos contenidos en el artículo 485 del Código del Trabajo. La infracción de derechos constitucionales que tenga como fundamento el ejercicio de otros derechos se regirá por el cautelar constitucional general de protección.

4.3 Medidas cautelares.

La medida cautelar del artículo 492 del Código del Trabajo responde a la idea que los conflictos en materia laboral requieren de un procedimiento especial que dé plena efectividad a los derechos de la parte más débil, normalmente el trabajador, y que al mismo tiempo resuelva los conflictos dentro de unos parámetros de duración razonables, reafirmando el ideal chiovendano que supone la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene

la razón¹³¹, idea que se sostiene con mayor fuerza respecto de la medida cautelar del artículo 492 del Código del Trabajo, por cuanto nos encontramos ante una eventual lesión de derechos fundamentales¹³².

El artículo 492 del Código del Trabajo dispone que el juez de oficio o a petición de parte dispondrá la suspensión de los efectos del acto impugnado bajo apercibimiento de multa, cuando:

1. Se tratare de lesiones de especial gravedad atendido los antecedentes (humo del buen derecho).
2. Cuando la vulneración pueda ocasionar efectos irreversibles (peligro en la demora).

La multa podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Contra estas resoluciones no procede recurso alguno (artículo 492 del Código del Trabajo). En todo caso, el juez deberá decretar estas medidas, en cualquier tiempo, desde que cuente con los antecedentes que lo justifiquen.

Este precepto constituye una clara manifestación de la evolución doctrinaria y legislativa de las medidas cautelares en materia procesal. Como señala Marín en esta materia se ha ido avanzando desde una concepción eminentemente conservativa o precautoria, esto es, aquellas que sirvan para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma, hacia un plano anticipativo de la resolución del litigio.¹³³

¹³¹ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, "Medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales", Revista de Estudios Jurídicos de la Justicia", N°8, año 2006, pp. 31-32.

¹³² GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, op. cit. p. 27.

¹³³ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales", N°8, o p. cit., pp. 16-17.

Los fines de las medidas cautelares, señala Marín, pueden ser conservativos e innovativos. Las primeras, corresponden a aquellas que ejecutan la finalidad tradicional de la tutela cautelar, buscando asegurar el resultado práctico de la ejecución forzosa. Las de finalidad anticipativa o innovativa, persiguen que la medida cautelar sea semejante a la medida ejecutiva que deberá adoptarse para la efectividad de la sentencia.¹³⁴

La medida cautelar especial del artículo 492 representa una manifestación de las segundas, por cuanto la suspensión de los efectos del acto, no es sino una anticipación del fin del procedimiento, cual es, en principio, restablecer al trabajador, en el ejercicio del derecho lesionado, cuestión que se obtiene justamente con la suspensión del acto impugnado.

Si bien es cierto que no existe la especialidad requerida para un procedimiento de tutela de derechos fundamentales la medida precautoria especialísima contenida en el artículo 492 del Código del Trabajo, podría permitir atenuar la eventual lentitud del procedimiento ordinario, siempre y cuando los jueces del trabajo actúen con decisión, en cuanto el juez puede disponer la suspensión de los efectos del acto impugnado.¹³⁵

4.4 La acción de derechos fundamentales. Reglas básicas.

La acción que permite poner en funcionamiento el procedimiento de tutela laboral se encuentra sometido a las siguientes reglas:

¹³⁴ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales", op cit. p. 16-18.

¹³⁵ Artículo 492 del Código del Trabajo: El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes.

1. La acción tiene un plazo de ejercicio de sesenta días desde que se haya producido la vulneración a alguna de las garantías tuteladas por el procedimiento en comento, suspendiéndose en el caso previsto en la ley cuando el trabajador dentro del plazo interponga un reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva, pero en ningún caso podrá recurrirse al tribunal pasado noventa días hábiles desde la vulneración denunciada (artículo 168 del Código del Trabajo). En este sentido compartimos la opinión del profesor Luis Ugarte en cuanto este plazo debe contarse desde el momento en que la conducta lesiva concluyó, atendido a que se trata de una lesión continuada de los derechos considerados básicos por la sociedad.¹³⁶

2. La acción de tutela de derechos fundamentales es incompatible con el recurso de protección. Ejercida la acción de protección del artículo 20 de la Constitución, ya no es posible ejercer la acción del procedimiento de tutela de derechos fundamentales por los mismos hechos (artículo 485 del Código del Trabajo). Sin perjuicio de la existencia de la norma, atendida la naturaleza especial del procedimiento y a la inutilidad fáctica de la acción de protección para proteger los derechos de los trabajadores, ningún trabajador debería utilizar esta acción para la tutela de sus derechos.

3. La acción de tutela y el procedimiento al que da lugar no es susceptible de acumularse:
 - a. Con acciones de naturaleza no laboral.
 - b. Con acciones con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos como por ejemplo demandar la tutela contra la discriminación del trabajador discapacitado fundado en la ley 19.779 o del trabajador portados de VIH basado en la ley 19.284.

¹³⁶ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 25.

4. La acción de tutela es compatible con otras acciones de naturaleza laboral, las que deben necesariamente interponerse conjuntamente con la acción de tutela. De lo contrario, su no ejercicio importará su renuncia según lo dispuesto por el artículo 489 del Código del Trabajo. La acción por despido injustificado, si bien no es compatible con la acción de tutela debe interponerse con carácter subsidiario. Cabe señalar que la norma original de la ley 20.087 impedía el ejercicio dentro del mismo procedimiento de tutela de la acción por despido injustificado, atendido a que se trata de una acción con pretensiones completamente diversas y con objetos de prueba incompatibles. Creemos que esta decisión del legislador, aunque conceptualmente cuestionable, intenta privilegiar los principios de concentración y celeridad en los cuales se encuentra inspirado el nuevo procedimiento laboral.

La imposibilidad de acumular tales acciones no tiene otro fundamento que la propia sumariedad cualitativa a la que responde esta modalidad procesal, que impide conocer de cuestiones distintas a la lesión planteada y que requieren un tratamiento separado aun cuando guarden cierta relación con aquella.

4.5 Titulares de la acción de tutela.

Atendida la naturaleza y relevancia de los derechos en juego y el contexto de subordinación en que se desarrolla la relación laboral, la ley ha establecido un sistema de titularidad ampliada que permita, más allá del trabajador individualmente afectado, reprimir las conductas lesivas y restablecer el ejercicio del derecho fundamental afectado.

En ese sentido, el artículo 486 del Código del Trabajo ha dispuesto que son titulares de la acción de tutela el trabajador afectado, la organización sindical y la Inspección del Trabajo. Este punto ha sido criticado por un sector de la doctrina que ha sostenido que esta ampliación de los sujetos activos implica anular la autonomía

de la voluntad del trabajador afectado, por cuanto el sindicato y la Inspección del Trabajo podrían actuar aun en contra de su voluntad. Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que en la hipótesis en que la vulneración corresponda al despido del trabajador, la legitimación activa de la acción de tutela queda restringida exclusivamente al trabajador afectado.

4.5.1 El trabajador afectado:

Como víctima de una lesión en sus derechos fundamentales es lógicamente el primer llamado a velar por la protección de sus derechos. Como señala el profesor Luis Ugarte, la titularidad del derecho, lleva necesariamente a la titularidad de la acción, y ésta permite al trabajador poner en movimiento el aparato jurisdiccional para recabar la protección frente a eventuales lesiones o atentados de sus derechos.¹³⁷ Por tratarse de derechos establecidos en normas jurídicas de derecho público, el trabajador no está facultado para disponer del bien protegido por el respectivo derecho subjetivo fundamental. En este sentido, cabe mencionar que de la misma forma que los derechos laborales específicos, los derechos fundamentales son irrenunciables.

4.5.2 La organización sindical:

Las organizaciones sindicales, en cualquiera de sus variantes reconocidas en la ley (de empresa, interempresas, independientes y transitorios) y grado (sindicatos, federaciones, confederaciones y centrales) pueden ejercer la acción de tutela siempre y cuando invoquen un “interés legítimo”. La expresión interés legítimo, de amplia utilización en el derecho comparado, intenta superar la determinación restrictiva de la legitimación activa en torno exclusivamente a la titularidad del derechos subjetivo, lo que se hace necesario especialmente con la recepción en el derecho moderno de interese confusos y colectivos.

El profesor Sergio Gamonal Contreras señala que existirá interés legítimo cuando se invoque un interés directo vinculado al ejercicio de las funciones que la ley les reconoce a las organizaciones sindicales, especialmente a la protección y

¹³⁷ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 27.

promoción de los derechos laborales.¹³⁸ Esta idea va en armonía con el artículo 220 del Código del Trabajo que le asigna como finalidad a la organización sindical velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social, denunciar sus infracciones ante las autoridades administrativas o judiciales, actuar como parte en los juicios o reclamaciones a que den lugar la aplicación de multas u otras sanciones.

El artículo 486 del Código del Trabajo señala que tiene interés legítimo el sindicato al que se encuentra afiliado directamente el trabajador, o una organización de grado superior al que se encuentra afiliado el trabajador afectado. En opinión de Luis Ugarte¹³⁹ también tendrían interés las organizaciones sindicales a las que no se encuentre afiliado el trabajador afectado cuando invoquen un interés vinculado a sus funciones, esto es, la protección de los derechos fundamentales de sus respectivos afiliados cuando existe expectativas razonables de que la violación de la conducta lesiva de ese empleador termine afectando a sus propios representados, lo que ocurriría en las siguientes hipótesis:

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

Según Eduardo Caamaño Rojo¹⁴⁰, esta disposición representa un importante avance, pues permite que en controversias de carácter complejo como son aquellas en

¹³⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, op. cit. p. 24.

¹³⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 28.

¹⁴⁰ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, La Tutela Jurisdiccional del Derecho Fundamental a la no discriminación por razones de sexo. Un análisis desde la perspectiva del proyecto de reforma al procedimiento laboral, op, cit. 227.

que va envuelta una vulneración de derechos fundamentales, los trabajadores cuenten con el respaldo y asesoría de su sindicato.

A su vez, agrega Caamaño, la intervención de los sindicatos en estos procesos contribuirá, sin duda, a romper la inercia constatada en muchas situaciones de vulneración de derechos fundamentales, la que se manifiesta en el reducido número de denuncias o reclamos frente a estas infracciones, particularmente, frente a controversias que por estos hechos se susciten durante la vigencia de la relación laboral, atendido el temor de los trabajadores de sufrir represalias por parte del empleador y por sobre todo, el riesgo de ser despedidos.

4.5.3 La Inspección del Trabajo:

El artículo 486 del Código del Trabajo dispone que si en el ámbito de sus atribuciones la Inspección del Trabajo conoce de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente. Agrega esta disposición la esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas que reglan el procedimiento de tutela laboral. En estos casos, la Inspección del Trabajo podrá hacerse parte.

El inciso 6° del artículo 486 establece que la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas. La disposición contenida en este inciso ha sido seriamente cuestionada, por cuanto la naturaleza y el rango de los derechos involucrados no admite acuerdos ni mediaciones de carácter administrativo.

El profesor Luis Ugarte sostiene que no existe ninguna razón que justifique esta disposición que deja al órgano administrativo la mediación sobre el resguardo de los derechos constitucionales, actuación que incluso se encuentra vedada para los Tribunales de Justicia, que deben fallar declarando la nulidad del acto lesivo, excediendo, incluso de la órbita de competencia de la Inspección del Trabajo, cuyas

atribuciones no comprenden la facultad para resolver el conflicto o litigio de derechos fundamentales a que da lugar una eventual denuncia en este procedimiento¹⁴¹.

4.5.4 La concurrencia de titulares en el procedimiento de tutela:

El único caso de concurrencia de actores que regula la ley es la hipótesis del despido lesivo de derechos fundamentales radicando la legitimación activa de la acción de tutela, en este caso, exclusivamente en el trabajador afectado. Cabe señalar que la naturaleza objeto del procedimiento no procede hablar de Dueño o propietario de la acción de tutela, de modo tal que dado el interés público involucrado en el proceso, corresponde que una vez ejercida la misma, el juez prosiga con el procedimiento hasta la dictación de la sentencia que se haga cargo de la vulneración, no obstante alguno de los titulares pierda interés en seguir adelante con el procedimiento de tutela, con lo que pierde toda relevancia instituciones clásicas del derecho procesal civil como son el desistimiento de la demanda y el abandono del procedimiento.

4.6 Sujeto Pasivo de la acción de Tutela.

El sujeto pasivo de la acción de tutela corresponde, en principio, al empleador y a la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo, en los términos dispuestos por el artículo 3° del Código del Trabajo.

Los términos amplios de la ley 20.087 permiten sostener que el ámbito de aplicación de esta acción y que determina el sujeto pasivo de la acción de tutela es el ejercicio de las facultades del empleador.

Así, la legitimación pasiva correspondería también a la empresa usuaria en las relaciones laborales donde se configure el suministro de trabajadores, aunque en el hecho parece difícil que los trabajadores transitorios se encuentren en condiciones reales de ejercer una acción de tutela en contra de la empresa usuaria. Es en este

¹⁴¹ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 29.

ámbito donde creemos que cobrará un rol fundamental la Inspección del Trabajo y los sindicatos de la empresa usuaria.

Por otro lado, la empresa principal, a diferencia de la usuaria no se encuentra en situación legal de ejercer las funciones propias del empleador, por lo que a priori, cabe sostener que no corresponde ejercer la acción de tutela contra la empresa principal. Sin embargo, Ugarte admite dos excepciones¹⁴²:

1. Las restricciones de derechos fundamentales del trabajador que vengan impuestas por la empresa principal en materia de higiene y seguridad, ya que en este caso, por expresa disposición legal, está expuesta en situación de responsabilidad directa respecto de los trabajadores contratistas.
2. El caso del ejercicio ilegal de facultades propias del empleador por parte de la empresa principal. En este contexto, señala Ugarte, parece perfectamente posible que la demanda de tutela se haga ver este hecho, no para solicitar que se le imponga la calidad de empleador a la empresa principal, cuestión que sería materia de otro juicio, sino para incohar, por esta vía, el procedimiento de tutela.

4.7 Derechos Fundamentales protegidos.

La pretensión o la causa de pedir de la acción de tutela es la protección y el resguardo de los derechos laborales inespecíficos de los trabajadores, buscando el restablecimiento en el ejercicio del derecho lesionado y la reparación del daño producido por la vulneración cuando dicha afectación provenga del ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador.

¹⁴² UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 32.

La primera redacción del proyecto de reforma estaba concebido en términos bastante amplios. El proyectado artículo 502 del Código del Trabajo disponía que este procedimiento *“tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales (...)”*. De este modo el ámbito de protección se extendía tanto a los derechos de fuente constitucional, a los derechos de fuente legal, como a aquellos derechos incorporados por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes en los términos señalados por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política del Estado.

Sin embargo, el texto legal definitivo fue bastante más restrictivo a la hora de delimitar el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela. Finalmente el bien jurídico protegido quedó limitado a los derechos fundamentales del trabajador, previstos en la lista contemplada en el artículo 485 del Código del Trabajo.

Los derechos fundamentales protegidos por la acción de tutela son de dos tipos según su origen:

a. Derechos Fundamentales de origen constitucional: Este es el catálogo de derechos que la ley reenvía directamente al texto constitucional para la determinación de su contenido:

1. Derecho a la vida (artículo 19 número 1).
2. Derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 número 1)
3. Derecho a la intimidad y respeto a la vida privada (artículo 19 número 4).
4. Derecho al honor (artículo 19 número 4).
5. Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 número 5).
6. Derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (artículo 19 número 6).
7. Libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (artículo 19, número 12, inciso primero).

8. Libertad de trabajo y de contratación laboral (artículo 10 número 16, inciso primero y cuarto)

b. Derechos de fuente legal:

1. Garantía de indemnidad: corresponde al derecho a no ser objeto de represalias laborales y fue creado por la ley 20.087.

2. Derecho a la no discriminación: la determinación del contenido de este derecho fue limitado al derecho a la no discriminación laboral del artículo 2° del Código del Trabajo, en principio más restringido y mezquino que el derecho a la no discriminación laboral del artículo 19 número 16 de la Constitución.

Cabe señalar, que el artículo 485 del Código del Trabajo marca uno de los puntos de separación más importantes con la ley española que sirvió de base para la implementación del procedimiento de tutela en nuestro país, por cuanto el artículo 181 de la ley de procedimiento laboral español considera un concepto amplio de derechos fundamentales, incluyendo aquellos derechos establecidos en la Constitución española, como aquellos consagrados en Tratados internacionales ratificados por España.¹⁴³

Respecto a las garantías de origen legal, creemos importante realizar las siguientes consideraciones:

4.7.1 Derecho a la no discriminación.

Los términos en que fue redactado el artículo 485 del Código del Trabajo restringen limita su contenido al artículo 2° del Código del Trabajo. En este sentido, entendemos que la interpretación de ambas normas debe hacerse a la luz de las normas constitucionales y particularmente al derecho a la no discriminación del artículo 10 número 16 de la Constitución, entendiendo el artículo 2° del Código del

¹⁴³ Artículo 181 ley de procedimiento laboral español: “Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se consideren infringidos”.

Trabajo como una norma de refuerzo de las normas constitucionales, pero sosteniendo que la discriminación protegida es toda aquella que se funde en la idoneidad o capacidad personal del trabajador, es decir aquella prohibida por el artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República.

Cabe agregar que la norma tiene que ser interpretada extensivamente en un doble sentido:

1. Cada uno de los criterios de discriminación señalados en el artículo 2° del Código del Trabajo (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social) deben ser leídos en clave extensiva, así por ejemplo, el criterio sexo, más allá de lo relativo al género puede hacerse cargo de las discriminaciones motivadas por la opción sexual del trabajador.
2. Los “actos discriminatorios” a lo que hace alusión expresamente la norma deben ser entendidos en forma amplia, comprensiva de la discriminación directa como de la discriminación indirecta.

Por último es menester señalar que se excluyó del objeto de este procedimiento de tutela a las discriminaciones del inciso 6° del artículo 2° del Código del Trabajo, esto es, las discriminaciones efectuadas por las vías de ofertas de empleo y, en general, quedaron excluidas las discriminaciones pre-ocupacionales, pues el ámbito de aplicación del nuevo procedimiento está referido a relaciones laborales vigentes o extinguidas.

4.7.2 Garantía de indemnidad

Consiste en el derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales. Si bien este derecho no se encuentra previsto por el texto constitucional, tiene su origen en otro derecho constitucional, como es el derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho vulnerado corresponde a la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza, como consecuencia de las actuaciones de organismos administrativos o judiciales.

Al respecto cabe formular las siguientes precisiones:

1. La garantía de indemnidad tiene alcance amplio en un doble sentido: reprime las represalias por el ejercicio de acciones judiciales y por denuncias de los trabajadores a la Inspección del Trabajo, como cuando surja de la acción de oficio de dicho organismo de fiscalización. En segundo lugar, la ley no hace distinción ni establece restricciones adicionales por lo que cabe concluir que la garantía de indemnidad actúa aún cuando la acción judicial sea interpuesta por otros sujetos de derecho en los casos en que legalmente corresponda.
2. Es una garantía clave para dar eficacia al Derecho del Trabajo y su justificación deriva no sólo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que del rol que el propio Estado ha definido para sí mismo y sus órganos.
3. Se trata de un derecho fundamental construido como una regla y no como un principio, pues fija de antemano las condiciones de aplicación de la misma, esto es, en las relaciones laborales y cuando el trabajador haya ejercido una acción judicial o se haya producido una fiscalización de la Inspección del Trabajo, el trabajador tiene derecho a no ser objeto de represalias de cualquier naturaleza. La garantía de indemnidad no debe ponderarse ni balancearse con otros derechos. De modo tal que nunca hay represalias justificadas o proporcionadas. En el caso específico sólo cabe determinar si existió o no una represalia y si ella viene conectada con el ejercicio de una

acción judicial por parte del trabajador o una acción administrativa laboral.

4.8 La conducta lesiva de derechos fundamentales y el rol de la ponderación judicial.

4.8.1 La conducta lesiva de derechos fundamentales.

La conducta lesiva de derechos fundamentales del trabajador por parte del empleador puede adoptar cualquier forma y contenido pero debe tener un resultado específico cual es restringir desproporcionadamente alguno de los derechos fundamentales protegidos del trabajador.

El profesor Ugarte Cataldo, señala que se trata de un gran avance en cuanto a técnica legislativa en la protección de los derechos fundamentales del trabajador, que deja atrás la idea de tipificar la lesión de estos derechos como un ilícito de conducta, desviando todo el debate a la descripción del tipo y no a la protección efectiva de la víctima.¹⁴⁴ Agrega que se puede describir el hecho ilícito en esta materia como la conducta del empleador que afecta o restringe en forma desproporcionada e injustificada el ejercicio de un derecho fundamental del trabajador.

Cabe señalar, que la conducta lesiva de derechos fundamentales por parte del empleador, puede provenir del ejercicio de una facultad no permitida por la ley, en cuyo caso el juez sólo debe limitarse a reprimirla jurídicamente mediante los mecanismos previstos por la ley, declarando la nulidad del acto vulneratorio y estableciendo las medidas tendientes a reparar el daño causado, en su caso. Así también, la afectación puede derivar del ejercicio de una facultad reconocida por la ley al empleador, en virtud del poder de mando, dirección o facultades organizativas o disciplinarias, reconocidas como sus derechos constitucionales de propiedad y de

¹⁴⁴ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 38.

libertad empresarial. En este último caso, el juez debe realizar una actividad previa de ponderación de los derechos constitucionales en conflicto.

Una precisión relevante, es la que cabe hacer en este punto, en lo relativo al agente de la conducta lesiva, que debe provenir necesariamente y por mandato legal, del artículo 485 del Código del Trabajo, del empleador o de quien ejerza sus facultades, por lo que no cabe dentro de este procedimiento conocer de conductas lesivas provenientes de compañeros de trabajo, esto es, que tengan su origen en una situación horizontal.

Diferente es la situación si producida la afectación horizontal, el trabajador víctima de la lesión recurre a su empleador para que tome las medidas necesarias para su adecuada protección, y en dicho caso, ante la ausencia de la protección debida, el empleador se hace responsable y se legitima como sujeto pasivo de la acción, en virtud de su conducta omisiva.

4.8.2 La ponderación judicial.

La ponderación es el método jurídico que deberá guiar al juez laboral en la decisión sobre una colisión de derechos fundamentales.

En los casos en que la conducta lesiva del empleador provenga de actuaciones ilícitas, no cabe ponderación alguna, ya que la conducta del empleador es ilícita por decisión del propio legislador, que ya ha efectuado una verdadera ponderación legal de la conducta mediante las reglas dictadas al efecto.

Si la lesión de un derecho fundamental del trabajador proviene del ejercicio lícito de las facultades reconocidas al empleador hay que distinguir. Si la conducta o posición jurídica del empleador no está adscrita a ningún derecho fundamental del empleador ni de terceros, no hay lugar a la ponderación, porque dicha conducta se sostiene en una posición jurídica del empleador que no tiene rango jerárquico suficiente para justificar restricciones a garantías constitucionales del trabajador. En

esta hipótesis la facultad del empleador cede ante los derechos de mayor rango jurídico como son los derechos constitucionales del trabajador.

Por el contrario, si la conducta del empleador se trata del ejercicio de una facultad, posición o conducta que constituyen manifestaciones del derecho de propiedad constitucionalmente protegido del empleador, su conducta que restrinja derechos fundamentales del trabajador generará una colisión de derechos fundamentales que el juez deberá dirimir mediante la técnica de la ponderación.

La ponderación consiste en la asignación por parte del aplicador del derecho de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que un principio desplaza al otro y resulta aplicable.¹⁴⁵

Esa jerarquía axiológica fijada para la resolución de un caso concreto de colisión de derechos fundamentales es móvil, es decir, el conflicto no queda resuelto de forma estable haciendo prevalecer sin más uno de los principios sobre el otro, si no que la solución del conflicto sólo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del conflicto en casos futuros.¹⁴⁶

Así como la subsunción es el método clásico para la aplicación del derecho común, la ponderación es el método propio para la resolución de conflictos entre principios constitucionales como son los derechos fundamentales.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe mencionar que la ponderación no es una actividad irracional del juez ya que se encuentra gobernada por el principio de proporcionalidad que Alexy resume en la siguiente fórmula: cuanto mayor es el

¹⁴⁵ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 69.

¹⁴⁶ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 69.

grado de la afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

En opinión tanto del profesor Luis Ugarte como del profesor Sergio Gamonal, las condicionantes puestas por el legislador en el artículo 485 del Código del Trabajo plasman en plenitud el principio de ponderación, cuya aplicación implica la realización de tres juicios o subprincipios:

1. Principio de adecuación o idoneidad: El legislador establece que la medida debe ser idónea en el sentido que debe ser apta para el fin perseguido por el empleador. De lo contrario la medida será arbitraria.¹⁴⁷ El juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar efectivamente un fin legítimo, entendido por tal un fin o interés de naturaleza constitucional.¹⁴⁸
2. Principio de Necesidad: Importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna con el derecho fundamental en cuestión. En este sentido, será necesaria y proporcionada la conducta del empleador que restringe derechos fundamentales del trabajador sólo cuando no exista un medio menos gravoso de obtener el fin perseguido.¹⁴⁹
3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto: Sólo si la restricción es considerada idónea y necesaria corresponde revisar si la medida es proporcional en sentido estricto. El límite a los derechos fundamentales debe ser racional tanto respecto del objeto de la medida como en cuanto a sus efectos. La racionalidad respecto del

¹⁴⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, op. cit. p. 45.

¹⁴⁸ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 76.

¹⁴⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 77.

objeto se vincula con el fin perseguido en el contrato de trabajo en cuanto prestación de servicios bajo subordinación que, en definitiva no puede alterar derechos fundamentales de una de las partes por el solo objetivo económico del contrato o de la actividad empresarial. La racionalidad en cuanto al objeto requiere además que no se trate de una represalia o medida persecutoria. La racionalidad en cuanto a los efectos de la medida alude a que no se afecte la esencia del derecho fundamental del trabajador. La limitación al derecho debe resultar equilibrada en relación al objetivo perseguido.¹⁵⁰

4.9 La reglas de la prueba en el procedimiento de tutela.

El difícil escenario probatorio que el trabajador debe enfrentar en las denuncias por violación o lesión de derechos fundamentales hace imperativo la reducción del esfuerzo probatorio para el trabajador en aras de una tutela efectiva de sus derechos.

Luis Ugarte señala que las razones de la rebaja en el esfuerzo probatorio son¹⁵¹:

1. El carácter manifiestamente “hundido” de las conductas lesivas de derechos fundamentales, las que se suelen encubrir en conductas aparentemente lícitas y no lesivas, lo que hace, sino imposible, muy difícil la acreditación del móvil o de la finalidad discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales.
2. El entorno probatorio hostil que enfrenta el trabajador que demanda la tutela de sus derechos fundamentales. El efecto la doctrina ha destacado que sobre la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba derivado de su acusada proximidad y

¹⁵⁰ Cabe señalar nuestra Carta Fundamental contempla respecto de las garantías constitucionales lo que la doctrina ha denominado “límite de los límites”, al establecer la seguridad que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o las que loas limiten en los casos a que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (artículo 19 N°26).

¹⁵¹ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p.41.

dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio.

4.9.1 El alivio probatorio en la tutela de derechos fundamentales del trabajador.

Consiste en facilitar la posición probatoria por la vía de aligerar el esfuerzo probatorio del trabajador denunciante, atemperando los efectos del axioma central en la materia que corresponde probar un hecho a quien lo alega (carga de la prueba formal), pero sobre todo que el costo por la falta de certeza plena en la acreditación de un hecho debe soportarlo aquel que lo afirma (carga de la prueba material).¹⁵²

Al efecto, la ley 20.087 representa un novedoso avance, estableciendo 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”* (artículo 493 del Código del Trabajo).

Con respecto a esta norma cabe hacer 3 precisiones relevantes:

1. La técnica de los indicios o alteración de la carga material de la prueba: la norma del artículo 493 del Código del Trabajo no trataría de un caso riguroso de inversión del onus probandi y en este sentido, no se altera el principio establecido en el artículo 1698 de Código Civil en virtud del cual corresponde probar un hecho al que lo alega. En estas circunstancias, la víctima no se encuentra liberado completamente de la carga de la prueba, por cuanto debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la existencia de la conducta lesiva y sólo en ese caso, cabe aplicar la norma del artículo 493 del Código del Trabajo, trasladando al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables.

¹⁵² UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 43.

De este modo, la actividad probatoria de las partes es la misma que en resto de los conflictos jurídicos laborales. En este sentido, las reglas sobre la carga formal de la prueba (quién debe probar), los medios de prueba (cómo se debe probar) y la valoración de la prueba (cuándo se da por probado) son las mismas que las previstas para el procedimiento de aplicación general.

En resumidas cuentas podemos señalar que la regla del artículo 493 del Código del Trabajo es una regla que altera o modifica, en razón de dar tutela judicial efectiva a los derechos fundamentales del trabajador, la denominada carga material de la prueba, esto es, la distribución del costo del hecho que ha quedado inciertamente determinado por los medios de prueba que han operado en la etapa probatoria del procedimiento de tutela.

Se trata de una regla legal de juicio que no opera en la etapa de presentación de la prueba, ni de la rendición o incorporación de la prueba, sino que en la etapa de construcción de la sentencia por parte del juez, esto es, en la decisión del fondo del asunto. Al respecto, el profesor Ugarte señala que en virtud del artículo 8° del Código Civil que contiene la regla de presunción del conocimiento del derecho, las partes saben o deben saber, que en el proceso de tutela, la carga material de distribución de la prueba se encuentra alterada, y que el hecho de la razonable sospecha de su ocurrencia generada por el panorama indiciario presentado por el trabajador y ante la falta de actividad probatoria por parte del empleador que lo destruya, deberá ser soportado por el demandado.¹⁵³

De esta manera, pierden validez las críticas que se han dirigido a esta norma en el sentido en que el empleador se enteraría de modo sorpresivo, sólo en la audiencia de juicio que el trabajador se piensa valer de la prueba de indicios. A contrario sensu, el demandante sabe que si fuera de este procedimiento de tutela, el hecho fundante del cual depende su demanda queda en la duda o sospecha de su

¹⁵³ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. pp. 45 – 46.

ocurrencia, deberá soportar el sacrificio probatorio respectivo, teniéndose por no acreditado el hecho principal en que se sustenta su demanda.

2. Los indicios probatorios de la conducta lesiva y la prueba del empleador: para que el denunciante se aproveche de esta ventaja procesal debe acreditar la existencia de indicios suficientes que se ha producido una vulneración de sus derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento.

La expresión indicio suficientes dice relación con hechos que de generar al menos la sospecha fundada que ha existido la lesión de derechos fundamentales. Se trata, entonces de lo que técnicamente se denomina principio de prueba. El trabajador debe aportar indicios que no prueben inmediata y directamente la conducta lesiva (como hecho principal), sino que debe probar hechos o circunstancias que logren generar en el juez laboral la sospecha razonable de que esa conducta lesiva denunciada se ha producido. En rigor, se trata de una prueba indirecta o circunstancial que se caracteriza en que no versa directamente sobre el hecho principal que se pretende probar y del que depende la decisión judicial.

Al efecto es menester precisar que la ley da a entender que se requiere una pluralidad de indicios. Compartimos la opinión del profesor Luis Ugarte que por “indicios suficientes” debe atenderse, más que un número determinado de indicios, la exigencia de una cierta calidad de los mismos, pudiendo, entonces considerarse un solo hecho como suficiente cuando su calidad y precisión probatoria lo amerite¹⁵⁴.

Frente al aporte de indicios por el trabajador, el empleador tiene la opción de explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En rigor, el objeto de la prueba del empleador no es acreditar que su conducta no tenía como dirección la lesión de los derechos fundamentales del trabajador, lo que importaría la misión imposible de probar un hecho negativo, sino que debe aportar los elementos de prueba que le permitan justificar ante el juez laboral que su

¹⁵⁴ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. p. 48.

conducta obedece a motivos razonables, destruyendo de paso la sospecha que sobre ella recae.¹⁵⁵

3. La prueba y el despido lesivo de derechos fundamentales: Una de las principales hipótesis de lesión de derechos fundamentales corresponde a la conducta que vulnere dichas garantías del trabajador se produzca con ocasión del despido, cuestión que nos sitúa dentro de una nueva categoría de despido que se ubica entre el despido injustificado y el despido nulo, cuya sanción es un recargo indemnizatorio expresamente previsto por la ley.

En estas circunstancias, cabe aplicar planamente el artículo 493 del Código del Trabajo en el sentido que el trabajador le corresponde, al menos acreditar indicios suficientes respecto a que el móvil del despido ha sido la lesión de sus derechos fundamentales inespecíficos.

En este escenario nos encontramos frente a lo que la doctrina denomina despido pluricausal que consiste en que el empleador frente al panorama indiciario de lesión de derechos fundamentales aportado por el trabajador, logra acreditar la existencia de una causal legal de término de contrato de trabajo.

En estos casos, concurren en el mismo despido dos causas distintas. En primer lugar, una causa legal que justifica el despido del trabajador desde el punto de vista de las normas previstas para la terminación en el Código del Trabajo, y una causal anticonstitucional consistente en la afcción y lesión de un derecho fundamental del trabajador desde el punto de vista de las normas de tutela laboral.

En el caso chileno la ley procesal laboral ha combinado al interior del procedimiento de tutela, en calidad de subsidiaria, la acción por despido injustificado, y por tanto, se han establecido, dos objetos probatorios distintos dentro del mismo procedimiento. En primer lugar, destruir los indicios aportados por el trabajador

¹⁵⁵ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit. pp. 47 y 48.

mediante prueba que acredite que tuvo una justificación razonable y no lesiva de derechos fundamentales, y simultáneamente, prueba que acredite que tuvo una causa legal para despedir.

En este contexto, es posible que el empleador sólo tenga éxito en una de ambas, pudiéndose dar dos situaciones distintas. En primer lugar, puede que el empleador logre destruir los indicios aportados por el trabajador pero no logre dar cuenta de la causal de término de contrato de trabajo, siendo condenado por despido injustificado; y en segundo lugar, que el empleador acredite la existencia de una causal legal de término del contrato pero no logre destruir el panorama indiciario presentado por el trabajador en cuyo caso nos encontraremos en la hipótesis de despido pluricausal.

4.10 La sentencia como acto complejo.

La llegada del procedimiento de tutela al orden procesal laboral significa, por un lado, el abandono del antiguo e inútil modelo de protección jurídica laboral de los derechos fundamentales del trabajador por la vía de la multa administrativa, y por otro lado una nueva configuración del rol del juez laboral en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en la materia.

En este sentido, a diferencia de las sentencias laborales de corte patrimonial que son, en general de tipo simple, pues sólo deben pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de las obligaciones demandadas, las sentencias dictadas sobre posibles inculcaciones de derechos fundamentales son de tipo complejo, ya que en la parte resolutive del acto procesal de sentencia deben contenerse diversos pronunciamientos de manera simultánea, porque la acción ejercida, precisamente, persigue obtener varias pretensiones relacionadas entre sí.

En primer lugar, la sentencia que se pronuncia respecto de una denuncia de derechos fundamentales, debe contener en su parte resolutive si existió o no la conducta lesiva de derechos fundamentales. En caso de considerarla inexistente, la

sentencia debe cumplir con los requisitos generales sobre las sentencias dictadas dentro de un procedimiento laboral ordinario señalados en el artículo 459 del Código del Trabajo.

El artículo 495 del Código del Trabajo dispone que en caso de acoger la denuncia y declarar existente la conducta lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, el juez debe adoptar las siguientes decisiones:

1. El cese del comportamiento antijurídico: la nulidad del acto lesivo.
2. La reparación de las consecuencias de la conducta lesiva.
3. La aplicación de las multas respectivas.
4. Calificación de la calidad del despido.

4.10.1 El cese del comportamiento antijurídico: La nulidad del acto lesivo.

En estos casos, la conducta antijurídica está constituida por la vulneración de un derecho constitucional del trabajador, por lo que su represión jurídica no puede ser por la vía de una prestación por equivalencia, como sería la imposición de una multa o el pago de una indemnización, sino que se requiere de una prestación en especie, como es la restitución íntegra en el ejercicio del derecho vulnerado.

Esta restitución supone dos cuestiones:

4.10.1.1 El cese de la conducta propiamente tal:

Corresponde a la orden judicial que va dirigida al término inmediato de la conducta lesiva en caso de que esta persista al momento de dictarse la sentencia, bajo el apercibimiento establecido en el artículo 492 del Código del Trabajo que consiste en la aplicación de una multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que se aplicará las veces que sea necesaria hasta lograr el debido cumplimiento de la medida decretada. Contra las resoluciones de apercibimiento no procederá recurso alguno. Cabe recordar que por la trascendencia y jerarquía de los derechos en juego, se requiere el cese

radical y absoluto de las conductas empresariales que el juez ha determinado que lesionan garantías fundamentales del trabajador.

4.10.1.2 La nulidad del o los actos lesivos:

El artículo 495 del Código del Trabajo dispone que el juez junto con ordenar cesar la conducta, deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada. Luis Ugarte señala que no le habría quedado otra alternativa al legislador en razón a que la vulneración se produce respecto de normas de carácter constitucional, por lo que los actos lesivos adolecen de nulidad de Derecho Público establecida en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.¹⁵⁶

Cabe señalar que ha quedado excluida de los efectos de la nulidad, la situación del despido del trabajador, que se rige por la norma especial contenida en el artículo 489 del Código del Trabajo que no sanciona el despido lesivo de derechos fundamentales con la nulidad, sino con un conjunto especial de indemnizaciones compuesta por la indemnización común por término de contrato de trabajo por decisión del empleador (artículo 163), la indemnización sustitutiva del aviso previo (artículo 162) y adicionalmente por una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

4.10.2 La reparación de las consecuencias de la conducta lesiva.

El artículo 495 del Código del Trabajo dispone que el juez debe ordenar las medidas concretas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la conducta lesiva de derechos fundamentales, incluidas las indemnizaciones que procedan.

La conducta del empleador que ha lesionado un derecho fundamental puede haber provocado perjuicios que no se solucionan con el sólo cese de la conducta del empleador, ni la nulidad de la misma, sino que requieren de medidas reparatorias que

¹⁵⁶ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op.

permitan el restablecimiento del ejercicio pleno del derecho fundamental lesionado. Dada la jerarquía del derecho lesionado, la reparación debe ser íntegra, tanto en lo referido al tipo de daño provocado como a la intensidad del mismo.

En ese sentido, la reparación de la conducta lesiva del empleador debe contemplar medidas tanto de carácter material o económico como de carácter inmaterial o jurídico propiamente tal.

La reparación material estará constituida por alguna medida que repare el daño no económico que con la conducta se le ha irrogado al sujeto desde su dimensión moral y afectiva, cuestión que dependerá del tipo de conducta y del tipo de derecho lesionado, lo que deberá ser determinado al interior del proceso respectivo.

La reparación será económica si la conducta del empleador se ha traducido en un perjuicio material para el trabajador, cuestión que deberá ser evaluada por el juez.

En el caso del despido lesivo de derechos fundamentales, la reparación se encuentra prevista y tasada en un conjunto de indemnizaciones establecidos en la ley, las que no cubren el daño moral eventualmente causado por el despido.¹⁵⁷

En este sentido, la disposición contenida en el artículo 495 del Código del Trabajo señala que el juez debe decretar las medidas reparatorias que correspondan, incluidas las indemnizaciones que procedan. En el caso del despido, esta norma se referiría, en opinión de Ugarte, a la reparación del daño moral, ya que es la única indemnización que podría proceder de forma adicional a las que ya están reguladas expresamente por la ley.

¹⁵⁷ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 90.

4.10.3 La aplicación de las multas respectivas.

La aplicación de multas ha sido relegada a un papel accesorio dentro del marco de sanciones impuestas por una lesión de derechos fundamentales.

La principal sanción que nuestro clásico Derecho del Trabajo clásico contemplaba para reprimir las conductas lesivas de los derechos de los trabajadores ha quedado como una sanción meramente accesorio.

Las razones de la pérdida de protagonismo que afecta a la multa como sanción jurídica son, en primer lugar, la gravedad del ilícito que importa la vulneración de un derecho de la máxima categoría, para lo cual es necesario que la respuesta del orden procesal laboral en el caso de la vulneración de derechos fundamentales no sea meramente simbólica, como es del caso de la multa, sino que, por el contrario, se requiere de un conjunto de sanciones que hagan efectiva la protección de dichos derechos y que disuadan efectivamente de futuras conductas lesivas.

La multa estará determinada por las normas sustantivas del Código del Trabajo, por lo tanto, para determinar su cuantía deberá estarse, en primer lugar a la existencia de una norma especial para la vulneración del derecho fundamental sobre el que versa el proceso. En el resto de los casos, donde no exista una multa especial establecida por la ley, deberá aplicarse la multa de carácter general para el incumplimiento de la legislación laboral contemplada en el artículo 506 del Código del Trabajo¹⁵⁸. En estos casos, la norma legal transgredida por la conducta lesiva de derechos fundamentales del trabajador corresponde al artículo 5° del Código del Trabajo.

¹⁵⁸ La multa corresponde a una a veinte unidades tributarias mensuales en empresas con más de 50 trabajadores, dos a cuarenta unidades tributarias mensuales con más de cincuenta trabajadores, y a tres a sesenta unidades tributarias mensuales en empresas con más de doscientos trabajadores.

4.10.4 El despido lesivo de derechos fundamentales.

Por despido lesivo de derechos fundamentales debemos entender aquel despido que se funda o se motiva en una conducta del empleador que vulnera o restringe desproporcionadamente un derecho fundamental del trabajador de aquellos protegidos por la acción de tutela.

Como ya mencionamos anteriormente, la sanción al despido lesivo de derechos fundamentales no es la nulidad, sino, la aplicación de un conjunto de indemnizaciones compuesta en primer término por la indemnización por término de contrato de trabajo del artículo 163 del Código del Trabajo; la indemnización sustitutiva del aviso previo establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo y adicionalmente una indemnización que fijará el juez de la causa, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Este último ítem indemnizatorio corresponde a una medida de sanción por la lesión del derecho fundamental amparado por la acción de tutela. En este sentido, cabe mencionar que la ley no ha fijado criterios para que el juez determine el monto de la indemnización. Ugarte¹⁵⁹, señala que para la determinación de la indemnización el juez debería atender a dos cuestiones relativas a la gravedad de la afectación del o los derechos fundamentales en juego en el caso particular: en primer lugar deberá tener en cuenta la gravedad individual que la afectación tuvo para el trabajador en cuanto se restringió un derecho fundamental del cual es titular.

En segundo lugar, el juez debería atender a la gravedad que la afectación, por tratarse de derechos con especial proyección social, ha tenido desde el punto de vista colectivo. Desde este punto de vista, agrega el autor, constituye un criterio razonable del derecho comparado el denominado “efecto desaliento” que implica atender al grado en que el despido de que se trata ha amenazado el ejercicio de los derechos fundamentales del resto o de otros trabajadores, por provocar en ellos un razonable desaliento de ejercer sus derechos constitucionales.

¹⁵⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 92.

De otro lado, Ugarte señala que la valorización económica de la lesión de derechos fundamentales, traducido a través del conjunto de indemnizaciones en comento, implica la mayor inconsistencia del procedimiento, pues el despido lesivo de derechos fundamentales sólo puede ser considerado radicalmente nulo, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español¹⁶⁰.

Sin embargo, la excepción a la nulidad representada por el despido lesivo de derechos fundamentales, admite dos contraexcepciones, desvinculadas entre sí: el despido antisindical y el despido discriminatorio grave.

En ambos casos, las consecuencias del despido nulo es la misma y se traduce en un derecho de opción del trabajador entre reintegrarse al trabajo del que había sido despedido injustamente o un haz de indemnizaciones por término de contrato de trabajo, incluida una indemnización sancionatoria.

La norma del artículo 294 del Código del Trabajo, incorporada respecto del despido antisindical, por la ley 19.759 de 2001, tiene el valor de haberse tratado de la primera recepción en la legislación laboral chilena del despido nulo por lesión de derechos fundamentales, constituyéndose como modelo para el único caso de despido nulo previsto por la ley 20.087, en circunstancias de un despido discriminatorio grave.

El proyecto original del procedimiento de tutela contemplaba en su artículo 489 que *“si la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, éste no producirá efecto alguno”*, y agregaba que *“el trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal o la indemnización prevista por la ley”*.

Al respecto cabe mencionar que no existe ninguna explicación razonable para que sólo el derecho fundamental a la no discriminación, por cierto, restringido a los términos del artículo 2 del Código del Trabajo, provoca la nulidad del despido, y la

¹⁶⁰ Sentencia Tribunal Constitucional español 38/81.

lesión a los restantes derechos fundamentales sólo genera un despido lesivo con indemnizaciones recargadas.

El profesor José Luis Ugarte señala que el fundamento a esta inconsistencia radica en el hecho que para ciertos sectores la reincorporación del trabajador atenta contra el pilar del modelo económico chileno cual es el blindamiento del derecho de propiedad del empresario que, necesariamente importa, si está dispuesto a pagar las indemnizaciones del caso, la facultad de decidir sin cuestionamientos judiciales la permanencia del trabajador en la empresa. En conclusión, afirma, que el conflicto entre derechos de propiedad versus derechos fundamentales del trabajador, la ley ha hecho una ponderación a priori mediante una regla: en materia de despido prima el derecho de propiedad del empleador¹⁶¹.

4.10.5 El despido indirecto y la autotutela.

Se trata de determinar si el trabajador puede ejercer su derecho a autodespedirse en los términos previstos en el artículo 171 del Código del Trabajo y accionar de tutela para obtener las sanciones respectivas, incluyendo la indemnización respectiva.

Siendo técnicamente el autodespido una modalidad del despido, sin importar renuncia, la respuesta debiera ser afirmativa. Es así como la ley chilena establece expresamente que de acogerse la acción de autodespido se genera como consecuencia jurídica el pago indemnizatorio respectivo de un despido injustificado.

El artículo 489 del Código del Trabajo, texto legal expreso que regula la lesión de derechos fundamentales en el momento del despido, no cierra en ningún caso la posibilidad de accionar de tutela frente a un despido indirecto. De hecho, cuando la ley habla del despido, no lo restringe a ninguna modalidad, por tanto, debemos entender que el trabajador si está legitimado para accionar de tutela en circunstancias de un autodespido.

¹⁶¹ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, p. 94.

En este sentido, debe entenderse que la expresión “con ocasión del despido”, utilizada en la ley, determina el momento en que se ha producido la lesión y no un tipo de lesión específico. Otra interpretación nos llevaría al absurdo que si el empleador lesiona los derechos fundamentales del trabajador y lo despide, recibe una sanción más grave que es la prevista en el procedimiento de tutela, y si lesiona esos mismos derechos pero no despide, sino que es el trabajador quien pone término al contrato, entonces sólo recibe la sanción propia de un despido injustificado, en circunstancias, que en ambas hipótesis ha existido lesión de derechos fundamentales con ocasión del despido.

En cualquier caso, la norma del artículo 489 del Código del Trabajo debe ser interpretada en conformidad al principio “pro homine”, que obliga a preferir el sentido interpretativo más amplio y de mayor alcance a las normas legales que tutelan derechos fundamentales.

4.11 Recurso de Protección y Procedimiento de Tutela Laboral.

Como ya lo mencionamos anteriormente, una de las dificultades que había presentado el sistema de derecho del trabajo y de la seguridad social, fue que no obstante los notorios avances normativos que se produjeron, especialmente a partir de 2001, la jurisdicción del trabajo en el cumplimiento de la función que debe cumplir desde el punto de vista de los derechos del ciudadano, era percibida como lenta y poco efectiva, y en particular en el ámbito de los derechos fundamentales en la relación laboral, la vía estándar que nuestro ordenamiento jurídico contempla para la tutela de derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución, el recurso de protección, se había mostrado absolutamente inútil para la tutela de dichos derechos en la relación laboral. José Luis Ugarte, señala como principales razones las siguientes:¹⁶²

¹⁶² UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, pp. 18 y ss.

1. La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección que se aleja de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol compensador, a favor del contratante débil. Dicha construcción produce una evidente insensibilidad de esta acción a la parte procesalmente débil del trabajador en litigios de derechos fundamentales y laborales en general.
2. El remedio judicial de carácter extraordinario que la acción de protección importa, lo hace inoperante para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, que entre otras cosas requiere, de la declaración de nulidad de los actos lesivos de dichos derechos y pago de indemnizaciones al afectado, lo que exige un procedimiento de fondo ante un juez de grado.
3. Las restricciones inherentes a la acción de protección como su tutela selectiva de los derechos constitucionales del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, que excluye uno de los derechos fundamentales más relevantes en el ámbito del trabajo como es la no discriminación laboral.
4. El evidente riesgo que el ejercicio de esta acción genera en términos de estabilidad en el empleo para el trabajador que tiene una relación laboral vigente.

Las principales diferencias entre el recurso de protección y el procedimiento de tutela laboral, nos permiten construir el siguiente paralelo:

1. En cuanto al legitimario activo.

El procedimiento de tutela restringe las personas que pueden accionar al trabajador afectado, al sindicato y a la Inspección del Trabajo, cumplidos los supuestos legales, según lo dispuesto en el artículo 486 del Código del Trabajo.

Por su parte, el recurso de protección contempla una legitimación activa amplia, señalando que el recurso puede ser interpuesto por el afectado o cualquier otra persona en su nombre.

2. En cuanto al plazo.

La acción de tutela debe interponerse dentro del plazo de sesenta días hábiles desde que se haya producido la vulneración de un derecho fundamental, suspendiéndose hasta por 90 días si el trabajador dentro de este plazo interpone un reclamo ante la Inspección del Trabajo.

En este aspecto el plazo de interposición del recurso de protección es más restringido, pues se limita a 30 días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión que ocasionen privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de las garantías constitucionales protegidas.

3. En cuanto a la admisibilidad.

La ley 20.260 vigorizó las formalidades que debe contener la denuncia, reformando el artículo 490 del Código del Trabajo, disponiendo que la denuncia debe contener la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada, acompañándose todos los antecedentes en que se fundamente, estableciéndose un plazo de cinco días para la enmienda por la omisión de algún requisito formal.

La última reforma al autoacordado que regula la tramitación del recurso de protección desformalizó el contenido formal del recurso, morigerando el control de admisibilidad del mismo.

4. El supuesto de hecho.

El supuesto de hecho para la activación del procedimiento de tutela consiste en una infracción que importe una limitación al pleno ejercicio de derechos laborales del empleador que consisten en un accionar injustificado, arbitrario o desproporcionado.

El recurso de protección se puede oponer ante una acción u omisión arbitraria o ilegal que importe privación o amenaza en el ejercicio legítimo de un derecho.

5. El Supuesto de Derecho.

El procedimiento de tutela sólo ampara los derechos contemplados y mencionados explícitamente en el artículo 485 del Código del Trabajo.

Por su parte, el recurso de protección puede oponerse contra cualquier acción u omisión arbitraria o ilegal que importe privación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos contemplados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, que contiene un catálogo bastante más amplio de derechos protegidos que el procedimiento de tutela.

6. El Procedimiento.

En opinión del profesor Franco Devillaine, el procedimiento de tutela tendría una naturaleza protectora tuitiva con etapa contradictoria disminuida¹⁶³, por cuanto se reconoce sólo a una de las partes el derecho a la acción, lo que justifica el acceso natural al juez natural, sin importar un atentado al debido proceso e infracción a la igualdad en el ejercicio de los derechos. Ello quedaría de manifiesto en los artículos 493 y 494 del Código del Trabajo.

De otro lado, el recurso de protección sería manifestación de un procedimiento cautelar general con etapa contradictoria vigorizada.

¹⁶³ DEVILLAIN G., Franco José, "Procedimiento de Tutela Laboral", op. cit., p. 12.

En conclusión, el profesor Luis Ugarte¹⁶⁴, señala que la ley 20.087 va precisamente encaminada a superar en buena medida las insuficiencias descritas respecto del recurso de protección que hicieron imposible que el recurso de protección sirviera de algo en la protección de estos derechos. En efecto, la acción de tutela protege prácticamente casi todos los derechos constitucionales del trabajador, considera su posición débil en el procedimiento propiamente tal, especialmente en la sensible cuestión de la valoración probatoria, y establece como consecuencia jurídica la nulidad de la conducta empresarial lesiva y en su defecto, el pago indemnizatorio correspondiente.

Además incorpora, por primera vez en la legislación laboral chilena un mecanismo de protección frente a las represalias empresariales por el ejercicio judicial o administrativo de derechos laborales, mediante el diseño de la garantía de indemnidad.

De este modo, y aunque el artículo 485 del Código del Trabajo consagre la incompatibilidad entre la acción de tutela y el recurso de protección por unos mismos hechos, Ugarte señala que, entendible en términos conceptuales, esta incompatibilidad es básicamente inútil, pues ningún trabajador debería utilizar la acción de protección para buscar tutela de sus derechos fundamentales, porque como muestra su historia, ha servido de poco, para su resguardo¹⁶⁵.

Por otro lado, los remedios procesales introducidos en la acción procesal para morigerar la desigualdad real de las partes convierten el procedimiento de tutela en el único camino plausible para reparar una lesión a un derecho fundamental en la relación laboral.

¹⁶⁴ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit, pp. 20 y ss.

¹⁶⁵ UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op. cit., p. 25.

4.12 Críticas al establecimiento de procedimiento de tutela.

Si bien, existe un mayoritario sector de la doctrina laboralista que apoya el establecimiento de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, también han surgido críticas y temores al desarrollo de un procedimiento de esta naturaleza en nuestro ordenamiento, críticas que apuntan a los siguientes elementos de la reforma:

4.12.1 Factibilidad de su implementación

El profesor Fernando Román¹⁶⁶, señala que la implementación de este tipo de procedimientos, que entregan cada vez más derechos a los ciudadanos, ha resultado ser irresponsable en el contexto de un país en vías de crecimiento y en crisis económica, como es el estado actual de nuestro país. Con la premisa de que en el “camino se arregla la carga” se intenta justificar la falta de infraestructura y la insuficiencia de medios, lo que menoscaba de forma irreparable la credibilidad de los jueces y los Tribunales. Señala este autor que en la Región Metropolitana, el número de jueces será insuficiente para enfrentar el caudal de demandas que se vecina.

Agrega que la limitación del tiempo de las audiencias transformará el debate en una cuestión pragmática, carente de fundamento, con avenimientos forzados, en los que el derecho sustantivo laboral pasa a ser un simple recuerdo.

4.12.2 La naturaleza del procedimiento.

El profesor Claudio Palavecino¹⁶⁷ cuestiona la configuración misma del nuevo procedimiento y la ideología que ella devela. Señala que la incorporación de este tipo de procedimiento lleva aparejada la negación del carácter esencialmente privado de

¹⁶⁶ ROMÁN DÍAZ, Fernando, El Procedimiento de Tutela en el Nuevo Proceso Laboral, Ciclos de Charla “Los Martes al Colegio”, Colegio de Abogados de Chile A.G., charla dictada el martes 5 de Mayo de 2009.

¹⁶⁷ PALAVECINO CÁCERES, Claudio, “La nueva Justicia laboral y su impacto para la empresa” Diploma “Subcontratación nueva justicia laboral y otras reformas bienio 2005-2006”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Martes 5 de junio de 2007.

la pretensión laboral y del proceso laboral mismo, en otros términos, la estatización de ambas instituciones.

De otro lado, se estaría abogando por un procedimiento que vulnera las garantías constitucionales del debido proceso, lo que daría cuenta de una tendencia a legislar en contra de la empresa. Se tutelarían los derechos del trabajador conculcando los derechos fundamentales del empresario.

El profesor Franco Devillaine agrega que al tratarse de un procedimiento tuitivo protector, como se señaló anteriormente, se reconoce sólo a una de las partes el derecho a la acción, lo que justifica el acceso natural al juez natural, sin importar un atentado al debido proceso e infracción a la igualdad en el ejercicio de los derechos¹⁶⁸.

4.12.3 El rol del Juez

Bajo la denominación técnica de “impulso procesal de oficio” se encubriría una concepción autoritaria y paternalista del proceso que priva a las partes de la dirección del mismo y se la entrega al juez. El nuevo juez laboral es infalible, todopoderoso y omnipresente. El nuevo procedimiento traería de vuelta al ya erradicado inquisidor del viejo procedimiento penal que investiga y juzga, que es juez y parte.

Una manifestación clara del papel intervencionista del juez es la posibilidad que le entrega la ley para cercenar la prueba de las partes, al facultarlo para resolver en la audiencia preparatoria sobre la pertinencia de la prueba ofrecida. Del mismo modo, en la audiencia de prueba el tribunal puede limitar la extensión o el contenido de las probanzas mientras se estén rindiendo. Señala Palavecino, que si bien estas facultades están destinadas a impedir el alargamiento inútil de los procesos, en la práctica, el uso de esta metodología conduce a la indefensión. En resumidas cuentas, el principio de celeridad justificaría en el hecho la denegación del derecho a la defensa jurídica.

¹⁶⁸ DEVILLAIN G., Franco José, “Procedimiento de Tutela Laboral”, op. cit., p. 6.

Además, violando una regla de justicia elemental se permitiría al juez sobreponer su propia voluntad a la de las partes en la determinación del objeto material del proceso. De esta manera mañosa, en palabras del profesor, se ha extendido la irrenunciabilidad de los derechos laborales incluso después de la terminación del contrato de trabajo, imponiéndose la negación de los derechos privados a favor del interés general.

4.12.4 La extensión de los legitimados activos.

La extensión de los legitimados activos más allá del propio titular de la garantía constitucional afectada hacia las organizaciones sindicales y el propio Estado, a través de la Dirección del Trabajo, derivaría en una verdadera estatización de la pretensión laboral, en el contexto que dichas entidades pueden incoar el procedimiento en forma independiente y aun en contra de la voluntad del propio trabajador afectado. Agrega, Palavecino, que si bien esta extensión de la legitimación activa no afecta directamente al debido proceso, revela, sin embargo una pulsión autoritaria enemiga del mismo.

4.12.5 Prueba

Bajo el eufemismo de carga probatoria dinámica se encubriría es incertidumbre y discrecionalidad judicial. Esta alteración del onus probandi opera al minuto del juzgamiento, lo que implicaría que el empleador se va a enterar recién al momento de leer la sentencia lo que debió haber probado. Por tanto, en opinión del Claudio Palavecino, sí se invierte el onus probandi. Agrega, además, que el empleador se verá en la situación imposible de probar hechos negativos.

4.12.6 Medida cautelar artículo 492 del Código del Trabajo.

La medida precautoria especial del artículo 492 del Código del trabajo que permite al juez de oficio o a petición de parte, sin audiencia previa del afectado ni admisión de recurso alguno de la resolución, impugnar los efectos del acto

impugnado, coloca al juez en papel de juez – empresario, puesto que puede paralizar decisiones del empleador desde la primera resolución que dicte, ordenar la reincorporación del trabajador despedido y decretar todo tipo de indemnizaciones. Concluye que la implementación de esta medida vulnera gravemente los principios de audiencia y contradicción.

4.12.7 Limitación de la defensa del empleador.

La naturaleza del procedimiento de tutela laboral importa, en opinión del profesor Devillaine, una serie de limitaciones, sobre todo en el ámbito de prueba, para el empleador, lo que se manifestaría en los siguientes aspectos¹⁶⁹:

1. Si bien, el artículo 491 del Código del Trabajo sujeta la tramitación de la tutela laboral al procedimiento de aplicación general, limita la defensa del empleador a justificar los fundamentos y proporcionalidad de la medida adoptada, mas no a controvertir el efecto vulneratorio que el denunciante le atribuye.
2. Se apreciaría una exclusión del contradictorio cautelar que, sin embargo, se produce en sede de protección a través de la evacuación de informe por parte de la Inspección del Trabajo. Lo anterior, no hace sino confirmar el carácter protector tuitivo del procedimiento.
3. La exclusión del contradictorio y limitación de la actividad procesal del empleador podría comportar la imposibilidad de acreditar un eventual conflicto de derechos constitucionales generando un desvalor grave de derechos fundamentales (artículo 19 N° 21 y 4 y 5).

¹⁶⁹ DEVILLAIN G., Franco José, "Procedimiento de Tutela Laboral", op. cit., p. 11.

4. Se podría argumentar que el Juez Laboral no sería competente para conocer de un eventual conflicto de derechos.

En nuestra opinión la base de las críticas, obedecen a una diferencia de base con respecto al concepto de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral y su carácter tuitivo y protector. Si bien, en la doctrina existe consenso en relación a las desigualdades que se provocan en el contrato de trabajo, las críticas son fruto de una concepción civilista y privada de la relación laboral, en la que cualquier intervención por palear la desigualdad real parece excesiva y atentatoria a la actividad empresarial.

No obstante, las críticas que se han formulado respecto a la implementación del procedimiento de tutela no cabe sino alabar el esfuerzo por dar reconocimiento cierto a la ciudadanía en la empresa y a la tutela efectiva de los trabajadores, que de no mediar un procedimiento con las características que le son propias al procedimiento de tutela, seguiría dejando los derechos de los trabajadores en la más impune indefensión, sin perjuicio que su establecimiento debe considerarse como un primer paso, que debe ser objeto de revisiones y correcciones según la praxis lo determine, a fin de dar plena eficacia a los derechos de los trabajadores en la relación laboral.

V JURISPRUDENCIA COMENTADA

5.1 Ideas preliminares

Como ya lo hemos señalado anteriormente, el procedimiento de tutela laboral tiene lugar cuando el empleador lesiona los derechos fundamentales de los trabajadores al aplicar las normas contenidas en el Código del Trabajo, sin una causa justificada, como represalia, consecuencia de fiscalización o acciones judiciales, de manera arbitraria o desproporcionada y cuando se desconoce el contenido esencial de la ley laboral.

En efecto, la acción de tutela protege derechos constitucionales del trabajador, considerando la posición débil del empleado en el proceso propiamente tal, especialmente en la sensible cuestión de la valoración probatoria, y establece como consecuencia jurídica la nulidad de la conducta empresarial lesiva y en su defecto el pago indemnizatorio correspondiente.

Existen ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que se pueden englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad", resultando, a partir de éste, que el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, en primer lugar, tendrá que cumplir con el "principio de la adecuación", que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto.

En segundo lugar, la conducta del empleador debe ajustarse al "principio de necesidad", según el cual la medida limitativa debe ser la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra manera de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que, en su caso, fuese menos gravosa.

La conjugación de estos subprincipios derivan en el "principio de proporcionalidad en sentido estricto", a partir del cual se determina si la limitación del

derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.¹⁷⁰

Si bien es cierto que los derechos amparados por el procedimiento de tutela laboral se encuentran enumerados de manera taxativa por el Código del Trabajo, distinto es lo que ocurre con la calificación jurídica acerca del contenido de los derechos fundamentales de los trabajadores, por cuanto la vulneración estará determinada por la sentencia que dicte el juez del Trabajo en el respectivo procedimiento judicial en que conozca los hechos constitutivos de la conducta lesiva.

De este modo, conforme se ha ido implementando el procedimiento de tutela en las distintas regiones del país, paulatinamente, se han presentado demandas de tutela de derechos fundamentales en los Juzgados de Letras del Trabajo, cuya resolución ha sido distinta, dependiendo del lugar y las circunstancias del caso concreto.^{171_172}

En estos procesos laborales el objeto será la determinación de la posible vulneración del o los derechos fundamentales del trabajador por parte del empleador en el denominado “ejercicio de sus facultades legales” y por cierto, buena parte de ellos conducirán indefectiblemente a un conflicto entre derechos fundamentales.

Por una parte, la conducta del empleador amparada en sus funciones legales como propietario, y por otra, los derechos constitucionales del trabajador como ciudadano. Esto desemboca en que dicho conflicto de derechos supone una modalidad

¹⁷⁰ La Dirección del Trabajo ha señalado que “el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y disciplina, esto es, de la facultad de dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica” (dictamen N°237, 1995)

¹⁷¹ Artículo 485 Código del Trabajo.

¹⁷² El artículo 1° transitorio de la Ley N°20.087, publicada en el D.O. 03.01.2006, señaló una vigencia diferida que va de la siguiente manera: Regiones III y XII el 31.03.2008; Regiones I, IV, V y XIV el 31.10.2008; Regiones II, VI, VII y VIII el 30.04.2009; Región Metropolitana el 31.08.2009, y regiones IX, X, XI y XV el 30.10.2009. El artículo 8° de la Ley N°20.252, publicada en el D.O. 15.02.2008, modificó el artículo 1° transitorio de la Ley N°20.087, publicada en el D.O. 03.01.2006, estableciendo esta vigencia diferida.

de aplicación del derecho distinta al modo común o tradicional -subsunción- que corresponde a la denominada ponderación¹⁷³, que ya describimos en capítulos anteriores.

La manera más ejemplificadora de señalar los criterios normativos que tienen los jueces laborales, se contienen en la parte considerativa de las sentencias que ellos han dictado.

A continuación daremos paso a compilar y comentar diversos extractos de fallos que la jurisprudencia actual ha dictado en los procedimientos de tutela laboral, utilizando como criterio clasificatorio la distinta naturaleza de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador protegidos por este procedimiento.

5.2 El derecho a la vida y a la integridad física y síquica de las personas (por actos ocurridos en la relación laboral)

Acoge tutela por vulneración de honra, dignidad e integridad psíquica

El tribunal señala que no cabe duda que el actor ha visto agredida su integridad psíquica por su propio empleador, en lo que se estima constituye una lesión grave si se tiene en cuenta la indispensable consideración que, frente a tal bien jurídico, la Constitución impone a terceros un genérico deber de abstención (no realizar conductas que lo afecten ilegítimamente). Empero, la ley especial que regula las obligaciones del empleador en la relación de trabajo, representada por la norma del artículo 184 del Código del Trabajo y las demás disposiciones que conforman las normas de seguridad en el trabajo, le imponen no una abstención, sino un mandato imperativo de desarrollar acciones concretas de aseguramiento de la vida y salud de los trabajadores. Es decir, el empleador está en posición de garante de la vida y la salud de sus trabajadores.

¹⁷³ Gamonal, S. La ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos, Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

En los hechos, la empleadora, es compelida por el orden constitucional a abstenerse de afectar el derecho y por el orden legal que regula el vínculo laboral (en lo que determina, en rigor la verdadera conducta exigible en esta esfera), a garantizarlo, desplegando actuaciones positivas que apunten a su protección eficaz. En los hechos, sin embargo, contrariando ambos mandatos, despliega una conducta gravemente lesiva del mismo.

2° JLT Santiago -17.12.2009 - Rit N°T- 24 - 2009

Ius Variandi Lesivo de la integridad física y síquica del trabajador

El Tribunal establece que en cuanto a la vulneración de la garantía constitucional contemplada en el Art. 19 N°1 de la Constitución Política de la República, esto es, “el derecho a la vida y a la integridad física y síquica” se considerara que se ha tenido por acreditado que la trabajadora fue trasladada de local, cambiada de sus funciones a funciones de menor entidad, programada en turnos nocturnos, en circunstancias que hace mas de cuatro años que no realiza dichos turnos y que por su calidad de cajero senior solo los podía realizar excepcionalmente, y que de acuerdo a las máximas de la experiencia y la lógica, dicha situación es de una entidad suficiente para producir en la afectada aflicción, humillación y pesar lo que se manifestó en licencias por estrés que presento la trabajadora.

JLT Rancagua -31.07.2009- Rit N°T- 2- 2009

Se rechaza tutela (hecho fundante no constituye vulneración de derechos fundamentales)

A sus efectos el Tribunal establece que los hechos acreditados en la causa, ocurrieron como consecuencia de que la demandada entendió que la demandante, dadas las dificultades que tenía en el desempeño de su trabajo, por su falta de conocimientos y experiencia reconoció que iba a renunciar, pero ello no era así, porque su intención era seguir trabajando, de hecho continuó haciéndolo sin interrupción, tratando de solucionar los problemas que se le presentaron y que ella misma reconoció, pero en ningún caso su intención fue renunciar.

Lo anterior tampoco es motivo para una acción de tutela como la deducida en estos autos, porque muchos serían los despidos que se encontrarían en la situación descrita, pero no por ello, el mal momento que obviamente produce un despido en las circunstancias descritas, constituye una vulneración a la integridad psíquica y de la honra de la persona que lo sufre.

A mayor abundamiento, del texto mismo de la demanda se señala que los hechos en que fundamenta su petición de vulneración de derechos fundamentales consisten en que la directora señora Lanas, en una reunión de apoderados realizada en el colegio, en presencia de los profesores y de la demandante indicó que ésta había renunciado y que asumiría sus funciones otra persona, eso fue todo, no hay ninguna otra circunstancia fáctica que motive la acción deducida en lo principal de este caso y esos hechos no pueden constituir vulneración de una garantía constitucional como las indicadas por la demandante; puesto que dichas expresiones aunque equivocadas, no pueden provocar una perturbación efectiva a su integridad física y moral, como tampoco un menoscabo a su honra, producto del descrédito que según la demandante le provocó a su persona el actuar de la directora del colegio.

Más aún, interpretar los hechos como un abuso de poder de parte de la directora, a juicio del Tribunal constituye una exageración, más bien se trata de una actuación equivocada, que debe ser resuelta a través de la acción que la ley establece para ello y que ha sido subsidiariamente interpuesta en esta causa.-Tampoco puede concluirse que la demandada con su actuar ejerció un descrédito público a la demandante, puesto que solamente se trató de su desempeño laboral, que no satisfacía a su ex empleadora y que incluso la misma demandante reconoció, en uno de los correos que le enviara, dada su falta de conocimientos, puesto que no era profesora y su falta de experiencia en la materia que tenía su cargo, todo lo cual en ningún caso significaba una actitud de descrédito en lo profesional y en lo personal como lo interpretó la demandante. Que por lo razonado, la acción de tutela deducida en autos será rechazada por el Tribunal.

JLT La Serena -31.12.2009- Rit N°T- 18- 2009

COMENTARIO

Como regla general, la obligación constitucional (art. 6º, inc. 2º, CPR) y legal-laboral (art. 5º, inc. 1º, CT) del empleador de respetar los derechos fundamentales del trabajador se traduce en una obligación negativa o de abstención: no dañar. Sin embargo, en lo que dice relación con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona o, en su traducción legal-laboral, "a la vida y salud del trabajador", la legislación exige mucho más del empleador.

En efecto, el Código del Trabajo impone al empleador no sólo aquel deber de abstención, sino además una actitud positiva, activa, de prevención y protección. La legislación coloca al empleador en una posición de garante de la vida y de la salud de los trabajadores ante los riesgos laborales e intensifica de esta manera la eficacia horizontal de la garantía constitucional al interior de la empresa.

En virtud del contrato de trabajo el empleador asumirá la obligación legal de "tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores" (art. 184, inc. 1º, CT). Y es que, como observa la doctrina comparada, el ambiente laboral es fuente de riesgo no sólo para la integridad física del trabajador, sino que tiende a afectar el derecho a la salud en su globalidad.

Y, sobre todo, son los riesgos "psicosociales" los que se configuran hoy como los principales riesgos emergentes en las nuevas formas de organización laboral, no sin olvidar como sucede en uno de los extractos que dicho ambiente efectivamente debe traducirse en tal descrédito ya que de no ser así pertenecen a aspectos propios de la relación laboral, y por lo tanto, no significa que con ello el empleador quisiese buscar afectar la integridad del trabajador.

5.3 Derecho a la intimidad y respeto a la vida privada

Rechaza tutela (hostigamientos por medio de video cámaras a personal de seguridad); Denuncia carece de sustento fáctico, pues cámaras están instaladas para la seguridad de los clientes del centro comercial y del recinto.

El Tribunal sentencia en su considerando séptimo que, en cuanto a la presunción legal establecida en el artículo del D.F.L. N° 2 de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en relación a los hechos constatados por el fiscalizador actuante de la Dirección del Trabajo, atendido el mérito de las probanzas rendidas en este juicio y de acuerdo a lo indicado precedentemente, dicha presunción ha resultado desvirtuada de manera tal que este tribunal ha adquirido la convicción en orden a que la denuncia que motivó el presente juicio, carece de sustento fáctico, toda vez que las cámaras de seguridad que existen en dependencias del establecimiento comercial Viña Schopping administrado por la sociedad denunciada, han sido instaladas con el objetivo de velar por la seguridad de los clientes de dicho establecimiento, así como también la seguridad de dicho recinto.

En consecuencia, no habiéndose acreditado los hechos que fundan la demanda de autos, tampoco no se ha evidenciado la vulneración de derechos fundamentales aparentemente vulnerados, resultando, en consecuencia, forzoso para esta sentenciadora no dar lugar a la denuncia realizada por la Dirección del Trabajo, tal como se indicará en lo resolutive del fallo.

JLT Valparaíso -05.03.2010- Rit N°T- 59- 2009

El sentenciador señala que respecto de la revisión de los casilleros, ninguna duda hay de que aquella se realizó con la autorización del propio actor, lo que se contradice abiertamente con la versión dada por éste en su demanda, de manera que estima esta juez tampoco se vulneró garantía alguna.

JLT La Serena -11.11.2009- Rit N°T- 15- 2009

COMENTARIO

La vida privada, objeto de protección de este derecho, ha sido definida como "el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo."¹⁷⁴

Además de la protección constitucional del artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, en el ámbito laboral, el legislador ampara este derecho, por una parte con una limitación de carácter general contenida en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, además establece que el empleador "deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral" (artículo 154 bis del mismo cuerpo legal) y, al consignar que la empresa usuaria "deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral." (artículo 183 del mismo código).

Sobre este punto es importante señalar a la luz de los extractos precedentemente citados, que aún cuando el trabajador considere en los hechos que se está vulnerando su derecho a la intimidad por parte del empleador al generar ciertos hechos de intromisión, estos ponderadamente se han establecido con un objetivo diverso a la afectación directa de la intimidad, como ocurre con la instalación de cámaras para la seguridad de las personas y los recintos o, en su caso se ha contado con la autorización del propio trabajador para proceder a alguna revisión de sus efectos personales. Lo cual como ya lo hemos señalado estará al criterio del juez al momento de dictaminar su fallo.

¹⁷⁴ Cea Egaña, José Luis, "Derecho Constitucional Chileno, Tomo II", Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, 2004, pág.178.

5.4 Derecho a la honra de la persona y su familia

Que en relación con la vulneración de los derechos fundamentales que denuncia el actor, quien sostiene se vulneró su derecho a la integridad física y psíquica como también su derecho a la honra, con las pruebas rendidas por las partes se concluye que efectivamente se vulneró el derecho a la honra, por lo siguiente:

a) Porque los hechos que se imputan al actor ocurrieron el 7 de junio de 2009, oportunidad en que lo normal habría sido llamar a Carabineros de inmediato atendida la gravedad de la conducta atribuida al actor y denunciar el hurto, que William Lufi dice haber presenciado. Sin embargo, esto se hace sólo dos días después, lo que no tiene sentido si ya no hay evidencia.

b) Porque si bien Juan Carlos Vidal, absolviendo posiciones y Carlos Águila, prestando testimonio han aseverado que al actor no se le retuvo, analizando la prueba en conjunto se desprende que sí se hizo, tal como lo sostienen los testigos del actor, en particular Héctor Muñoz quien vio que desde las 9 horas se le retuvo, sin permitirle que cambiara su ropa por la de trabajo y que tras un par de horas en esta situación, fue llamado Carabineros y éstos permanecieron en el lugar como hasta las 13.00 horas.

c) Porque no resulta verosímil lo expuesto por Carlos Águila cuando dice que porque no sabían qué hacer, le preguntaron a Carabineros y por eso ellos concurrieron y, tampoco lo es lo declarado por William Lufi cuando sostiene que aquél notificó al actor su despido y después llamó a Carabineros sólo para dejar constancia de que se le despedía. Situaciones que no tienen sentido por la calidad de jefes de ambos testigos y no guardan relación con la grave conducta imputada, sólo se entiende como una medida de presión ejercida en contra del trabajador.

d) Porque la circunstancia de intentar explicaciones ilógicas para justificar el llamado a Carabineros, le da más fuerza y credibilidad a lo declarado por los testigos del demandante, Jeannette Ortiz y Juan Silva, cuando señalan que pasaban por la Carnicería Santa Ana y se detuvieron porque estaba Carabineros, pudiendo escuchar

que se hablaba de que habían pillado a un ladrón y que también vieron que a Salazar lo acosaban y que no lo soltaron hasta pasadas las 13.00 horas.

e) Porque lo anterior confirma lo expuesto por el actor en su libelo, ya que se ha demostrado que fue retenido en el local impidiéndole salir mientras le acosaban y hostigaban. Se le amenazó con llamar a Carabineros y tras dos horas de retención obligada, les llamaron efectivamente.

f) Porque esta situación humillante, en presencia de sus compañeros de trabajo e incluso transeúntes, vulnera su honra y la de su familia.

g) Porque aun cuando es efectivo lo expuesto por la denunciada en cuanto el despido normal, justificado o no, en principio no violentaría los derechos fundamentales del trabajador; no lo es menos que este despido se hizo con escándalo y notoriedad, lesionando la dignidad del actor innecesariamente.

JLT Valparaíso -25.01.2010- Rit N°T- 41- 2009

Rechaza demanda de tutela por no configurarse afectación a la honra del trabajador

El tribunal estima que el empleador no ha vulnerado su derecho a la honra al despedirlo invocándole la referida causal, pues no quiso con dicha actitud, atentar o limitar el crédito o nombre que el trabajador tenía ante el resto de la sociedad, pues se limitó a despedirlo y a intentar una acción penal para acreditar y sancionar dicho hecho.

De manera alguna el empleador denostó o afectó el nombre del actor, sino que se basó en hechos que el propio actor había señalado, y actuó conforme a lo que estimó era lo más acorde a la ocurrencia de los hechos. Del tenor de la denuncia, los hechos vulneratorios se basan en el despido, y no en la interposición de la acción penal en contra del actor, y con ello no se quiso afectar más al trabajador que con la privación del trabajo, que es una facultad que tiene el empleador y que ejerció, para esta acción, legítimamente.

El sentimiento de pesar y de inseguridad que el despido le produjo al trabajador, no puede ser atribuible al empleador, pues fue el propio trabajador quien reconoció haber sacado los yogures, y por ello, se puso en esa situación, y tampoco hubo del parte del empleador una divulgación o puesta en conocimiento del público de los hechos que se suscitaron, por lo que no hubo una intención de denostarlo o desacreditarlo.

1°JLT Santiago -02.03.2010- Rit N°T- 76- 2009

COMENTARIO

La vulneración de la honra de una persona esta íntimamente ligada con el concepto de honor, el cual, tradicionalmente, se ha sostenido que tiene dos dimensiones: primero, aparece el ámbito subjetivo interno (honor), que corresponde a la estimación que el sujeto tiene de sí mismo, esto es, su autoestima comprendiendo el prestigio "profesional" del individuo, como forma destacada de "manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad", en la medida que, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, "el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal. De este modo, el honor adquiere un contenido igualitario".

En segundo lugar, aparece el ámbito objetivo externo (honra), que dice relación con la estimación o valoración social que tienen los terceros de las calidades morales de un sujeto determinado, también llamada heteroestima.

Así, se redefine el honor en dos componentes: uno de carácter estático, señalado por la exclusión de cualquier ataque a la igual dignidad de toda persona y otro dinámico, que se aplica al desarrollo en relación del sujeto, es decir, a su desenvolvimiento en la participación social, dimensión que permite adecuarse a las situaciones concretas en que el sujeto está inmerso para ponderar el bien jurídico honor en el caso.

Respecto del derecho a la honra del trabajador, se han determinado tanto por la jurisprudencia judicial como administrativa, casos concretos en los que se produce o no la vulneración de este derecho, tales como la utilización por parte de una empresa de dispositivos de detección o de revisión del personal consistente en un arco detector de metales de carácter magnético instalado en la puerta principal de acceso a la empresa, no causa un menoscabo a la dignidad y honra de los trabajadores.¹⁷⁵

En cambio, frente al uso del polígrafo, habida cuenta de lo pluriofensivo de este instrumento, se ha sostenido que "se pone en juego el derecho al respeto y a la protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, porque, sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador no sólo estaría inmiscuyéndose en las esfera más íntima de la vida del trabajador, cual es, su conciencia y su derecho a reservarse información; sino que además estaría poniendo permanentemente en tela de juicio la honra del trabajador."

Con relación a otro caso, vinculado a este derecho constitucional, se ha sostenido, con relación a la aplicación del artículo 25 del D.S. N°594 de 1999, que "no contar con servicios higiénicos en su área de trabajo, menoscaba la dignidad de la persona del trabajador, su intimidad, vida privada y honra amparados por el artículo 19 N°4 de la Constitución Política del Estado, e incluso una situación como la descrita, eventualmente daña la salud física y síquica del dependiente."

Por último, se ha sostenido que "la medida de control de aplicar un test de alcoholemia al ingreso de los trabajadores, sin estar establecida en el Reglamento de Higiene y Seguridad de la empresa, sin señalarse el mecanismo de selección y sus características, importan una medida de hecho, que queda entregada al arbitrio y discrecionalidad del empleador, sin que existan garantías de resguardo para la dignidad y honra que la Constitución asegura a todas las personas."

¹⁷⁵ Dictamen Ordinario 2210/035 de 10/06/2009, Dirección del Trabajo.

5.5 Libertad de trabajo y su protección

Rechaza tutela (libertad de trabajo)

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

JLT La Serena -08.02.2010- Rit N°T- 23- 2009

Que en cuanto a la “libertad de Trabajo”, derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N°16 de la C.P.E., debe entenderse referida, por una parte, a no forzar a un particular a la realización de una determinada labor, y por otra, a la libertad de la persona de elegir un trabajo y delimitar las condiciones del mismo, sin embargo, respecto de tal materia, solo se rindió prueba en orden a que la demandante era cambiada de modulo de trabajo, lo que la perjudicaba en cuanto desconocía el incentivo a pagar por su empleador, sin embargo, solo existe al respecto compromiso adquirido por el Gerente de la empresa en julio de 2009, a fin de revisar la situación de la demandante, sin conocerse si efectivamente se vio o no perjudicada con tal cambio.

1°JLT Santiago -06.01.2010- Rit N°T- 39- 2009

COMENTARIO

Es una garantía clave para la eficacia del Derecho del Trabajo, y en ese sentido, su justificación no sólo deriva del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, sino del rol que el propio Estado ha definido para sí mismo y sus órganos,

incluyendo a la judicatura. Así lo establece el artículo 2 del Código del Trabajo que señala: “corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios”.

A modo de ejemplo, la obligación de los trabajadores a informar, entre otras circunstancias, el hecho de participar en cualquier actividad económica externa al trabajo que desempeñan para un determinado empleador, lo que ciertamente limita la libertad de desarrollar actividades remuneradas, al someterlas a un estatuto ajeno a las mismas, que excede, por lo mismo, de los contornos del contrato de trabajo y del respeto al derecho a la libertad de trabajo, que supone reconocerle a toda persona el derecho constitucional para buscar, escoger, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficios lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley.¹⁷⁶

La libertad de trabajo en el contexto de la Constitución de 1980 aparece como un derecho autónomo y no conexo con el derecho del trabajo. Resulta, así, del todo desproporcionado que se limite a los trabajadores sujetos a un contrato el derecho que tienen como personas dotadas de ciertas aptitudes y conocimientos, a desarrollar otras actividades cubiertas por la libertad de trabajo que garantiza la Constitución.¹⁷⁷

Distinto es que dentro de la esfera o circunscripción de la labores establecidas en el contrato a un trabajador se le pueda hacer exigible el modificar un trabajo que pudiese llevar realizando por un período de tiempo prolongado, a la luz de las necesidades que tenga la empresa, lo que es posible siempre y cuando no se encuentre en disconformidad con la ley y no le afecte de manera considerable, ya que allí nos encontraríamos con la posibilidad de afectar otro derecho constitucional como

¹⁷⁶ Evans de la Cuadra, Enrique, "Los derechos constitucionales", T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986, p.216, citado por Irureta Uriarte, Pedro, en "Constitución y Orden Público Laboral

¹⁷⁷ Colección de Investigaciones Jurídicas N°9, 2006, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago, pág.49.)

es el derecho a la integridad física y psíquica, como lo hemos visto precedentemente al analizar tanto los extractos de sentencias como lo dispuesto por la doctrina.

5.6 Garantía de Indemnidad

Acoge demanda de tutela por vulneración de garantía de indemnidad

De acuerdo a lo razonado, se impone concluir que el despido corresponde a una represalia directa y coetánea a la acción de reclamo ante la autoridad administrativa que efectúa el actor. Se ejerce por parte del empresario la sanción disciplinaria capital como represión inmediata y radical al acto de reclamo del trabajador, en una acción que está explícitamente prohibida por el ordenamiento en la disposición del artículo 485, inciso tercero, norma que, incluida en el procedimiento del párrafo 6º, del Título II del Libro V del Código de l Trabajo, cautela y garantiza el derecho a accionar de los trabajadores a objeto de obtener protección de sus derechos laborales durante el iter contractual.

Las específicas potestades de punición que la ley reconoce al empleador en el marco de su poder de dirección están vedadas absolutamente para la represión singular o aleccionamiento general (que normalmente persigue este tipo de sanciones) frente al ejercicio de este derecho que busca el amparo administrativo o jurisdiccional.

Derechos (laborales, previsionales) y garantías (reclamaciones administrativas, acciones jurisdiccionales; acción para cautelar la indemnidad del trabajador frente al ejercicio de tales derechos) conforman un binomio sustantivo-adjetivo inescindible, que la reforma introducida por la ley 20.087 ha venido a perfeccionar, al crear una causa específica de protección y una acción de amparo para su resguardo

2º JLT Santiago -30.11.2009- Rit N°T- 2- 2009

Rechaza demanda de tutela por vulneración de garantía de indemnidad

El sentenciador sostiene que no se ha demostrado en manera alguna el carácter de represalia que tendría la adecuación de la carga horaria de los actores para

el segundo semestre de 2009 y correspondía a éstos hacerlo según las reglas generales.

Es más, el reclamo que los trabajadores interpusieron ante la Inspección del Trabajo son de fecha 24 y 21 de agosto de 2009, respectivamente, en tanto que los anexos de contratos para el segundo semestre de ese año y que ellos no suscribieron es de fecha 14 del mismo mes y año, por lo que mal podría ser una represalia la rebaja de horas académicas para ese semestre. Así, será rechazada la acción de tutela laboral.

JLT Valdivia -11.02.2010- Rit N°T- 27- 2009

COMENTARIO

Se trata, a diferencia del resto de los derechos protegidos por la lista del artículo 485 del Código del Trabajo que están reenviados directamente al texto constitucional, de un derecho fundamental construido como una regla, y no como un principio. En efecto, la norma en cuestión tiene la estructura propia de una regla en cuanto fija de antemano las condiciones de aplicación de la misma: en la relaciones laborales, y cuando el trabajador haya ejercido una acción judicial o se haya producido una fiscalización de la Inspección del Trabajo, el tenor es claro al establecer que el trabajador tiene el derecho a no ser objeto de represalias de cualquier naturaleza.

Dicho de otro modo, a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales estructurados como principios, la garantía de indemnidad no debe ponderarse ni balancearse con otros derechos, de modo tal, que nunca hay represalias “justificadas o proporcionadas”. En ese caso, sólo cabe determinar si existió o no una represalia, y si ella viene conectada con el ejercicio de una acción judicial por parte del trabajador o una acción administrativa.

5.7 Discriminación

Rechaza demanda de tutela por no configurarse discriminación laboral

Que con las pruebas rendidas por las partes no se ha acreditado que el motivo del despido de la actora haya sido la discriminación por padecer ella de VIH, como tampoco se ha demostrado que durante la prestación de servicios haya habido conductas discriminatorias hacia su persona.

En efecto, los testigos de las demandadas han señalado que éstas no tenían noticia alguna de que doña Ruby Cuevas portara enfermedad alguna y sólo se enteraron cuando ella entabló la reclamación ante la Inspección del Trabajo y la demanda judicial y, si bien es cierto que los testigos de la demandante hacen alusión a un incidente con otra trabajadora de Ripley, doña Susy Melo quien le habría gritado sidosa, no lo es menos que según sus dichos no presenciaron el incidente y sólo creen, imaginan, que a raíz del mismo la empresa pudo tomar conocimiento de dicha circunstancia.

JLT Valparaíso -30.11.2009- Rit N°T- 1- 2008

El Tribunal dispone que aceptar la teoría de la demandada significaría justificar que ante la exigencia de terceros ajenos a las relaciones laborales que mantiene con sus dependientes, relativa a que los mismos no tengan anotaciones en sus certificados de antecedentes, ella se encuentre en posición de exigirlo a todos sus trabajadores, sin hacer distinción alguna del cargo que desempeñan.

Que a mayor abundamiento, la anotación que tiene el actor -violencia intrafamiliar-, en ningún caso afecta su idoneidad para desarrollar una labor, es mas el propio testigo de la demandada reconoce que es un excelente profesional.

2° JLT Santiago -30.01.2010- Rit N°T- 60- 2009

COMENTARIO

Es de suma relevancia establecer con adecuada claridad las situaciones en que se encuentra presente la discriminación en la relación laboral. "La incorporación en nuestra legislación (inciso tercero, del artículo 2º, del Código del Trabajo) de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), no puede agotarse en una formulación cerrada, impidiendo su calificación de tal de otras conductas que importen desigualdad de trato y que no constituyan necesariamente los casos descritos en la enumeración legal o respecto de las cuales exista dificultades o dudas para su calificación.

Se ha sostenido por la doctrina que la noción de discriminación no puede explicarse debidamente de manera aislada, sino que ésta debe hacerse, por cierto, a través del concepto estrechamente vinculado, de igualdad. "Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de igualdad. El artículo 1º de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; y el artículo 19 Nº2 que: "La constitución asegura a todas las personas: Nº2 La igualdad ante la ley".

La noción de igualdad en nuestro sistema jurídico, particularmente en la Constitución, discurre sobre dos ejes. El primero, dice relación con la igualdad en la ley (igualdad de derechos), esto es, sobre la idea de que todas las personas son iguales ("Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", artículo 1º, inciso primero) y, por tanto, todo privilegio o exención no será tolerado ("En Chile no hay persona ni grupo privilegiado", artículo 19, Nº2, inciso segundo); y, el segundo se refiere a la igualdad ante la ley (igualdad de trato), es decir, estableciendo una prohibición dirigida a los poderes públicos, que previene que ni el legislador en la elaboración de la ley ni tampoco el juez en su aplicación pueden establecer una

desigualdad de trato normativo no razonable u objetiva ("Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias", artículo 19, N°2, inciso tercero).

En relación a este segundo eje, la noción de igualdad denota la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto las disparidades de trato que sean razonables. Todas las personas, en circunstancias similares, deben estar afectas a los mismos derechos o prohibiciones. Pero dicha definición, no dice cuando dos seres forman parte de la misma categoría esencial, ni tampoco señala cómo es necesario tratarlos, sabiendo sí que es preciso tratarlos de una manera igual y que este tratamiento igual se reserva solamente a los seres que forman parte de una misma categoría esencial.

Como sostiene Eduardo Caamaño, la discriminación es un concepto valórico determinado, que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender el porqué y la finalidad de la desigualdad. Así, la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado precisamente con características de injustificado o arbitrario.

En este sentido, podemos afirmar que ha de ponerse el acento en el efecto o resultado discriminatorio, mas no en la intención. Al adoptarse un concepto objetivo de discriminación y con el objeto de evaluar dicho resultado, resulta esencial efectuar un examen de comparación, para luego analizar las causas de la discriminación.

De esta forma, la determinación del contenido del principio de igualdad no pasará sólo por su descripción formal, sino que requerirá la consideración de cuáles serán aquellos criterios en razón de los cuales se construirán las categorías esenciales acerca de los iguales y los distintos y "si no hay ninguna razón para la permisión de un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual", sosteniéndose que "la máxima general de la igualdad establece la carga de la argumentación para los tratos desiguales".

El principio de igualdad ha de entenderse contenedor de un contenido múltiple, al comprender tres aspectos normativos: la exigencia de igualdad o de igual tratamiento a quienes están en una misma situación o categoría; la permisión de la desigualdad, vale decir, de no tratar del mismo modo a quienes se encuentran en situaciones o categorías distintas; y, finalmente, la prohibición de la discriminación, lo que supone la prohibición de tratar distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de igualdad.

Así, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles.

Según ya se ha señalado anteriormente, el principio de igualdad ante la ley es recepcionado, con individualidad propia en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a lo no discriminación. En efecto, el artículo 19 N°16, en su inciso tercero, dispone: "Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico (constitucional y legal) también reconoce, de forma autónoma y con substantividad propia pero evidentemente superpuesta al mandato general de igualdad, la noción de prohibición de discriminación, no siendo esta última una mera especificación de aquel, sino una valoración singular de la necesidad de una protección especial y reforzada de ciertas situaciones de desigualdad consideradas particularmente nocivas.

En nuestro país, se requieren avances a nivel legal y jurisprudencial, que refuercen la consagración y validez del principio de igualdad de trato y de no discriminación, asegurando un debido respeto a los derechos de todos los trabajadores y una incorporación equitativa de la mujer al trabajo.

En este sentido, es de esperar que la prohibición de toda discriminación laboral ya sea para hombres o mujeres cobre en el futuro mayor importancia práctica en el sistema jurídico laboral chileno, en virtud del nuevo alcance que esta prohibición ha adquirido con la consagración del actual texto del artículo 2 del Código del Trabajo, y que la proyecta tanto al momento anterior a la contratación como durante la vigencia de la relación laboral.¹⁷⁸

5.8 COMENTARIOS FINALES

Este compendio parte señalando la situación judicial a la que se deben enfrentar los jueces en el ámbito de lo laboral a raíz de los conflictos que se produzcan entre empleador y trabajador y que por supuesto revistan relación con los derechos fundamentales de este último.

La aplicación de la ley laboral general contenida en el Código del Trabajo, supone un conflicto para los jueces, que se configura por la existencia de dos o más reglas que pudieran resultar aplicables al caso (antinomia), lo que se traduce en la lógica de la subsunción, la cual constituye la pérdida de validez de una de las reglas jurídicas en competencia por la vía de las normas especiales para el efecto.¹⁷⁹

En el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales en cambio, cobra relevancia el concepto de la ponderación, la cual consiste en la asignación por parte del aplicador del derecho de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que un principio (considerado superior) desplaza al otro y de esta forma resulta aplicable.

¹⁷⁸ Con la reforma a la prohibición de no discriminación se han incorporado al actual ordenamiento jurídico laboral las disposiciones del ya ratificado Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, de fecha 25 de junio de 1958

¹⁷⁹ *Lex superior, lex posterior y lex specialis*. Tolonen, H. "Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política", AAVV La normatividad del derecho, Gidisa, 1997,p.71.

No obstante esta jerarquía axiológica establecida para solucionar conflictos o coalición de derechos fundamentales, no es permanente sino que es movable, dicho en otras palabras el conflicto no queda resuelto de forma estable, haciendo prevalecer sin mas uno de los dos principios sobre el otro, traduciéndose esto en que la solución del conflicto solo vale para el caso concreto y, por lo tanto es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.

Lo más complejo para el juez laboral, a la luz de los extractos recogidos, se sucede cuando se encuentra con un conflicto entre principios fundamentales -caso del conflicto entre derechos fundamentales- ya que no caben aquí las reglas de jerarquía, ni de temporalidad, ni de especialidad, ya que todos provienen de la misma fuente jerárquica que es la Constitución de la República.

Por lo tanto se decidirá dicho conflicto en dimensión del peso de los derechos, lo que trae como consecuencia que en las situaciones de conflicto o colisión, debe ser decidido por el juez en cada caso, intentando que cada principio se sacrifique por el otro en la menor medida posible, es decir mediante el principio de proporcionalidad, siendo éste la herramienta que tendrá el juez laboral para decidir los previsibles y múltiples conflictos o colisiones de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador que se ventilarán en el procedimiento de tutela.

CONCLUSIONES

Luego de todo el análisis anteriormente expuesto, pareciera que es posible afirmar que solamente un sistema de tutela efectivo, es el único que permite garantizar la vigencia y respeto de los derechos fundamentales en la relación laboral actual en nuestro país.

Las nuevas tendencias propias del derecho del Trabajo, representadas por los fenómenos de globalización, incorporación de nuevas tecnologías y la descentralización productiva, nos sitúan indefectiblemente ante un nuevo desafío: el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Frente a este escenario, en el que prima la eficiencia como eje fundamental y se impone la precarización de la relación laboral, no podemos sino afirmar que la reforma y en particular, la incorporación del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, constituye un gran avance en el cumplimiento del objetivo principal del ordenamiento jurídico procesal chileno, que es la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores.

La incorporación del procedimiento de tutela es el primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores, comenzando a derribarse el denominado “modelo cerrado de empresa”, entendido como un espacio jurídico privado, donde la acción de los derechos sólo quedaba restringida al cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público expuesto al efecto expansivo de los derechos fundamentales.

Es en esta idea donde empieza a confluir tanto la ley como la jurisprudencia judicial y es por ello que el nuevo proceso tutelar va encaminado hacia esta dirección y supera en gran parte las insuficiencias que presentaba el Recurso de Protección en el resguardo de estos derechos.

Existen dos aspectos relevantes necesarios de destacar a nuestra consideración: la garantía de indemnidad y el alivio probatorio para el trabajador. Respecto al primero, es posible afirmar que constituye una garantía clave para la eficacia del derecho laboral, y en ese sentido, su justificación no sólo deriva del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, sino del rol que el propio Estado ha definido para sí mismo y sus órganos, incluyendo la judicatura como lo dispone el artículo 2° del Código del Trabajo, el cual establece que le corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios.

En relación al segundo, permite soslayar los desequilibrios propios del escenario probatorio hostil que debe enfrentar el trabajador en el proceso, derivado según lo señalado anteriormente, del carácter oculto de las conductas lesivas y de la proximidad y dominio de las fuentes probatorias del empleador.

De este modo y para el resguardo efectivo de los derechos fundamentales, resulta necesario establecer reglas especiales sobre el esfuerzo en la prueba de dichas conductas, fundamentados en una garantía de justicia y en afrontar las dificultades probatorias, lo que lleva a crear reglas especiales de distribución de la prueba del sujeto débil-trabajador, agravándose la del empresario-demandado.

Así, este nuevo procedimiento le impone al juez un gran rol y responsabilidad, pues hoy deja de tener un rol pasivo en su actuación y discernimiento, convirtiéndose en el gran protagonista del nuevo proceso de tutela laboral, en virtud del establecimiento de sus actuaciones de oficio.

Si bien esto ha sido criticado por la postura empresarial, es un requisito necesario para equilibrar la desigualdad fáctica a la que antes estaba sometido el trabajador. El respeto y protección de las garantías constitucionales, constituye un límite no sólo para el empleador, sino también para quienes ostentan cargos de jefaturas directas, pues son quienes se relacionan día a día con éstos y genera un

cambio social relevante en el desarrollo de la relación trabajador–empleador, pues significa un nuevo trato entre ambos, marcando nuevos límites al poder del empresario.

Después de analizar la diversa jurisprudencia en materia laboral, podemos señalar que los jueces deben enfrentarse a diario, en una misma acción judicial, no sólo a materias que poseen una estructura rígida y con suficiente determinación normativa (por el Código del Trabajo o por otras disposiciones afines), que están íntimamente ligadas a la institución de la terminación del contrato de trabajo y en especial al despido mismo, sino que a su vez, a instituciones totalmente novedosas dentro del procedimiento laboral, como es la lesión de los derechos fundamentales del trabajador, sea a propósito del despido o durante la vigencia de la relación.

Esto implica una situación revestida de características de mayor complejidad para el juez, pues ya no se trata solamente de determinar los hechos que deriven en la imposición de una pena de carácter pecuniario, sino que ahora debe llegar a establecer si se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales e inclusive la reparación de las consecuencias de la conducta lesiva, lo cual implica de manera palmaria un contraste para el juez al momento de dictar su resolución.

No obstante en esta actividad jurisdiccional del ente laboral, no debemos olvidar que al ser un procedimiento especial, que vela por la cautela de derechos de reconocimiento constitucional, podría ocurrir que al tratar de atender en exceso el principio “pro operario”, pudiese derivar en una verdadera “Caja de Pandora”, dada por el abuso en la presentación de acciones tutelares por parte del trabajador, motivado por pequeños indicios que muchas veces no constituirían una conducta lesiva de derechos fundamentales al interior de la empresa, pero que sí traerían el desgaste de una actividad jurisdiccional innecesaria, así como la vulneración de derechos que la propia ley reconoce al empleador en sus facultades de dirección.

Hoy en la totalidad del territorio nacional se encuentra implementado el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y es posible advertir un enfoque de criterio general sobre las sentencias judiciales de los diversos tribunales del país.

Los jueces de letras del trabajo se encuentran capacitados profesionalmente para enfrentarse a este tipo de procedimiento especial y se puede observar a propósito de la fundamentación establecida en los considerandos de las sentencias definitivas dictadas por los respectivos juzgados, sobre todo en la aplicación del principio de ponderación y proporcionalidad, que se produce a la hora de determinar si se ha generado o no la conducta lesiva de los derechos fundamentales.

El gran desafío de los entes jurisdiccionales apunta a establecer criterios uniformes para resolver conflictos y no sólo en la primera instancia, pues como se señaló anteriormente, han dado muestras de compromiso formativo con el procedimiento especial. A su vez los jueces de alzada deben estar lo suficientemente capacitados para resolver lo suscitado en los juzgados de letras del trabajo que hayan conocido de acciones de tutela de derechos fundamentales, para que la aplicación de justicia esté conforme a las exigencias del espíritu de la reforma.

Aunque con la modificación al sistema procesal laboral se pretendió establecer un proceso especial de tutela de garantías, en el Código del Trabajo se encuentra especificado sólo como un procedimiento de aplicación general con características especiales, lo cual conlleva a minimizar lo que significa una lesión al derecho que el trabajador tiene no como trabajador, sino como ciudadano.

En esa medida el desarrollo y modificación del procedimiento, debe ir encaminada a la especialización en el tratamiento judicial de este tipo de conductas atentatorias que ocasionan una trasgresión a sus derechos. Asimismo, debería contemplarse a futuro una ampliación del catálogo de los derechos fundamentales protegidos, no debiendo circunscribirse a criterios arbitrarios determinados por el legislador, sino que se sancione toda violación a un derecho fundamental que tenga el carácter de tal consagrado en los Tratados Internacionales y en el Artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución.

Sostenemos que la protección de las garantías constitucionales en el nuevo procedimiento laboral chileno, permite la efectividad de todos los demás principios establecidos en el Código, especialmente los de preferencia y sumariedad, intrínsecos a un proceso de tutela, Además, hace efectivo el postulado de la dignidad humana en el derecho laboral, principio de principios en un Estado de Derecho, donde el ser humano es un fin en sí mismo.

En efecto, si el proceso se entiende como un escenario de debate abierto en el cual todos los participantes cuentan con las mismas oportunidades de argumentar para convencer a un tercero imparcial a la controversia, se dignifica a la persona al no ser tratada como un medio, sino como un fin.

Es por ello que el Derecho Laboral chileno se irá colocando al día con las nuevas exigencias que le impone la propia naturaleza humana del trabajador, pues con las reformas que ha experimentado hasta ahora, está siendo considerado como sujeto de derechos y no como un subordinado o ejecutante en la prestación de los servicios para los cuales ha sido contratado, reconciliándose de esta manera, con su esencia tuitiva.

Es de esperar que este rol sea efectivamente asimilado por todos los actores intervinientes en el proceso, como son el legislador, los jueces, empleadores y trabajadores, pues sólo así los derechos fundamentales estarán posicionados en el sitio que les corresponde en un Estado Democrático y de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. Código del Trabajo, Marzo 2008, Dirección del Trabajo, Boletín Oficial.
2. Leyes N°s 20.807 y 20.260.
3. Leyes N°s 19.759, 19.889, 20.005, 20.123, 20.178 , 20.238 y 20.287.
4. Albiol Montesinos, Ignacio Y Blasco Pellicer, Angel Antonio, “**Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales**”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
5. Alexy, Robert, “**Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático**”, en AAVV, Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid.
6. Aparicio Tovar, Joaquín y Rentero Jover, Jesús “**El Juez Laboral, Imparcial, pero no Neutral**”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 1997.
7. Aparicio Tovar, Joaquín, “**Empresas Ideológicas y Derechos Fundamentales del Trabajador**”, en Autoridad y Democracia en la Empresa, Trotta, Madrid, 1992.
8. Arriagada Arce, Guillermo Leonardo. “**Los derechos fundamentales y la flexibilidad en la reforma laboral**”. Concepción, Chile, 2003.
9. Baylos Grau, Antonio, “**Derecho del Trabajo: Modelo para armar**”, Madrid, 1991.
 - “**La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela efectiva**”, Revista del Colegio de Abogados de Concepción N° 5, Chile, 1998.
 - “**Por una (Re) Politización de la Figura del Despido**”, Revista de Derecho Social N° 12, Madrid, 2002.
 - “**Medios de Prueba y Derechos Fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos Derechos**”, Cuadernos de Derecho Judicial, Publicaciones Consejo general del Poder Judicial, [cd rom], Madrid, Edición 2006.
10. Bidart Campos, Germán, “**Teoría General de los Derechos Humanos**”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.
11. Blasco Pelliecer, Ángel, “**Proceso Laboral y Efectividad de la Tutela Judicial**”, Revista de Derecho Social, N° 12, Madrid, año 2000.

12. Caamaño Rojo, Eduardo, “**La Tutela Jurisdiccional del Derecho Fundamental a la no discriminación por razones de sexo. Un análisis desde la perspectiva del proyecto de reforma al procedimiento laboral**”, Anuario del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N°2, 2002 – 2003.
13. Casas Baamonde, María Emilia, “**¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?**”, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, N°1, pags. 120-140, España, 2004.
14. Cea Egaña, José Luis, “**Derecho Constitucional Chileno**”, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.
15. Celis Danzinger, Gabriel Enrique, “**Derechos Fundamentales en la Relación Laboral, Eficacia Horizontal**”, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2007.
16. Chadwick Montt, Christian, “**Las Garantías Constitucionales Inespecíficas y la Realidad Laboral, Estudio Jurisprudencial**”, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, Viña del Mar, 2004.
17. Devillaine G., Franco José, “**Procedimiento de Tutela Laboral**”, Apuntes Diplomado Reforma Laboral, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, primer semestre 2008.
18. Fernández Galiano, Antonio, “**Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho**”, Editorial CEURA, Madrid, España, 1988.
19. Ferrajoli, Luigi, “**Derecho y Garantía. La Ley del más débil**”, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
20. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, “**Derechos Fundamentales**”, Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N°3, Chile, 2004.
21. Aparicio, J. Y Baylos A., “**Autoridad y Democracia en la Empresa**”, Editorial Trotta, España, 1992.
22. Martín Valverde, Antonio, “**Contratos de Trabajo y Derechos Fundamentales**”, Revista de Derecho Social N°6, pags 11-23, España, abril-junio 1999.
23. Gamonal Contreras, Sergio, “**Los Derechos del Trabajador en la Constitución Chilena**”, Anuario del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N° 3. Homenaje a Don Patricio Novoa Fuenzalida, Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 2004.

- **“El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales”**, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2006.
 - **“Prueba Indiciaria en el Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales”**, Revista Laboral chilena, Noviembre de 2008.
24. García Martínez, Roberto, **“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Teoría general de los principios e instituciones del derecho del trabajo y de la Seguridad Social”**, 1a. ed., Buenos Aires: AD-HOC, 1998, 688 p.
 25. Goldin, A., **“Tendencias de transformación del Derecho del Trabajo”**, LexisNexis, Argentina, 2003.
 26. Goñi Sein, José Luis, **“El respeto a la esfera privada del Trabajador, un estudio sobre los límites del poder empresarial”**, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998.
 27. Guastini, Ricardo, **“La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano”**, en AAVV, Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003, p. 49.
 28. Gutiérrez Adasme, María Paz, **“Derechos Fundamentales Laborales, su Tutela en el Nuevo Procedimiento Laboral y recursos relacionados”**, Memoria, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2006.
 29. Hesse, Konrad, **“Derecho Constitucional y Derecho Privado”**, Civitas Ediciones, Madrid, 2001.
 30. Irureta Uriarte, Pedro, **“Trabajo y Derecho: Perspectivas Futuras”**, en Persona y Sociedad, VOL XVIII N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004.
 31. JLUC. **Visceralismo laboral -de corazones sangrantes y razonamientos débiles-**.2008. [en línea] <http://jluclaboral.blogspot.com/> [consulta: 05 marzo 2010]
 32. Lizama Portal, Luis, **“Derecho del Trabajo”**, LexisNexis, Chile, 2003.
 33. Lizama Portal, Luis y José Luis Ugarte Cataldo, **“Interpretación y Derechos Fundamentales en la empresa”**, Editorial Cono Sur, Chile, 1998.
 34. Marín González, Juan Carlos, **“Medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”**, Revista de Estudios Jurídicos de la Justicia, N°8, año 2006.
 35. Monereo Pérez, J. L., **“La carga de la prueba en los despidos lesivos de Derechos Fundamentales”**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

36. Muntaner Parapanda, Simon. **Según Antonio Baylos....** Sen. 2007. [en línea] <http://baylos.blogspot.com/2009/11/el-derecho-al-trabajo-crisol-de.html> [consulta : 05 enero 2010]
37. Nogueira Alcalá, Humberto, “**Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**”, Editorial Liberotecnia, Santiago, 2006.
38. Norambuena Cárdenas, Paloma, “**Principios Formativos en el Nuevo Procedimiento Laboral**”, Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santiago, 2009.
39. Ochoa Hortelano, José Luis, “**Tutela de los derechos fundamentales en el proceso laboral: Suspensión de los efectos del acto impugnado y especialidades en materia de prueba**”. Revista de gestión pública y privada, Nº 2, Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Huesca, España, 1997.
40. Palavecino Cáceres, Claudio, “**La nueva Justicia Laboral y su impacto para la empresa**”, Apunte Diploma “Subcontratación, nueva justicia laboral y otras reformas bienio 2005-2006”, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Junio de 2007.
41. Palomenque López, Manuel Carlos, “**Los Derechos Laborales en la Constitución Española**”, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- “**La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales: una sinécdoque procesal**”. Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, Nº 16, 1992.
42. Pedrajas, A. “**Despido y derechos fundamentales**”, Trotta, Madrid, 1992.
- “**Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio**”, AL. Nº 4, España, 2000.
43. Peña G., Carlos, “**Sistema Jurídico y Derechos Humanos**”, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
44. Pérez Luño, Antonio, Los Derechos Humanos, “**Estado de Derecho y Constitución**”, 7ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

45. Pla, A. **“La actual coyuntura del Derecho del Trabajo”**, en AAVV, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, MTAS, España, 2000.
46. Román Díaz, Fernando, **“El Procedimiento de Tutela en el Nuevo Proceso Laboral”**, Ciclo de Charlas “Los Martes al Colegio”, Colegio de Abogados de Chile A.G., 5 de Mayo de 2009.
47. Reyes Poblete, Miguel Ángel, **“Tensiones entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Procedimiento de Acceso a la Información Pública en Chile con la ley 20.285”**, en [<http://www.temasdederecho.cl/PDF/UAHURTADO2009.pdf>].
48. Riquelme Barrientos, Paulina, **“Limitaciones teóricas y prácticas del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales de los Trabajadores contemplado en la ley 20.087”**, Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santiago, 2009.
49. Rodríguez Manzini, Jorge, **“Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales”**, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
50. Rodríguez Piñero, Miguel, **“Derecho de Trabajo y Proceso”**, Publicaciones de la Escuela Social de Murcia, España, 1972.
51. Román de la Torre, María Dolores, **“Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales”**, Cuadernos de Derecho Judicial, Publicaciones Consejo general del Poder Judicial, [cd rom], Madrid, Edición 2006.
52. Sagardoy Bengoechea, Juan A., **“El Proceso laboral: Principios Informadores”**, Instituciones de Derecho y la Seguridad Social, Capítulo 44, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, DF, 1997.
53. San Cristóbal Villanueva, Juan Manuel, **“La tutela de los derechos fundamentales y el acoso (moral) a la luz de la actual normativa.”** Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N°. 20, 2004.
54. Sepúlveda Guajardo, Geraldine Kesia, **“Nuevo Procedimiento de Derechos Fundamentales: Protección Jurisdiccional Ley 20.087. Análisis experiencia española”**, Memoria, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santiago, 2007.
55. Tapia Guerrero, Francisco, **“Trabajo Subordinado y tutela de los Derechos Laborales”**, en AAVV La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, LexisNexis, Santiago, 2005.

- **“El Nuevo Procedimiento en el juicio del Trabajo en la ley 20087/06”**, Diplomado Reforma Procesal Laboral, Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello, Primer Semestre, año 2009.

56. Thayer William, Novoa Patricio, **“Manual de Derecho del Trabajo”**, Tomo II, Editorial Jurídica, Chile, 1989.

57. Toledo Corsi, César. **Jurisprudencia nueva justicia laboral**. Sen.2008. [en línea] <http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/> [consulta : 10 abril 2010]

58. Tudela Cambroner, Gregorio, **“En torno al proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”**. El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil, 2001.

59. Ugarte Cataldo, José Luis, **“El derecho a la intimidad y la relación laboral”**, Derecho Laboral, Tomo XLII, Uruguay, enero-marzo 2001.

- **“La subordinación jurídica: crónica de una supervivencia anunciada”**, IV Congreso regional Americano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Lima Perú, 2001.

-**“Los Derechos del Trabajo en la Constitución Chilena”**, Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N°3, Homenaje a don Patricio Novoa Fuenzalida, Sociedad Chilena de derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Santiago, 2004.

-**“Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral”**, Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, N°2, Santiago, 2006.

-**“El Nuevo Derecho del Trabajo”**, Editorial LexisNexis, Chile, 2° Edición, Febrero 2009.

-**“Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”**, Editorial Legal Publishing, Santiago 2009.

60. Valdés Dal – Re, Fernando, **“Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador”**, en Autoridad y democracia en la Empresa, Trotta, Madrid, 1992.

61. Walker Errázuriz, Francisco, **“Derecho de las Relaciones Laborales”**, Editorial Universitaria, Santiago, 2003.

-**“La subcontratación laboral, aspectos jurídicos e institucionales”**, Ponencia para XVI Jornadas nacionales de la Sociedad Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social, 2006.

62. Yáñez, S., “**La relación laboral normal: ¿desarticulación o modificación?**”, Propositiones, Sur Ediciones, Santiago, 2001.