



**ESCUELA DE GRADUADOS
MAGISTER EN DERECHO**

**La unidad del Derecho como defensa de las expectativas del
empleador en la aplicación del orden público laboral.**

**ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL
GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER**

**Alumno: Mauricio Hormazábal Valdés
Profesor: Claudio Palavecino Cáceres**

Santiago, Agosto 2011

Introducción

En las últimas décadas el empleador como principal obligado en materia laboral se ha venido enfrentando cada vez más a una mayor limitación en sus actuaciones debido a una expansión del orden público laboral. Sin embargo, tal expansión no es producto de una mayor legislación, como lo exigiría todo Estado de Derecho al configurarse una intervención pública en la actividad de los privados, más cuando en nuestra disciplina la regulación significa derechos subjetivos para un privado exigibles a otro particular, sino que tal densidad obedece a una oscura e ideológica actividad de la agencia pública Dirección del Trabajo y a una doctrina no menos ideologizada y cerrada en principios políticos y de bienestar, que en no raras ocasiones chocan con categorías dogmáticas que reflejan un diseño institucional propio de un Estado de Derecho. En el mismo sentido, nuestra jurisprudencia judicial no ha mostrado la cautela observada en otros tiempos y materias a la hora de aplicar las doctrinas de nuestros juristas laborales más connotados, pero, principalmente no ha tenido, en mi opinión, un razonamiento claro y consistente sobre tópicos tan relevantes, como es la determinación de los supuestos contractuales que admiten la aplicación del orden público laboral. De esta manera, se ha ampliado en nuestros días la posibilidad de aplicar el orden público laboral a casos tan particulares que no hacen más que desvanecer la seguridad jurídica para el empleador.

En este orden de ideas, el principal obligado del Derecho del Trabajo, sufre un dramático quiebre en sus expectativas sobre la relación laboral y en su calidad de organizador de una actividad económica, toda vez que como empleador desconoce *ex-ante* si en el caso concreto se aplica o no el orden público laboral en los contratos que celebra; desconoce el contenido del orden público laboral, ya sea por los tipos laborales que constatan los fiscalizadores laborales a lo largo del país, ya sea por el enfoque neoconstitucionalista que predomina en el Derecho del

Trabajo -donde no sólo se aplican directamente los derechos fundamentales, sino que también el paradigma del bloque de constitucionalidad otorga una densidad y rendimiento normativo insospechados a la Constitución, aumentando considerablemente las obligaciones indeterminadas del empleador en la relación laboral- o , en último término sea porque el empleador desconoce, como se aplica el orden público laboral, en tanto que el órgano fiscalizador reiteradamente viola la base de juridicidad y nuestros tribunales, en vez de realizar un control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa, acogen o rechazan pretensiones observando la constitucionalidad de la intervención, justificándose en un vacío e inocuo argumento de comisión especial que poco ayuda a la seguridad jurídica. Similar realidad se constata en los tribunales laborales cuando se pronuncian sobre reclamos de ilegalidad en el proceso sancionador administrativo, transformándose de un tribunal de derecho a un tribunal de equidad.

De esta manera, en la presente actividad formativa equivalente a tesis, pretendemos tratar de una manera práctica algunas deficiencias jurídicas actuales que tiene el orden público laboral en sus supuestos de aplicación, formas de aplicación y contenido de la aplicación, mostrando al lector que cada una de estas deficiencias se hacen más notorias según la disciplina jurídica estrechamente relacionada con el problema, evidenciándose con ello que el Derecho del Trabajo se encuentra en nuestros días con una clara falta de rigurosidad interdisciplinaria, desanclándose de las bases de nuestro Derecho general y común como así también del Estado de Derecho moderno que consagra la Carta Fundamental como base de nuestra institucionalidad. Además, tales perspectivas se abordan desde las diversas instancias que hacen del Derecho una realidad tridimensional, ley-jurisprudencia-doctrina, dejando en evidencia que los problemas apuntados del orden público laboral son sistémicos y, por ello, lamentablemente, no excepcionales o esporádicos.

La actividad formativa que se presenta busca primeramente mostrar la falta de seguridad jurídica que se observa en los tribunales en la determinación de los supuestos contractuales que admiten la aplicación del orden público laboral. En

segundo lugar, plantear un argumento jurídico laboral estable para fijar los supuestos de aplicación del orden público laboral que otorguen previsibilidad a las partes y, principalmente, al empleador, teniendo para ello presente elementos interpretativos propios del Derecho general y común. En tercer lugar, se analizará críticamente la aplicación del orden público laboral por parte de la Inspección del Trabajo, donde desde la óptica de Derecho Administrativo Sancionador se constata que existen graves violaciones a la base de juridicidad de los actos públicos y concretamente a las garantías que se tienen frente al *ius puniendi* estatal, tales como reserva legal, tipicidad y garantías de debido proceso.

Por último, realizaremos una crítica a otro fenómeno que ha venido a desvanecer las posibilidades de certeza que demanda todo empleador, nos referimos al contenido del eslogan “ciudadanía en la empresa,” donde se ha tergiversado la teoría liberal de la Constitución, contradiciendo y aplacando nuestro Estado de Derecho con categorías dogmáticas mal concebidas, que han llevado a un debilitamiento del legislador democrático y a una posición privilegiada de una superada justicia de equidad, emanada de un juez que bajo los modelos neoconstitucionalistas se le permite crear obligaciones sin fuente formal, como también desconocer la licitud de fuentes autónomas so pretexto de una eventual inconstitucionalidad o aparente ilicitud.

Así, buscamos en el presente trabajo una aproximación práctica, en el sentido de desnudar las diversas aristas reales que día a día llenan de incertidumbre al empleador y donde éste se ve expuesto a intervenciones concretas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, en la presente actividad formativa el caso práctico es “problemas actuales de certeza en la aplicación del orden público laboral para el empleador”, compuesto de tres cuestiones menores acaecidas en tres instancias diversas explicadas desde diferentes realidades dogmáticas que convergen y demuestran la interdisciplinariedad olvidada del Derecho del Trabajo.

Título preliminar: Determinación del orden público laboral

Párrafo Primero: Nociones y elementos

El presente trabajo en su conjunto busca destacar que primero que todo el Derecho del Trabajo en su vertiente de norma heterónoma constitutiva del orden público laboral es una intervención pública en una actividad económica privada desarrollada entre privados y, por ende, es la primera cuestión que deben observar los operadores jurídicos a la hora de establecer un diseño dogmático para aplicar las normas jurídicas estatales de acuerdo a un Estado de Derecho, más cuando tal intervención establece una desigualdad formal que hace excepción a la igualdad ante la ley.¹ Por lo tanto, en este apartado presentamos una aproximación al concepto de orden público y más específicamente al de orden público económico, en tanto, como ya se dijo, la norma estatal laboral interviene una actividad económica, donde el empleador busca lucrar con los servicios personales prestados por el trabajador, tornándose por naturaleza, en términos jurídicos, en una relación conflictiva y no cooperativa, como ocurre, por ejemplo, en la organización del trabajo que se da una junta de vecinos o en un centro social.² Además, compartimos lo dicho entre nosotros por Gamonal,³ en el sentido de señalar que el orden público que interviene el contrato de trabajo es especial y, por ende, debemos denominarlo orden público económico laboral, en tanto refiere una realidad jurídica diversa al genérico orden público económico.

El orden público se ha observado desde la óptica contractual como *“una limitación a la autonomía privada impuesta por el Derecho, comprensivo de los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época*

¹ Artículo 19, número 2, de la carta fundamental: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

² Irureta, P. La regulación jurídica del Trabajo dependiente. Ensayos jurídicos. Universidad Alberto Hurtado. 2007. n° 3. p. 11.

³ Gamonal, S. Introducción al Derecho del Trabajo. *Lexis-nexis*. 1998, p. 109.

determinada,"⁴ por lo tanto, contravenir el orden público deviene necesariamente en la invalidez del acto por contener objeto ilícito. Sin embargo, como hemos indicado, a nosotros nos interesa primeramente el concepto de orden público económico que configura la regulación, ya sea para efectos de aumentar o redistribuir la riqueza de manera diferente a los mercados privados, ya sea, en general, por democráticas aspiraciones, tales como el paternalismo que se deja ver en el Derecho del Trabajo.⁵

En esta línea, para Diez-Picazo *"el orden público económico está constituido por aquellas reglas que son básicas en el orden jurídico global y con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad,"*⁶. Así, el orden público económico tendría dos referencias, la ordenación de la economía impuesta desde el Estado y las restricciones de la libertad, consagrándose, esta última, como imposiciones o restricciones de la libertad de contratar. Entre nosotros José Luis Cea lo define como *"el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución."*⁷ De aquí que se desprenda un reconocimiento del concepto de orden público laboral en la Constitución, siendo relevante para nosotros mencionar dos elementos de este orden público económico laboral constitucional: la libertad de trabajo y su protección (artículo 19, número 16, de la Carta Fundamental)⁸. La primera, en tanto queda como un coto vedado al legislador laboral, el derecho de todo particular a la libre contratación y a la libre elección del trabajo. En segundo lugar, la protección del trabajo justifica las diversas intervenciones públicas en el contrato de trabajo, con el objeto de asegurar la dignidad y libertad del prestador de servicios personales.

Más arriba hemos indicado que la intervención pública laboral abarca una zona especial de la sociedad, el trabajo como actividad económica, y a su vez

⁴ Diez-Picazo, L. y Guillón, A. Sistema de Derecho Civil. Tecnos. 2002. p. 378.

⁵ Breyer, S y Steward, R. *What is Administrative Law. Administrative Law and Regulatory*. Boston. 2002. p. 13.

⁶ Diez- picazo, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Editorial Civitas. 1996. p. 43.

⁷ Cea, J. Tratado de la Constitución. Editorial Jurídica de Chile. 1988, p. 71.

⁸ Morales, J. y Zavala, J. Derecho Económico. Editorial Lexis-nexis. 2003. p.21.

declaramos que tiene consecuencias particulares, principalmente, al configurarse la norma laboral de orden público como un resultado de la potenciación de los derechos subjetivos de los ciudadanos trabajadores por el Estado. En este sentido, se explica que el Derecho del Trabajo pertenezca a la categoría de Derecho Social, donde el denominador común, para la mayoría de las normas, es su índole de orden público, puesto que aunque el orden público se refiere a la naturaleza imperativa e irrenunciable de ciertas normas, impregna instituciones del contrato de trabajo que regula la relación laboral, al igual como viene ocurriendo en las últimas décadas en otras relaciones jurídico privadas.

El orden público laboral conceptualizado por Rodríguez Manzini como *“una limitación de la autonomía de la voluntad individual, dispuesta por la ley, con mira al interés general”*⁹ debe ubicarse en un campo más limitado que el orden público general, en tanto éste no tiene como objetivo exclusivo el interés de un sector en especial, sino fundamentalmente el bien común, a diferencia del orden público laboral que tiene en vista la protección del trabajador subordinado. En este orden de ideas, la limitación de la autonomía de la voluntad en el orden público general es total, mientras que en el orden público laboral únicamente se proyecta en un sólo sentido: no se puede negociar por debajo de las pautas mínimas que fija la ley, pero sí por encima de ellas. En el primer caso la nulidad del acto es absoluta, en el segundo caso ante la violación en el orden público laboral, se produce la sustitución de la cláusula en cuestión por la disposición violada.

Por lo tanto, aunque el orden público laboral participa de la modalidad propia y fundamental del general, su campo de acción así como sus efectos son distintos, lo que permite conceptualizarlo en una categoría especial. Se constituye, por lo tanto, en una reducción de la capacidad de concertación y desarrollo del contrato laboral que, en principio, reconoce la autonomía en la voluntad de ambas partes. Reduciéndose, entonces, y no prohibiéndose, el ámbito de negociación laboral con la sanción de normas denominadas doctrinalmente de *“orden público laboral”* que limitan el negocio en determinadas materias.

⁹ Rodríguez Manzini. La negociación Colectiva. p. 25. En Gamonal, S., Introducción al Derecho del Trabajo. *Op. Cit.* p. 108.

El orden público laboral, consagrado mediante la irrenunciabilidad de los derechos plasmados en leyes laborales mientras subsista el contrato de trabajo (artículo 5º, inciso segundo, del Código del Trabajo), genera la indisponibilidad de los derechos del trabajador, oponiéndose en sus alcances a la renuncia anticipada y al negocio dispositivo de un derecho ya obtenido, concretándose con ello los beneficios resultantes de la protección laboral. En consecuencia, la determinación sobre qué derechos puede renunciarse o disponerse depende de la condición de pertenecer o no al orden público laboral que rige para todas las relaciones laborales de forma inmediata, en tanto la norma otorgue la situación más favorable por sobre otras fuentes jurídicas¹⁰, orden público que se infiere de la norma misma o emerge de su *ratio*.

Párrafo Segundo: Contenido, formas y supuestos de aplicación

El modelo estructural de las relaciones laborales que ha predominado entre nosotros es el público-individual, caracterizado porque el Estado incorpora, mediante leyes, derechos mínimos e irrenunciables que protegen al trabajador, inhibiéndose con ello el modelo privado-colectivo (línea sindicalista del Derecho del Trabajo). Se deja entonces, a la norma heterónoma toda la protección del trabajador subordinado, propio de una línea constitucional garantista del Derecho Laboral individual.¹¹ En este sentido, se vuelve imperativo aproximarse a las diversas aristas que determinan la aplicación de este orden público laboral, caracterizado por su unilateralidad destinada a proteger al trabajador subordinado. Lo anterior trae como secuela un Estado que limita y establece cargas a la libertad del empleador de manera considerable; esta libertad ha estado muy presente por parte de nuestro constituyente cuando orienta a los órganos constituidos, sin embargo, tanto la administración como la judicatura, azuzadas por una doctrina finalista y preocupada fuertemente por aspectos políticos y

¹⁰ Gamonal, S. Introducción al Derecho del Trabajo. *Op. Cit.* p. 109 y ss.

¹¹ *Ibid.* p. 108.

ámbitos propios de otras disciplinas científicas, han rehuido tal mandato constitucional.

Este protagonismo interventor del Estado en la relación laboral se manifiesta en el plano normativo, judicial y administrativo. El primero se refiere a normas reguladoras de las relaciones individuales y colectivas, que determinan el contenido del orden público laboral. El segundo, abarca la creación de órganos jurisdiccionales especializados, con un procedimiento también especial, para resolver las controversias del trabajo. Resultando entonces, fundamental determinar cuando nos enfrentamos a una controversia del trabajo, quedando, en nuestro Derecho, abiertos los supuestos de aplicación del orden público laboral, en atención a la indeterminación del concepto de subordinación o dependencia, centro imputativo del Derecho del Trabajo. Por mientras que el intervencionismo administrativo refleja el establecimiento de una administración laboral dedicada a la inspección y vigilancia del cumplimiento de las normas emanadas del mismo Estado. Se desarrolla así el Derecho administrativo laboral que determina las formas de aplicación del orden público laboral por la agencia pública Dirección del Trabajo.

Para nuestra doctrina que trabaja con la realidad jurídica que otorgan estos tres planos, las fuentes estatales del Derecho del Trabajo que conforman el orden público laboral son: la Constitución Política de la República, la ley,¹² los tratados y normas emanadas de la potestad reglamentaria que contiene la administración, por mientras que el supuesto de aplicación de tales fuentes es el contrato de trabajo, teniendo este como elemento tipificante la subordinación o dependencia.¹³ En cuanto a las formas de aplicación del orden público laboral, más allá de una antinomia aparente o real de normas, nuestra doctrina no ha realizado matices al momento de valerse de los principios del Derecho del Trabajo en la aplicación del orden público laboral y, peor aún, no distinguiendo tampoco si tal invocación interpretativa es para atribuir derechos en una controversia privada, o busca

¹² Artículo 63 de nuestra carta fundamental; Sólo son materias de ley: 4) las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral.

¹³ Rojas, I. Manual de Derecho del Trabajo. Editorial Lexis-Nexis. 2004. p. 23.

determinar una contravención al orden público laboral, distinciones que para nosotros necesariamente inhiben la plena aplicación actual de los principios del Derecho del Trabajo.

Por último, en virtud del precario desarrollo que existe entre nosotros del Derecho Administrativo Sancionador, es razonable constatar como no existe tampoco mayor desarrollo dogmático sobre la intervención sancionadora de la Inspección del Trabajo, salvo escaramuzas¹⁴ que se asemejan más a un manual para fiscalizadores laborales de la agencia reguladora, que a un intento de dar coherencia a la intervención pública en la relación privada en un Estado de Derecho.

¹⁴ Ver, entre otros; Lanata, G. contrato individual de trabajo. Legal Publishing. 2009. p. 387 y ss. Aguayo, C. y Skoknic, I. Fiscalización Laboral. PuntoLex. 2009. p. 57 y ss.

Capítulo Primero: Problemas de Derecho general y común en los supuestos de aplicación del orden público laboral. Un problema de Tribunales.

Título primero: Planteamiento del problema actual: *Los contratos civiles de prestación de servicios perdurables en el tiempo y con bajo estándar de subordinación como supuesto de aplicación del orden público laboral.*

En los últimos años la doctrina laboralista¹⁵ ha mostrado preocupación por una serie de fallos de nuestra Corte Suprema¹⁶ que resuelve controversias con pretensiones laborales, teniendo presente varios elementos que la doctrina civil históricamente ha catalogado como doctrina de los actos propios,¹⁷ principalmente, por consideraciones de buena fe.¹⁸ Ahora bien -hacemos la prevención- no es propósito de este capítulo entrar a conocer y explicar la construcción dogmática de los actos propios o si en los casos que se ha pronunciado la Corte Suprema es admisible tal categoría, pero sí lo es preguntarse desde ya por qué nuestro máximo Tribunal resuelve sin cobertura normativa laboral positiva y sin argumentación jurídico laboral una controversia que se plantea en sede laboral.

En este sentido, y para efectos de delimitar nuestro trabajo, declaramos que el problema de nuestra Corte Suprema atiende principalmente a razones de buena fe, entendida ésta como *“un arquetipo o modelo de conducta social: la lealtad en los tratos y el proceder honesto, esmerado y diligente; la fidelidad a la palabra dada, en*

¹⁵ Entre otros; Caamaño, E. Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en material laboral. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXII. 2009. Ugarte, J. Los actos propios en materia laboral o guía de cómo inventarse una doctrina. Revista Laboral Chilena. Diciembre. 2008.

¹⁶ Véase, por ejemplo, fallo CS rol 981-2005, 30 de agosto 2006; fallo CS rol 913-2000, 27 de febrero 2000; fallo CS rol 771-2005, 25 de octubre 2006; fallo CS rol 2450-2005, 20 de diciembre 2006; fallo CS rol 5687-2006, 17 de octubre 2007; fallo CS 2320-2008, 10 de junio 2008; fallo CS rol 5129-2008, 4 de noviembre 2008.

¹⁷ La doctrina de los actos propios, nacida al alero del Derecho Civil, importa que entre contratantes iguales, las conductas pasadas de una de ellas, a la luz de la buena fe, pueden generar la expectativa en la otra, legítima y amparada por el Derecho, de que no se ejercerán derechos subjetivos en contradicción con dicha conducta. Se trata, en ese sentido, como lo ha entendido buena parte de la doctrina comparada, de una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos. Ugarte, J. La subordinación en el Derecho Laboral Chileno. Legal Publishing. 2008. p. 48 [lo subrayado es nuestro]

¹⁸ Gumucio, J. y Corvera, D. Comentario a una jurisprudencia: La doctrina de los actos propios y el Derecho Laboral. Revista Laboral Chilena. N° 151. p. 72

definitiva, no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado a los demás, ni abusar de ella."¹⁹ Buena fe que ha resultado determinante a la hora de aplicar el orden público laboral, concreta y únicamente cuando se enfrenta a una relación duradera, nominalmente civil, con bajo estándar de subordinación y con conductas evidentes del pretensor que se beneficia de la aparente relación civil, por lo tanto, con pleno *conocimiento* durante el desarrollo de la relación contractual de las expectativas legítimas de las partes.

En este sentido, se ofrece una línea argumentativa laboral y una cobertura normativa jurídico laboral, que permitirá a los órganos decisores resolver conforme a Derecho y de acuerdo a categorías dogmáticas propias del Derecho del Trabajo, con el fin de responder a las exigencias necesarias que el Derecho positivo impone para el desenvolvimiento de la modernidad, pero sin excluir la justicia material, en casos tan difíciles como el planteado más arriba.

En este orden de ideas, para efectos de cumplir tal meta, es necesario reformular el principio jurídico laboral de la *primacía de la realidad* y, consecuentemente, plantear una reinterpretación del artículo octavo inciso primero del código del Trabajo, pasando desde una presunción de *laboralidad* a una presunción simplemente legal de *afectación de la voluntad*, toda vez que con ello otorgaremos un diseño jurídico laboral al intérprete y sentenciador laboral, que debe decidir de acuerdo a Derecho si en estos casos difíciles se aplica o no el orden público laboral. Con todo, hacemos explícito que en todo momento tendremos en vista el caso de una relación regulada formalmente por un contrato civil con indicios de subordinación, excluyendo del estudio los casos donde la relación contractual se encuentra regulada por un contrato de trabajo o cuando la relación contractual no se encuentra regulada formalmente, toda vez que en estos dos últimos casos la aplicación tradicional de los indicios de subordinación resuelven correcta y lícitamente el problema, diferente al primer supuesto donde el querer declarado obliga a un necesario matiz como ya lo veremos.

¹⁹ Larenz, K. Derecho de Obligaciones. Editorial revista de Derecho Privado. Madrid. p. 50 [la cursiva es nuestra]

Título segundo: Naturaleza jurídica del principio de primacía de la realidad

Párrafo 1.-Enfoque tradicional del principio: *La práctica por sobre las formalidades*

La doctrina laboral, fuertemente acogida por nuestra jurisprudencia²⁰, sostiene que el principio en estudio evidencia que en materia laboral ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales. “El significado de este principio es la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias. En materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos, formularios e instrumentos de control”.²¹ “Demostrados los hechos, no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades.”²²

Con lo anterior, pareciera entonces, que el principio en estudio únicamente fortalece la relación que existe entre Derecho y realidad, esto es aquello que queda resumido con el viejo adagio que “las cosas son lo que son y no lo que dicen ser”²³ producto del poder de formalización e imposición de una de las partes en esta área del Derecho, no constituyéndose, como un principio exclusivo del Derecho del Trabajo.

Párrafo 2.-Reformulación del principio: *Las circunstancias por sobre los principios abstractos de igual libertad de voluntad que inspiran al Derecho Privado moderno*

Comenzaremos diciendo como lo establece nuestra carta fundamental que en principio todos los hombres son libres, por lo tanto, merecen igual trato, idea

²⁰ A título de ejemplo citamos el ya clásico fallo CS rol 21950, 16 de marzo 1987; “ Entre los principios imperantes en materia de Derecho del Trabajo, y que sirven de inspiración al Derecho positivo en esta rama, se encuentra el de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (los Principios del Derecho del Trabajo. Américo Plá R.)”

²¹ Plá, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Desalma. Buenos Aires. 3ª ed. 1998. p. 313.

²² Gamonal, Sergio. Introducción al Derecho del Trabajo. Editorial jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile. 1998. p.175.

²³ La relación que existe entre Derecho y realidad, se puede comprender al observar que el Derecho es de esas cosas que pertenecen al mundo de la cultura, por ende tiene substrato real, pero su ser peculiar, su esencia, consiste en que poseen una significación constitutivo de expresiones humanas. (Luis Recasens Siches. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1996. p.25)

que supone un desarrollo pleno de la concepción de igualdad formal, estructurándose el Derecho bajo la idea que *“el individuo sólo puede existir socialmente como personalidad cuando le sea reconocida por los demás no sólo su esfera de la personalidad y de la propiedad, sino cuando, además, pueda en principio reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales y, en tanto con ello quede afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concierto libremente establecido.”*²⁴ De esta manera al ponerse de manifiesto *“en el contrato la voluntad de ambos contratantes existe cierta garantía en el sentido de que lo que las partes han establecido como vinculante para ellas no es una pura arbitrariedad, sino que algo contemplado en su conjunto, es razonable y justo.”*²⁵

Esta concepción exige que el derecho privado sea regido por principios como la iniciativa privada y la libertad económica, los cuales otorgan un sitial especialmente relevante a la autonomía privada, entendida esta para efectos jurídicos *“como el poder o facultad de los individuos para crear actos jurídicos o someterse a un estatuto legal o particular, si lo desean de esta forma, y regular los efectos del acto jurídico o someterse a un estatuto preexistente.”*²⁶

Sin embargo, el principio de primacía de la realidad que responde a una concepción de justicia social,²⁷ nos permite observar que los seres humanos están enfrentados a circunstancias muy dispares que afectan la libertad de contratación y, por ende, que el paradigma de la igual libertad de voluntad que satisface el estándar de justicia en la modernidad no es real,²⁸ al menos así lo ha establecido el legislador en materia laboral. De esta manera, el principio en estudio se induce de la gran mayoría de las instituciones que forman el Derecho del Trabajo individual, en las cuales se plasma una desigualdad formal, en tanto esas instituciones reconocen que la voluntad de las personas contratantes se ve afectada por las

²⁴ Larenz, K. *Derecho de obligación*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958. p.65.

²⁵ *Ídem*. p. 65. (Interesante resulta observar cuando este autor en igual lugar indica que “al ponerse ambas partes, por propia y libre voluntad, de acuerdo sobre determinadas prestaciones y obligaciones resultará que ninguna depende del arbitrio de la otra y **ambas están en situación de velar así por su propio interés**”. [la negrita es nuestra.]

²⁶ Barcia, R. *La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación, en Chile*. Cuadernos de análisis jurídicos. colección de Derecho Privado III. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago. 2006. p.172.

²⁷ Lo sostenido se induce de la fundamentación del principio de primacía de la realidad. Así, por ejemplo, Plá tiene entre los fundamentos la desigualdad económica y cultural de las partes. Pla, A. op. Cit. p. 335. Entre nosotros, Gamonal. *Op. Cit.* p 176.

²⁸ Cómo lo afirma Kant a la hora de explicar el concepto de libertad; las personas determinan su arbitrio con independencia de todos los condicionamientos empíricos (de lo sensible en general), lo que demuestra en las personas una voluntad pura. A pesar de lo anterior, Kant reconoce que nuestro arbitrio es afectado por la experiencia sensible, pero que lo determinante no es esta experiencia sino que las leyes prácticas incondicionadas, los imperativos categóricos. I. Kant. *La Metafísica de las costumbres*. Editorial Tecnos. 2005. p. 26 y ss.

circunstancias donde manifiestan su voluntad de contratación, obligando a un trato desigual, toda vez que es una máxima de justicia tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales para evitar odiosos privilegios.

Antes de seguir debemos detenernos brevemente para fijar nociones respecto de libertad contractual y orden público, sin embargo, respecto de esto último téngase presente lo dicho en el título preliminar de este trabajo, en tanto que sobre estas bases jurídicas se plantea el problema que se viene describiendo. De esta manera, en cuanto a la libertad contractual, los elementos que integran la autonomía privada son: La libertad para contratar y la libertad contractual, en virtud de esta última -que es relevante para efectos de este capítulo- *“las partes fijan el contenido y los efectos del contrato, poniéndose de manifiesto la función normativa del contrato, como creación de derecho objetivo. Sin perjuicio de ello las partes están limitadas por el ordenamiento jurídico e, incluso, por su propia voluntad, que puede estar vinculada por actos o contratos anteriores.”*²⁹

Ahora bien, el principio en estudio observa la realidad de las circunstancias materiales y como ellas repercuten en la libertad de la voluntad, permitiendo conocer cuando se está en una situación desigual que autorice el trato formalmente desigual, propio del Derecho del Trabajo. Derecho que regula el acto del trabajador que permite salir de la contingencia de precariedad en la que se situaba por no trabajar o del riesgo que lo afectaría si no trabajara, otorgando primacía a esta realidad por sobre los principios abstractos de libertad e igualdad de trato que inspiran al Derecho Privado moderno.

El principio de primacía de la realidad, al exigir observar la situación material en la que se encuentran las partes contratantes, evita los privilegios y asegura la equidad en el ordenamiento jurídico,³⁰ toda vez que la equidad nos permite corregir una injusticia emanada de la aplicación rígida de una regla o

²⁹ Barcia, R. *La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile*. op. Cit. p. 173.

³⁰ “Mediante las conocidas características de la generalidad y de la abstracción, una ley, cualquiera que sea, asegura únicamente una primera forma de igualdad, la formal, entendida como tratamiento equitativo de quienes pertenecen al mismo rango. No por casualidad el principio general que prescribe el trato igual para los iguales (y el desigual para los desiguales) se llama regla de justicia.” Bobbio, N. Norberto Bobbio: el filósofo y la política (antología). Editorial Fondo de la cultura económica. 1996. p. 207.

principio, cómo es el artículo 1560 del Código Civil,³¹ según lo veremos más adelante, o el derecho fundamental de igualdad ante la ley y, en segundo lugar, evita los privilegios al descubrir si existe o no desigualdad real, debido a que el ordenamiento, al tratar igual a los desiguales, beneficiaría a la parte que no está afectada por las circunstancias de precariedad al momento de manifestar su voluntad. De otra parte, el principio en estudio trae como consecuencia no beneficiar a una de las partes con la normativa laboral, cuando estas son igualmente libres jurídicamente –estándar legislador democrático- al momento que han expresado su voluntad de obligarse.³²

A mayor abundamiento, hoy en día la base del sistema económico es el intercambio o la conmutatividad del ordenamiento jurídico, fundado en el llamado principio de equilibrio de las prestaciones, el cual manifiesta “la misión social” del Derecho Privado cuando vela por el equilibrio de las prestaciones, esto era constatado por Larenz cuando indicaba que el Derecho Privado debía establecer condiciones y dictar normas que hagan posible un equilibrio razonable de las fuerzas sociales y de los intereses de un grupo humano y tomen en consideración la necesidad de protección de los económicamente débiles.³³

³¹ “Contra la opinión de la mayoría, compartimos con BARCIA cuando sostiene que el artículo 1560 del CC parece inclinarse por la interpretación objetiva del contrato al preceptuar; *conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”, a pesar de recepcionar nuestro Código Civil un sistema de interpretación contractual subjetivo. Así de ser claro el tenor del contrato y no existir antecedentes de peso, que den a entender que existe un consentimiento contrario, **el juez debe abstenerse de interpretar**, en virtud del brocardo *in claris non fit interpretatio*, asegurándose a su vez el respeto a la autonomía de la voluntad por parte de un tercero intérprete. Con todo, se presentan dos posiciones dentro de las doctrinas subjetivistas de interpretación. La primera señala que no se puede desatender lo escrito si es claro y la segunda, en cambio, sostiene que se puede desatender lo declarado aunque sea claro, pero sólo si aparece una intención **claramente en otro sentido**. Siendo esta última la que debería primar entre nosotros cómo se desprende de la nota dejada por Bello en el artículo 1560 “en los contratos, es de regla atenerse a la letra **en lo que no pugna manifiestamente** con la conocida intención de los contratantes.” (En material de clases Rodrigo Barcia L. Curso Efectos de los contratos. Magíster en Derecho. Universidad de Chile. 2008).

³² Asunto que acontece con la interpretación pacífica en nuestra doctrina sobre el artículo octavo, inciso primero, del Código de Trabajo, que exige para la aplicación del orden público laboral únicamente el elemento de subordinación o dependencia en la relación contractual.

³³ Larenz, K. *Op. cit.* p.14.

Título tercero.- Sentido y alcance del artículo octavo del código del trabajo

Párrafo 1.- Presunción de laboralidad

Por mientras que de la redacción del artículo séptimo del código del ramo se puede observar cuales son los elementos esenciales del contrato de trabajo,³⁴ en el artículo siguiente, inciso primero, se nos indica expresamente que la concurrencia copulativa de tales elementos hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.³⁵ Ahora bien, extrañeza nos genera que el legislador realice esta declaración, toda vez que parece de toda lógica y conocimiento del Derecho que en un contrato en el cual concurren sus elementos esenciales inmediatamente se configura el tipo contractual. Dicho de otra forma, sería absurdo que en un contrato de compraventa existan sus elementos esenciales y no se configure una compraventa.

Por lo tanto, y basados en la regla de hermenéutica legal del legislador perfecto, sostenemos que en el artículo octavo, inciso primero, nos enfrentamos realmente a una presunción de afectación de libertad para contratar, que produce como efectos excepcionar la regla de hermenéutica de los contratos radicada en el artículo 1560 del Derecho general y común,³⁶ precisamente para otorgar elementos al intérprete decisor cuando se enfrente principalmente a los casos difíciles planteados más arriba, a saber: una relación contractual perdurable con bajo

³⁴ Artículo séptimo Código del Trabajo: “*Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada*”

³⁵ Artículo octavo Código del Trabajo: “*Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia del contrato de trabajo...*”

³⁶ El artículo 1560 del Código Civil impide que el juez pueda interpretar contra la voluntad declarada y clara de las partes, limitando la interpretación a la voluntad claramente conocida de los contratantes, por lo tanto, si el juez entra a interpretar una cláusula clara y precisa atribuyendo un sentido diverso viola el artículo 1560 CC. cuando señala “*conocida claramente la intención de los contratantes*”, toda vez que cuando es claro el tenor del contrato y no existen antecedentes de peso, que den a entender que existe un consentimiento contrario, el juez debe abstenerse de interpretar. De esta manera, pareciera que el tenor literal del artículo en cuestión establece una interpretación objetiva limitada de los contratos que obliga a observar la voluntad declarada si esta es clara, en el contexto de los sistemas de interpretación subjetivos decimonónicos.

estándar de subordinación, pero formalizada bajo un tipo civil, donde el pretensor conocía las expectativas de la contraria y ejercía sus derechos civiles subjetivos.

De esta manera, sostenemos, desde una perspectiva tradicional, que sin la existencia del artículo octavo, el intérprete llamado a pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual que plantea la controversia, debiera estarse a los hechos reveladores de la intención de las partes y observar si de ellos se desprenden los elementos esenciales del contrato según prescribe el mismo artículo 1560 del Código Civil, por lo tanto, en silencio de la normativa laboral sobre el respecto se llegaría a idénticos resultados que los otorgados por la doctrina al artículo en cuestión, no siendo necesario tal precepto.³⁷

Párrafo 2.- Presunción de afectación de libertad jurídica mínima para contratar con igual libertad. Consecuencias para el problema que se plantea: *excepción a las reglas generales de hermenéutica contractual y aparente matiz al principio de buena fe.*

La realidad como reveladora de la intención de las partes es importante para conocer el verdadero acto que se constituyó con la declaración de la voluntad y, de esa manera, salir muchas veces del error en que se encontraba el actor o las partes, por ello, este examen opera sobre la faz cognitiva de la voluntad, como muchas veces lo evidenciamos en la denominación errónea que se da al contrato. Sin embargo, el principio de primacía de la realidad opera sobre el elemento volitivo del acto, porque permite superar el querer aparente y declarado de las partes celebrantes del contrato de trabajo, en atención a la afectación que produce en su libre arbitrio las circunstancias materiales, incluso, conociendo el afectado, gravemente por las circunstancias, la naturaleza jurídica real del contrato celebrado.

Por lo tanto, el artículo octavo que cristaliza el principio de primacía de la realidad³⁸, permite indagar y declarar al intérprete de una relación contractual, cuando una de las partes tiene una libertad extremadamente disminuida por las

³⁷ Parte de la doctrina ya ha visualizado que “*Dicha norma (artículo 8º) no hace sino que reforzar la idea del artículo citado (artículo 7º) en el sentido de que verificado los elementos de una relación laboral, debe entenderse, no presumirse, la existencia de un contrato de trabajo.*” Ugarte, J. El nuevo Derecho del Trabajo. Editorial Universitaria. 2007. p 62. [paréntesis y negrita nuestra]

³⁸ Por todos, Irene Rojas Miño. *Op. cit.* p. 23.

circunstancias materiales que lo afectan -incluso cuando las partes del contrato en el cual se evidencian los elementos esenciales del contrato de trabajo declaran que han consentido en celebrar un contrato distinto- que igualmente será un contrato de trabajo.

En este orden de ideas, salta a la vista la importancia y efectos del artículo octavo inciso primero, toda vez que se constituye en una excepción al artículo 1560 del Código Civil,³⁹ el cual obliga al intérprete estarse en una relación entre privados a la intención que declaran las partes, puesto que las partes al estar en una igual libertad para contratar, declararán, si no están en un error, estar celebrando el contrato que su libre arbitrio quiere. En otras palabras, el artículo 1560 nos dice que la intención que declaran las partes es efectivamente lo que quieren y a la cual debemos estarnos para no violar el principio de la autonomía de la voluntad,⁴⁰ salvo que exista un vicio de la voluntad o, derechamente, una voluntad fuertemente constreñida por las circunstancias materiales como acontece y autoriza el Derecho del Trabajo a través del principio de primacía de la realidad regulado en el artículo octavo en comento.

De esta manera, se desprende razonablemente que el querer declarado por el prestador de servicios personales no forma necesariamente expectativas confiables en su contraparte, en tanto sabe este último que lo declarado se encuentra afectado por las circunstancias materiales donde se desenvuelve la voluntad.

No es admisible la recepción de la doctrina de los actos propios para proteger al que contrató los servicios personales,⁴¹ toda vez que sus expectativas,

³⁹ Para Barcia el artículo 1560 establece una restricción consistente en **impedir que el juez pueda interpretar contra la voluntad declarada y clara de las partes** (Barcia, R., Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, capítulo teoría e interpretación del contrato). En igual sentido, López Santa María sostiene que el código civil **limita la interpretación, contra lo expresamente declarado, a la voluntad claramente conocida de los contratantes**. (López Santa María, J., Los contratos, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 312.)

⁴⁰ El proceso de interpretación del contrato más allá de la interpretación de los hechos, contiene una operación de Derecho, resaltando en esta la calificación jurídica del mismo, donde una ilícita actuación del Tribunal permite la admisibilidad del recurso de casación, ya sea por la errada calificación jurídica de un contrato, ya sea por la desnaturalización de una cláusula clara y precisa. Asunto este último que ocurriría en nuestro caso cuando el Tribunal determinara que existe un contrato de trabajo. Sin embargo, el artículo octavo inciso primero excluye la regla de orden público contenida en el artículo 1560 del código civil que prohíbe al Tribunal interpretar frente a declaraciones claras.

⁴¹ Además de compartir los argumentos jurídicos formales para la improcedencia de la doctrina de los actos propios en el Derecho del Trabajo para justificar la exclusión del orden público laboral, esto es; *“Para que opere el acto propio como límite del derecho subjetivo de una de las partes es imprescindible que la conducta anterior que ha generado la expectativa legítima de mantenerse, sea eficaz jurídicamente hablando.”* Ugarte, J. La subordinación en el Derecho Laboral Chileno. *Op. cit.* p. 48.

respecto de la relación jurídica, no se determinan en principio si hay subordinación por lo declarado por el prestador de servicios personales, al existir una razonable voluntad afectada por las circunstancias socio-económicas, salvo que este pruebe que desconocía la afectación de la voluntad, lo cual es improcedente si sabe –a menos que se acoja excepción de error esencial- que existen indicios de subordinación,⁴² elemento que hace presumir la afectación de la voluntad, pudiéndose probar aún, que aunque éste sepa que existe subordinación, la voluntad declarada no estaba afectada por las circunstancias económicas. Aconteciendo, entonces, que la buena fe del acreedor de servicios personales no se afecta por no decidir en atención a los puros elementos declarados o actuados, toda vez que, por regla general, de buena fe él conocía su calidad de empleador.⁴³

Lo anterior, además está en plena coherencia con el pilar de la seguridad jurídica, toda vez que en *“el mundo de los negocios jurídicos, merece protección la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica: que quien de buena fe realiza un negocio jurídico fundado en la confianza razonable que objetivamente le suscita una situación de apariencia creada o mantenida por otra persona, debe ser protegido aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho de otro.”*⁴⁴

Por consiguiente, el artículo octavo, inciso primero, del Código del Trabajo, viene a señalar que al existir el elemento de subordinación o dependencia,⁴⁵ -que nos demuestra, por regla general, la desigual libertad para contratar de las partes- el “querer” del afectado por las circunstancias está constreñido, hasta tal punto que no puede considerarse su declaración y actos de que no está celebrando un contrato de trabajo.

⁴² Siguiendo a Palomeque López, habrá subordinación si el que trabaja no organiza su trabajo, sino que lo presta bajo órdenes de otro, que tiene el poder de especificar el contenido y las cualidades del trabajo y orientar hacia un resultado la actividad. Palomeque, M. Derecho del Trabajo e ideología. Editorial Tecnos. 2002. p. 46.

⁴³ Tapía, F., “Trabajo subordinado y tutela de los derechos fundamentales”. La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, *Lexis-Nexis*. Santiago. 2005. p. 232.

⁴⁴ Diez Picazo, L. *Op. cit.* p. 54. [la negrita es nuestra]

⁴⁵ Barassi atribuye al elemento de subordinación o dependencia una doble función; configurador del contrato de trabajo y determinante para la aplicación de la legislación social. En igual sentido, entre nosotros, Macchiavello reconocerá el doble rol de esta categoría, en cuanto se refiere al modo en que se debe llevar a cabo la relación laboral y en cuanto impone a las partes de la relación laboral un conjunto de derechos y obligaciones. (En material de clases, profesora Carmen Elena Domínguez . Diplomado Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2010).

Consideramos que sí se establece una presunción en el artículo octavo y no sólo un refuerzo de la idea de laboralidad, toda vez que nuestro legislador manda a presumir de un hecho conocido, la subordinación y/o dependencia, deducir el hecho desconocido, la afectación de la voluntad de una de las partes contratantes por las circunstancias en que se encuentra. Presunción que permitirá la aplicación del orden público laboral en la relación declarada por las partes como civil, sabiendo el pretensor su naturaleza jurídica laboral, salvo prueba en contrario que acredite que el pretensor no tenía una voluntad de contratación fuertemente afectada por las circunstancias que determinara una desigualdad real, capaz de autorizar el trato desigual del orden público laboral.

Lo recientemente expuesto viene a demostrar que el elemento de subordinación o dependencia se constituye como una manifestación del principio de primacía de la realidad, pero no este último como un instrumento para el descubrimiento de la relación existente según su función tradicional, sino que es gracias a la constatación del elemento peculiar del contrato de trabajo que ponemos en movimiento al principio de primacía de la realidad. Es el sustrato de afectación de la voluntad de una de las partes contratantes observada por el intérprete inspirado en el principio de primacía de la realidad, lo que legitima y valida la aplicación del orden público laboral en una relación declarada por las partes sin error como civil, salvo prueba en contrario.

Es necesario dejar en claro que nuestra propuesta corre por cuerda separada a un eventual vicio del consentimiento⁴⁶, que factiblemente puede operar en el supuesto en estudio, particularmente un error esencial u obstáculo en la causa⁴⁷, de una o de ambas partes del contrato celebrado, toda vez que en estos casos existe ignorancia de los hechos reales por la o las partes contratantes -probablemente se

⁴⁶ La consagración del error como vicio de la voluntad, en nuestro ordenamiento jurídico, es una consecuencia de la adopción de la teoría de la voluntad. De esta forma, el Derecho en los casos de disconformidad entre la voluntad real y la declarada, es decir, de error, opta a favor de la voluntad real. Ver; Barcia, R., Lecciones de Derecho Civil. Tomo I, Acto Jurídico. Editorial Jurídica de Chile.

⁴⁷ El código Civil, en su artículo 1453, señala dos casos de error esencial. El primero es aquél que “recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación”. El segundo caso es aquel en que recae “sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, “como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra” (Ducci, C, Derecho Civil, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 259). De esta manera, existen dos tipos de errores obstáculos, en la causa y en el objeto, siendo el primero de interés para este trabajo, en tanto es el que recae sobre la especie o naturaleza del acto o contrato. “Este error recae directamente en la causa que induce a la celebración del acto o contrato” Ver; Barcia, R., Lecciones de Derecho Civil. Tomo I, Acto Jurídico. Editorial Jurídica de Chile.

alegará por el empleador, como excepción, desconocimiento de subordinación, asunto que le resultará muy difícil de probar por la naturaleza de tracto sucesivo de la prestación de servicios. En cambio, nuestro problema radica en que efectivamente existe subordinación conocida por las partes, donde, en principio, se aplicará el orden público laboral, en tanto se presume la afectación de la voluntad del trabajador, pero ello admite prueba en contrario.

En consecuencia, el supuesto de aplicación en estudio admite como todo acto jurídico un problema de error obstáculo o esencial, sin embargo, ello se dará en un primer grado, cuando existe ignorancia sobre las causas inmediatas del acto jurídico, como ya se dijo, probablemente en nuestro caso mediante una excepción de error esencial por parte del empleador alegando desconocimiento de subordinación, por mientras que nosotros, en un segundo grado, atacamos el supuesto bajo la condición que el empleador conoce los indicios de subordinación, pero se quiere liberar de la aplicación del orden público laboral mediante la prueba de una inexistente afectación de voluntad para contratar en términos de igualdad jurídica mínima, ya que producto de la subordinación se presume tal afectación de voluntad.

Así las cosas, el principio de primacía de la realidad permite identificar, más allá de la subordinación, si las partes contratantes están o no en una situación de igual libertad contractual y, de esta manera, determinar el tratamiento que se dará a la relación contractual declarada formalmente por las partes, con bajo estándar de subordinación y por largo tiempo como civil, toda vez que el querer declarado carecerá de valor si las circunstancias del afectado eran apremiantes y conformaban una desigualdad que obligaba a un tratamiento normativo diverso.

Los argumentos que se sostienen, siempre tienen en vista el querer civil declarado y actuado, no la omisión formal o la relación declarada laboralmente, toda vez que esto último se salva con lo prescrito por el artículo séptimo del código del ramo al igual que cuando el contrato declarado es civil por error de las partes. Teniendo el artículo octavo, inciso primero, como función excepcionar en materia laboral la regla de hermenéutica del artículo 1560 del Código Civil, al permitir al

intérprete superar la intención declarada por el trabajador, declarando que el contrato es de naturaleza laboral, salvo prueba en contrario por constituirse en una presunción simplemente legal según las reglas generales de nuestro Derecho, lo prescrito en el artículo octavo del Código del ramo.

Título cuarto.-Riesgos de revisión judicial en el actual razonamiento jurisprudencial

En el mismo sentido de denunciar las actuales decisiones judiciales, carentes de categorías dogmáticas laborales que permitan explicar en Derecho la aplicación o no del orden público laboral, nuestros tribunales han entrado a conocer estas relaciones jurídicas, formalmente civiles con bajo estándar de subordinación, escondiendo no pocas veces una verdadera revisión judicial al contrato, lo cual es inadmisibles en nuestro Derecho sustentándonos en el artículo 1545 del Código Civil –como se ha dicho reiteradamente por nuestra doctrina con ocasión del tratamiento a la teoría de la imprevisión- porque en dicho artículo se consagra el principio *pacta sunt servanda*, materializando la intangibilidad absoluta de los contratos. Además es recurrente que se sentencie tradicionalmente que nuestro Derecho se apoya en la teoría clásica del contrato,⁴⁸ la cual posiciona a la autonomía de la voluntad formal en un sitio intocable como se ha venido sosteniendo más arriba, argumentándose que la revisión del contrato crea una gran incertidumbre en el cumplimiento de éste, rememorándose para ello la vieja práctica que generó la figura de la cláusula *rebus sic stantibus*, antecedente histórico de la revisión de los contratos.⁴⁹

En este orden de ideas el diseño jurídico que se plantea, permite salvar el riesgo de revisión judicial existente en la actual forma de razonar de los tribunales, en tanto se observan categorías dogmáticas que conforman un diseño necesario y suficiente para circunscribir la decisión judicial a un asunto de interpretación y calificación jurídica del acto al momento de celebrarlo y no elementos de argumentación que ponen el acento en el desarrollo del acto y en la situación socio-

⁴⁸ Barcia, R. La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile. Ediciones Diego Portales. Escuela de Derecho. p. 172.

⁴⁹ Barcia, R. *Breve análisis de la teoría de la imprevisión en el derecho chileno bajo la perspectiva del análisis económico*. Estudio de Derecho Civil libro homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. tomo I. 2002. p. 195 y 208.

económica de una de las partes al momento de producirse el conflicto jurídico, en tanto esto último ha venido a transformar la decisión judicial en una especie de revisión judicial.

En este sentido, los Tribunales de Justicia han entrado a conocer y sostener sus decisiones sobre la problemática en estudio en razones de buena fe. Ahora bien, si bien es cierto se plantea en parte de nuestra doctrina que la buena fe es un elemento que justifica la intervención del contrato sustentada en la teoría del negocio jurídico,⁵⁰ producto de fallar la base del negocio,⁵¹ no es menos cierto que el estatuto regulatorio del contrato de trabajo, tiene en vista la fuerte función social del contrato, por ende, ante eventuales revisiones judiciales sería más pertinente explicarlo desde la teoría de la **sustentación económica**, caracterizada por admitir la revisión del contrato.

La revisión judicial se produciría porque esta teoría concibe que la causa del negocio jurídico es *“la función económico-social que caracteriza al tipo de negocio como acto de autonomía privada y determina su contenido mínimo necesario,”*⁵² por ende, *“la causa debe responder también a una exigencia duradera de la vida de relación, a una función de interés social que sólo el Derecho es competente para valorar en su idoneidad para justificar positivamente su tutela.”*⁵³ De esta manera, para encontrar la autonomía privada reconocimiento por el Derecho no basta la licitud – en sentido estricto, violación de norma de orden público “típica cerrada”- de la misma, sino que debe responder la normativa a la función económico-social a la cual se ha dirigido el negocio.

Así, en nuestra opinión, en las actuales decisiones judiciales nos enfrentamos realmente ante revisiones judiciales, que se explican bajo la teoría de la sustentación económica, donde la decisión sobre el contrato consiste en observar si la normativa responde a la función socio-económica del tipo que configura.

⁵⁰ Barcia, R. La revisión judicial del contrato. *Op. cit.* p.709 y 710.

⁵¹ Tanto la base subjetiva y objetiva, la primera al modificarse las expectativas reales que tenían las partes o una de ellas en cuanto a las circunstancias consideradas y, la segunda, al destruirse la relación de equivalencia o cuando la finalidad común objetiva del contrato haya resultado definitivamente inalcanzable.

⁵² Betti, E. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Comares. Granada, p.163.

⁵³ *Ibid.* p.177.

Teoría nada más lejana de nuestro diseño dogmático que se sustenta en la teoría clásica del contrato.

En consecuencia, planteamos en forma crítica a esta revisión judicial, en tanto significa una alteración del mecanismo de distribución de riesgos definido *ex_ante* por las partes y que será ajustado *ex_post* por el Tribunal, echando mano en el caso en estudio aparentemente a la buena fe,⁵⁴ lo cual para nosotros se explica de mejor forma a través de la teoría de sustentación económica del contrato. Sin embargo, nuestra propuesta de solución a los problemas judiciales de este trabajo, pone el acento en la afectación de la voluntad al momento de celebrarse el acto, tornándose en un proceso de interpretación y calificación jurídica que determinará el estatuto predefinido legalmente que regula la relación privada, siendo lo anterior coherente con el principio de conservación de los contratos.

Discusión

La argumentación e interpretación que hemos sostenido reinterpremando el principio de primacía de la realidad, como también la cobertura jurídico normativa que proponemos para resolver el conflicto eminentemente laboral que se plantea, nos permite presentar un principio exclusivamente laboral de primacía de la realidad acorde con el cuerpo normativo que tiene su ámbito de aplicación en las relaciones laborales y, con ello, superar una vacía e inocua “presunción de laboralidad” que nuestra doctrina laboral ha atribuido al artículo octavo, inciso primero, del Código del Trabajo. Alcanzándose, entonces, una presunción simplemente legal de afectación de voluntad para contratar con una igualdad jurídica mínima, que permita superar lo claramente declarado por las partes sin vicio del consentimiento.

En este orden de ideas, se cumple con las exigencias que la modernidad ha impuesto al Derecho y se otorga a los Tribunales un camino para fallar en Derecho,

⁵⁴ Banfi, C. *Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en Derecho Privado Comparado*. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, n° 6. 2006. Santiago. p.49.

y no según el color de zapato de las partes, calificando el acto jurídico y declarando solamente los derechos nacidos de la autonomía de la voluntad de los particulares.

Con todo, no nos deja de seducir la propuesta al observar sus propiedades para proteger la parte más débil de la relación laboral -función finalista del Derecho del Trabajo- sin dejar de disminuir la eficacia del acto con un estándar de certeza propio de un Estado de Derecho.

Capítulo segundo: Problemas de Derecho Administrativo en las formas de aplicación del orden público laboral. Un problema de la Dirección del Trabajo

Título primero.- Una cuestión previa; Problemas de captura en la Dirección del Trabajo

Párrafo 1.- Planteamiento del problema actual: *Debilitamiento de la propensión hacia el interés público en la acción de la agencia, producto de su diseño institucional*

Desde hace un tiempo las intervenciones estatales de las agencias públicas se observan desde una posición de dominación del interés privado por sobre el interés público,⁵⁵ en tanto el dinero y los votos son incentivos irresistibles para los burócratas que operan las agencias públicas bajo el eslogan del interés público y, con ello provoca que la regulación, en este caso laboral, termine alejándose fácilmente de los objetivos que dieron vida a la intervención administrativa, lográndose únicamente un aumento injustificado de los costos de transacción en el mercado laboral, desencadenándose un menor bienestar social, producto de las ineficiencias introducidas por parte de la agencia.

En este sentido, nada indica que la existencia de diseños institucionales e intervenciones públicas consecuentes vayan a mejorar los objetivos públicos, toda vez que se presenta un conjunto de situaciones que son conocidas como fallas de Estado, que se agravan producto que las organizaciones estatales, al suponer intervenciones obligatorias con presupuestos públicos asignados legalmente, tienen pocos incentivos para maximizar la productividad de las actividades que realizan. Más si constatamos problemas de la actividad pública como la

⁵⁵ La premisa básica del método de la elección pública es que los individuos (funcionarios) son egoístas, racionales, maximizadores de utilidad, quienes persiguen sus propios intereses cuando actúan en los mercados privados. Por lo tanto, las Agencias están integradas por maximizadores de renta que denotan factores humanos que inciden en los costos de transacción, concretamente conductas oportunistas que se alejan del bien común en aras de beneficios privados contrarios a los que motivaron la intervención. Freeman, J. "Private parties, public functions and new administrative law". *Administrative law review*. Estados Unidos. 2000.

heterogeneidad de prestaciones, poca visibilidad de los objetivos, diluida vinculación entre producto y resultado y carencia de relaciones transaccionales.⁵⁶

En este contexto, las conductas burocráticas se condicionan a dichas variables, maximizando con otros elementos dentro de la actividad estatal, trayendo como consecuencia que si bien las administraciones públicas gestionan intereses de los ciudadanos, los órganos administrativos desencadenan sus propios intereses,⁵⁷ que se deben tener en especial atención a la hora de establecer las normas de organización y funcionamiento de agencias públicas como la Dirección del Trabajo, para efectos que el ámbito intervenido no se afecte negativamente con la actividad pública.

Párrafo 2.- Fallas de Estado y diseño institucional en la Dirección del Trabajo

La Dirección del Trabajo, como toda agencia pública, toma decisiones que afectan el mercado laboral, entonces, a nivel de política pública laboral la decisión de intervenir en la relación laboral debe responder a preguntas tales como; por qué intervenir, bajo qué condiciones y con qué instrumentos, para efectos de disminuir los riesgos de la intervención, toda vez que en sistemas donde los buenos burócratas tienen mecanismos adecuados de selección, y los incentivos se encuentran lo suficientemente claros, nos aproximaremos a una eficiente agencia regulatoria. Sin embargo, las fallas de Estado se originan, precisamente, en las dificultades que tiene la sociedad para generar un sistema de incentivos que oriente la acción del Estado. En efecto, el marco institucional de la Dirección del Trabajo no entrega reglas del juego que permitan estructurar incentivos y reducir la incertidumbre.

En este orden de ideas, la Dirección del Trabajo presenta como fallas de Estado la ignorancia - asimetrías de información- y el uso de influencias. La primera se da en cuanto a la información que dispone el fiscalizador frente a los trabajadores y, la segunda, es consecuencia de influencias de grupos -sindicatos, empleadores, trabajadores- frente a decisiones estatales. Lamentablemente, tales

⁵⁶Cordero, L., "Por qué nos debe importar el control de gestión y por resultados en el Derecho Administrativo". Curso lógicas y títulos de intervención. Escuela de graduados. Universidad de Chile. 2008. p.16.

⁵⁷Cordero, L. "Curso Lógicas y títulos intervención", *Op. cit.* p.15.

fallas cuando se dan en forma conjunta, derivan en uno de los problemas centrales del cual adolecen las agencias estatales: el de principal y agente. En este caso, el problema es cómo pueden hacer los ciudadanos trabajadores (principales) que los funcionarios públicos fiscalizadores (agentes) actúen en aras de su interés, en la medida que se dan problemas de acción escondida, debido, principalmente, a asimetrías de información.

De esta manera, la Dirección del Trabajo, desde un punto de vista ideal, es relevante de estudiar en lo que se refiere a la convergencia de los objetivos perseguidos y los instrumentos que posee dicha agencia para intervenir el mercado laboral. Sin embargo, al ser imposible que se den las condiciones ideales de contratos completos, racionalidad perfecta y benevolencia del regulador, para que la agencia opere, se vuelve en un imperativo observar el diseño institucional de la misma, más cuando se constata que la acción de la Dirección del Trabajo se ve fuertemente influenciada, ya sea por trabajadores, ya sea por grupos empresariales.

Las tres condiciones apuntadas no se observan en la Dirección del Trabajo, debido, principalmente, a que la regulación no es completa, dejándose todas las decisiones no reguladas a la agencia que materializa la regulación. Por otra parte existe falta de racionalidad perfecta, ausencia que se detecta al observar que la agencia es falible en la aplicación e interpretación de la regulación -según se verá en el segundo título de este capítulo- en definitiva, falible en sus decisiones y, por último, la condición de falta de benevolencia del regulador, toda vez que la agencia es capturada con facilidad producto de su diseño institucional. Además, el diseño institucional de la agencia pública en estudio, cuenta con escasos mecanismos de verificación que permitan reducir la falibilidad de la agencia, como así también escasos mecanismos de control y contrapesos que eviten la corrupción, o mecanismos de independencia que inhiban la captura de parte de grupos de presión o de autoridades políticas.⁵⁸ En definitiva, el marco institucional de la

⁵⁸González, A. "Estudio sobre la revisión de la institucionalidad regulatoria de los servicios sometidos a fijación tarifaria". Departamento de Economía. Universidad de Chile. 2005. p. 4, 5 y 30.

Dirección del Trabajo es actualmente una fuente de problemas de juridicidad y certeza, dada la existencia de racionalidad limitada que veremos en el segundo título de este capítulo y el riesgo de captura.

Párrafo 3.- El problema de agencia

Lo primero que debemos dar por establecido es que “toda relación de servicio supone una relación entre un agente, el encargado de prestar el servicio o realizar una labor en interés de otro, y un principal, que es aquel en cuyo interés el agente debe trabajar.”⁵⁹ Ahora bien, cuando se presentan asimetrías de información entre los agentes y el principal hacen imposible crear una relación transparente, siempre los agentes saben más de los servicios que quien los compra o adquiere, transformándose en un problema de agencia.⁶⁰ Más aún, tales asimetrías suelen ocurrir con frecuencia en las prestaciones de servicios profesionales o técnica como la que realiza la Dirección del Trabajo, toda vez que el trabajador no está en condiciones de verificar que el fiscalizador se condujo eficientemente. En este sentido, George Stigler sostiene que el problema de agencia se produce cuando la información transmitida por la industria a los reguladores se interpreta y emplea en el sentido que más convenga a los intereses particulares convergentes en la regulación, arriesgándose transparencia.⁶¹

En conclusión, el problema de agente principal⁶² se da de una forma especial en la Dirección del Trabajo, en virtud de tratarse de un contrato intervenido a favor de una de las partes, ya sea por defecto o por exceso, el primero, cuando los trabajadores requieren los servicios de la Inspección del Trabajo para que se cumplan sus objetivos, sin embargo, la Inspección tiene incentivos diferentes que el principal, difícil de corregir por confluir asimetrías de información a favor del fiscalizador que conoce la gestión que busca conseguir el principal (sumado a costos de transacción y monitoreo entre el agente y el principal) y, el segundo,

⁵⁹Cordero, L. “Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal; el caso del sistema de licitaciones de defensa pública”. *Op. cit.* p.13.

⁶⁰*Ibid.*, p.10.

⁶¹ Stigler, G. The theory of economic regulation. *The bell journal of economics and managment Science*.vo. 2. núm. 1. 1971. p. 3 y ss.

⁶² Un claro ejemplo de servicios profesionales con claros tintes técnicos que denota el problema de agente principal se observa en la relación entre el abogado y su cliente, donde el agente o abogado está encargado de prestar un servicio o realizar una labor en interés de otro, y el principal o cliente, es a quién en cuyo interés el agente debe trabajar, donde el abogado tiene a su favor una considerable asimetría de información.

cuando el agente olvidando la regulación, busca lograr el objetivo del principal por exceso en detrimento del empleador.

Así, entonces, el fiscalizador laboral puede caer en la omisión de reprochar un ilícito laboral y el trabajador, principal interesado, no tener herramientas para velar por el cumplimiento del derecho que lo beneficia, producto de las asimetrías de información existentes a favor del agente. Por ejemplo, es una práctica común de los fiscalizadores laborales observar únicamente que exista en el contrato de trabajo una cláusula sobre el lugar de trabajo, sin observar si efectivamente existe claridad y certeza del lugar de trabajo, como cuando la cláusula señala que el trabajador prestará servicios en las diferentes instalaciones del empleador o en las instalaciones de los clientes de éste.

Por otra parte, por exceso, al estar frente a una fiscalización de un contrato intervenido, puede suceder que el fiscalizador actúe dentro de sus facultades, sin embargo, su actividad sea con tal celo que su proceder afecte al empleador en su derecho a la igualdad de trato por la autoridad. Un ejemplo que podemos señalar para este segundo caso se configura cuando el fiscalizador cursa infracciones por no registrar las horas ordinarias trabajadas, superar la jornada ordinaria de trabajo y exceder el máximo de horas extraordinarias de trabajo o, un segundo ejemplo aún más claro, cuando reprocha por no mantener condiciones de seguridad en el trabajo y a su vez por mantener factores de riesgos en el lugar de trabajo, en tanto pareciera que tales reproches son lícitos y no contradicen la prohibición de no sancionar dos veces el mismo hecho, pero resulta desproporcionado y contrario a la *ratio legis* laboral sancionar en el mismo lugar y momento por los dos hechos reprochados, asunto que dependerá, finalmente, del parecer arbitrario del fiscalizador.⁶³

Párrafo 4.- Falta de independencia y captura en la Dirección del Trabajo

Entre los criterios de evaluación del diseño institucional de las agencias regulatorias que intervienen en el mercado, se encuentran los siguientes:

⁶³ Para plantear estos casos hemos tenido presente el contenido del anexo uno de esta actividad formativa.

independencia, riesgo de captura, *accountability*, riesgo de abuso, existencia de contrapesos y mecanismos de verificación y claridad de objetivos. Sin embargo, por tener especial relación con la captura que tratamos de acusar en este apartado, como otras de las implicancias normativas del quiebre de expectativas del empleador en la aplicación del orden público laboral, nos detendremos especialmente en el criterio de independencia. Entendiéndose ésta última como la autonomía de la autoridad política y de los grupos de interés, por parte de la agencia regulatoria, porque ésta puede ser capturada, y, sus decisiones en vez de buscar el interés general, estarán orientadas a satisfacer los objetivos específicos del grupo que la ha capturado. Además la falta de independencia de la agencia, debilita la credibilidad de la regulación, en tanto se asegura con aquella la imparcialidad e integridad en la toma de decisiones.⁶⁴⁻⁶⁵

En este sentido, en la mayoría de los países de la OCDE para efectos de tender a tal independencia, las agencias son unidireccionales, de composición colegiada, independientes del Ejecutivo y con fuerte incidencia del legislativo en los nombramientos de las autoridades superiores,⁶⁶ todo lo cual dista bastante de la Dirección del Trabajo, donde aparece con un marcado enfoque multidireccional, de composición unipersonal, dependientes del ejecutivo y sin incidencia del legislativo en el nombramiento de las autoridades superiores.

Con todo, si bien es cierto, la captura se ve debilitada en virtud de los objetivos a los cuales propende la Dirección del Trabajo al ser una agencia generalista, en términos de las industrias que supervisa, sin embargo, la interacción repetida en el tiempo entre los mismos agentes crea espacios para la cooperación y la colusión,⁶⁷ interacción que es sumamente intensa en la fiscalización laboral.

⁶⁴González, A. *Op. cit.* p.11.

⁶⁵ Sin embargo la independencia presenta peligros, toda vez que aislar al regulador de la influencia del poder político puede incrementar el riesgo de captura de la agencia por parte de la industria que se regula, igualmente recibir paralelamente presión del poder político, puede bajo ciertas circunstancias servir de contrapeso a las influencias de la industria y evitar así que la agencia se aleje de sus objetivos.

⁶⁶González, A. *Op. Cit.* p.32 y ss. Ver también: OECD (2001) "Regulatory Institutions in Liberalized Electricity Markets" *Energy Market Reform*.

⁶⁷Ibíd., p.22.

En definitiva, la Dirección del Trabajo goza de poca autonomía, su legitimidad y *accountability* descansa en la autoridad del Presidente de la República y no posee los resguardos necesarios ante la amenaza de captura, por ende, esta institución tiene una limitada independencia institucional y una baja restricción de la discrecionalidad, conformándose como órgano difusor o promovedor de incertidumbre jurídica en el mercado del trabajo.

Título segundo.- Problemas de juridicidad en la forma de aplicación de la multa laboral.⁶⁸

Párrafo 1: Planteamiento del problema actual: *Desconocimiento práctico en la aplicación de la multa laboral de las garantías y categorías dogmáticas del Derecho Administrativo Sancionador que otorgan certeza, previsibilidad y límites a la aplicación del orden público reconocidas reiterada y consistentemente por el Tribunal Constitucional.*

Para Cordero Vega *“La sanción administrativa, más allá de todo el debate doctrinal que se ha generado, implica un mal infringido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutivos de infracción asimismo administrativa, es decir, tipificado legal y previamente como tal. En este sentido es general la opinión que entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, existe una diferencia de política legislativa, siendo el poder sancionador del Estado equivalente en la fuente de origen.”*⁶⁹ También entre nosotros Evans Espiñeira sostiene que *“el ejercicio de cualquier potestad afecta la esfera de la libertad de las personas y sus derechos y por ello, es perentoria la exigencia de una habilitación competencial previa para el ejercicio de una potestad pública. Pero si tal potestad es de contenido sancionatorio, la exigencia se extrema tanto en su contenido abstracto definido por el legislador como en el ejercicio concreto por parte del órgano habilitado para sancionar.”*⁷⁰

Si bien Cristian Román Cordero matiza la naturaleza de la sanción administrativa, considera necesario aplicar los principios penales como pauta técnica y como cota en la elaboración dogmática de los principios del Derecho

⁶⁸ Para el presente título hemos tenido como fuente de trabajo las 197 multas laborales de la Dirección del Trabajo que se individualizan en el anexo uno de esta actividad formativa. Además, hemos considerado pertinente en el anexo dos incorporar estadística de la Dirección del Trabajo donde se cuantifica el número de multas cursadas entre los años 2005-2010, clasificadas según las disposiciones contenidas en el Código del Trabajo, toda vez que en este título permanentemente invocaremos multas administrativas de forma enunciativa destacando la importancia de su frecuencia.

⁶⁹ Cordero, L. Derecho administrativo y Tribunal Constitucional. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2007. p. 13.

⁷⁰ Evans, E., La Sanción Administrativa y la regulación de las actividades económicas. Efectos de un cambio en la jurisprudencia constitucional. Revista de Derecho Económico. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. 2006. p. 14.

Administrativo Sancionador.⁷¹ Por último, en el Derecho Comparado, Alejandro Nieto, sostiene que la potestad administrativa sancionadora al igual que la potestad penal de los jueces y Tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado, que es único, aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones.⁷²⁻⁷³

Ahora bien, más allá del Derecho positivo, las sanciones administrativas correctivas aplicadas a los particulares, son una manifestación clara del incesante intervencionismo regulatorio que cercena, limita y restringe de mil maneras la libertad para desarrollar actividades económicas lícitas, y ello bajo la aparente y avasalladora finalidad del bien común, por lo tanto, resulta una obligación para la doctrina razonar jurídicamente en sentido de establecer categorías dogmáticas coherentes con la libertad individual de las personas y su natural proyección económica.⁷⁴ Asunto que se torna más necesario cuando se observa que “*en nuestros tiempos el legislador normalmente realiza remisiones normativas a la administración y otorga atribuciones de juzgar a la misma, por mientras que la administración a través de su potestad normativa reglamentaria legisla,*”⁷⁵ encontrándose el ciudadano administrado, entonces, en una maraña regulatoria, donde no existe control para un *Leviatán* omnipresente y sin contrapesos.

Por estas razones nuestro Tribunal Constitucional legítima y lícitamente ha sostenido que “*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*”⁷⁶. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema⁷⁷ y la Contraloría General de la República.⁷⁸

⁷¹ Román, C., Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no Ser? He ahí el dilema. En Derecho Administrativo 120 años de cátedra. Editorial Jurídica de Chile. 2008. p. 127.

⁷² Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo sancionador. Editorial Tecnos. 1994. p. 80.

⁷³ Es interesante cómo aún no existe plena unanimidad sobre este asunto, entre otras, **STC, Rol 479, 2006**. donde consta la prevención de los Ministros Colombo y Correa, en la cual concurren al rechazo del recurso, pero previniendo en la opinión de ellos que no existe *un ius puniendi* estatal que identifique la sanción administrativa y las penas penales, ya que no es posible confundir los estatutos de la libertad personal y la libertad económica. Una prevención en términos opuestos es la que realizan los Ministros Venegas y Navarro.

⁷⁴ Soto, E. Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás. 2005. p. 37.

⁷⁵ *Ibid.* p. 38

⁷⁶ STC. Rol N° 244. 1996. considerando 9°.

⁷⁷ CS. Rol N° 3982. 2001. En esta Sentencia se consideró ilegal una resolución de la SEC que aplicaba una multa por un hecho que carece de sanción en la regulación reglamentaria, y que pretende aplicar sobre la base de una norma que está prevista para hechos que no son los

Entonces, como base del orden sancionatorio debemos establecer siguiendo a Cordero los consecuentes postulados, a saber;

a.- *Las sanciones, al igual que la autoridad sancionatoria deben estar expresamente descritas y establecidas por ley, y no por el reglamento.*

b.- *Que el contenido de la sanción debe tener su contenido esencial descrito por la norma legal.*

c.- *Que el procedimiento debe garantizar las normas del debido proceso.*⁷⁹

Con todo, y siguiendo a Aguerrea en una opinión que compartimos íntegramente para todo el ordenamiento jurídico y no sólo para el ámbito laboral: *“una somera revisión de la legislación vigente en esta materia, nos lleva a plantear un serio cuestionamiento acerca del contenido y alcances de las sanciones administrativas, de la forma como el legislador ha venido configurando la potestad sancionadora, del modo como dicha atribución está siendo ejercida por parte de la administración y del control de su ejercicio por parte de los Tribunales.*

*Tan sólo ateniéndonos al contenido de la legislación nacional y al modo poco prolijo con que el legislador suele otorgar potestades sancionadoras a la Administración, tales atribuciones aparecen muchas veces como realidades ajenas al orden constitucional, en particular a los derechos y garantías que establece su artículo 19 N°3.”*⁸⁰

No obstante lo anterior, en los últimos años se viene constatando un lento pero persistente cambio en la jurisprudencia constitucional, contralora y judicial, comenzando a asentarse los contornos de esta delicada materia. Así, conociendo de recursos de protección los Tribunales de justicia o de presentaciones de particulares o de funcionarios al organismo contralor, se han definido características, modalidades, supuestos, requisitos, límites, y condiciones para el ejercicio de la potestad sancionadora.⁸¹ Sin embargo, creemos que ha sido el

del caso de la especie. De esta manera se violaba el principio de juridicidad sancionadora cuando se impone una multa por hechos que carecen de reproche en la normativa y, por ende, no son sancionables por el Derecho. Así, entonces, era improcedente “no sólo en el campo penal sino también en el derecho administrativo sancionador” la imposición de sanciones por analogía ya que es ineludible la aplicación del principio rector según el cual no hay sanción sin ley que la prevea expresamente ni hecho punible sin que la ley lo prevea expresamente tipificándolo como tal.

⁷⁸ CGR. Dictamen n° 14571. 2005.

⁷⁹ Cordero, L. Derecho administrativo y Tribunal Constitucional. *Op. cit.* p. 15.

⁸⁰ Aguerrea, P. El Estado Constitucional de las penas, su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la comisión de estudio de la nueva Constitución. En Sanciones administrativas y derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo. Universidad Santo Tomas, Escuela de Derecho, 2005, p. 53.

⁸¹ Ídem., p. 55 y 56.

Tribunal Constitucional, el que se ha pronunciado con ocasión de actos legislativos y administrativos con mayor incidencia en el tema en estudio.

Con esto se trata de armonizar la aplicación práctica de las sanciones administrativas con el espíritu de nuestra Constitución, como lo advirtió el Sr. Ortúzar en la comisión para el estudio de la nueva Constitución en el contexto de las clásicas garantías penales; *“hay opinión coincidente de todos los miembros de la comisión en el sentido de considerar la situación de todas las leyes sancionatorias y no sólo las de orden criminal”*.⁸²

En este sentido, en las próximas páginas pretenderemos dar a conocer el bajo estándar jurídico de la Dirección del Trabajo al momento de aplicar un sin número de multas del más variado orden y de la mayor importancia práctica en el respeto y promoción de nuestro Estado de Derecho, teniendo como contra luz para tal objetivo los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, en lo que se refiere a Derecho Administrativo Sancionador. Para ello, analizaremos las infracciones clasificándolas primeramente, según su debilidad jurídica y, consiguientemente, al interior de estas por materia laboral relacionada. Luego, terminaremos este apartado con un análisis de las principales garantías de debido proceso que tiene todo empleador para enfrentar las sanciones laborales y como ellas son sistemáticamente cercenadas por la Inspección del Trabajo.

En este orden de cosas, en las próximas páginas trataremos primero una serie de infracciones que presentan problemas de legalidad y, concretamente, de trasgresión a la garantía de reserva legal. En segundo lugar, nos avocaremos extensamente a la problemática de cumplir con la exigencia de tipicidad que se impone a toda intervención pública: manifestación del *ius puniendi* estatal, clasificando dicho estudio según si el problema es de falta de tipo, incorrecta aplicación del tipo o falta de elementos necesarios de constatar para conformar el tipo. Luego, trataremos un problema medianamente nuevo que ha nacido con la

⁸²Aguerrea. Op. Cit., p. 61.

entrada en vigencia de la ley de subcontratación, al indicar esta última que el principal tiene responsabilidad directa en la seguridad, higiene y salud de los trabajadores de las empresas contratistas, surgiendo un problema de atribución de culpabilidad o responsabilidad al momento de determinar el sujeto activo obligado legalmente.

- *Legalidad y tipicidad de las sanciones administrativas.*

Siguiendo al Tribunal Constitucional, fallo 244, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado,⁸³ entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta.⁸⁴

En este sentido, ambos principios se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del N° 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, de acuerdo con los cuales "*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*", y "*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.*"⁸⁵

Además, por otra parte, el artículo 6° de la Carta Fundamental dispone, en su inciso primero, que *los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*, obligación que la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, impone

⁸³ STC. Rol 244. 1996. considerando 9.

⁸⁴ *Ibíd.* considerando 10.

⁸⁵ *Ibíd.* considerando 11.

específicamente, en su artículo 2º, a todos los órganos de la Administración del Estado.

En este orden, el principio de legalidad es aplicable a la actividad sancionadora de la administración, en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado -el llamado *ius puniendi*- y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19.⁸⁶

Por otra parte, el mismo fallo sentencia que las sanciones administrativas forman parte de la regulación de una actividad, viniendo la aplicación del principio de legalidad de la actividad sancionadora del Estado a ser exigida por lo dispuesto en el artículo 19 Nº 21, en relación al 19 Nº 26 y al 63 Nº 2 de la Carta Fundamental. Para llegar a esta conclusión el Tribunal declara que basta aceptar la premisa de que las normas que establecen deberes y vinculan sanciones a su incumplimiento, limitan el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica lícita. En efecto, todo precepto que establece un deber para quien ejerce el derecho a desarrollar una actividad económica, sujeta ese ejercicio a una regulación, toda vez que el sujeto que desarrolle la actividad no será libre para ejercerla del modo que le plazca, sino que deberá hacerlo del modo en que ella ha quedado regulada.⁸⁷

De esta manera, las normas que regulen el ejercicio de una actividad económica lícita deben estar contenidas en preceptos de rango legal, según lo dispone expresamente el numeral 21 del artículo 19 al establecer que “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, debe hacerse respetando las normas **legales** que la regulen. En consecuencia, la Constitución reserva a la ley la regulación de la actividad económica lícita.”⁸⁸

⁸⁶ STC. Rol 480, 2006. considerando 5.

⁸⁷ *Ibíd.* considerando 8.

⁸⁸ *Ibíd.* considerando 9.

Concluyendo el Tribunal Constitucional que si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de regular puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2°, que establece sólo son materias de ley: las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley, estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura respetando las normas legales que la regulen. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer como deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse.⁸⁹

⁸⁹STC. Rol 480. 2006. considerando 11.

Párrafo 2.- Problemas de reserva legal

El Tribunal Constitucional ha establecido en su fallo rol 479, 2006 como en múltiples ocasiones al llamado Derecho Administrativo Sancionador y a la actividad sancionadora de la administración sí se le aplica el principio de legalidad, en virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución, puesto que los referidos preceptos establecen la sujeción de toda actividad de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico y muy especialmente, en cuanto los dos primeros incisos del artículo 7º de la Constitución, los sujetan a la Carta Fundamental y a la ley, al disponer que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si lo hacen dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley y que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad que la conferida en virtud de la Constitución o las leyes.⁹⁰

Además, las sanciones administrativas forman parte de la regulación de una actividad, por ende, el principio de legalidad ha de aplicarse en la especie en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, pues ese precepto, conforme a su claro tenor literal y sentido, obliga a que las normas que regulan el ejercicio de una actividad económica lícita estén contenidos en preceptos de rango legal.⁹¹

Entonces, si la habilitación para sancionar limita la actividad económica lícita de las personas y empresas, forzoso es concluir que tales limitaciones deben estar contenidas, al menos en su descripción esencial, en preceptos legales, en virtud de lo establecido en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, en cuanto dispone que *“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”, debe hacerse “respetando las normas legales que la regulen”*.⁹²

⁹⁰STC. Rol 479. 2006. considerando 7.

⁹¹*Ibíd.* considerando 11.

⁹²*Ibíd.* Considerando 13.

2.1.- De las infracciones que facilitan la fiscalización

La Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley, y sólo a ella, establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución.⁹³

En este sentido, cuatro frecuentes y comunes infracciones laborales son “no exhibir toda la documentación laboral necesaria para efectuar las labores de fiscalización,” “no comparecer a la Inspección del Trabajo,” “no mantener en el establecimiento toda la documentación laboral” y en menor medida “impedir u obstaculizar que la fiscalización se lleve acabo correctamente,” sin embargo, tales ilícitos carecen de un estándar válido de juridicidad en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto contienen una cobertura normativa inconstitucional, toda vez que estos actos administrativos sancionadores se justifican para configurar el ilícito laboral, como también para aplicar la respectiva sanción, en un cuerpo normativo incapaz constitucionalmente de prescribir tipos y sanciones administrativas.

Lo relatado anteriormente se sustenta, según se adelantó, en lo prescrito en el artículo 19 número 3, inciso final, de la Constitución, en relación con los artículos 19, número 26, y 64 del mismo cuerpo normativo, toda vez que una interpretación literal, sistemática y teleológica de tales reglas constitucionales obligan a concluir que las conductas típicas y su correlativa sanción deben estar prescritas en una ley y, por lo tanto, no puede entregarse la regulación de tales materias por ley delegatoria a la potestad reglamentaria, para que ésta regule el asunto en cuestión. Además, sin perjuicio de lo anterior, todo tipo de intervención pública que afecta derechos fundamentales como lo son en este caso el derecho de propiedad y de

⁹³ STC. Rol 244. 1996. considerando 12.

libertad económica, debe plasmarse en una ley que regule los derechos fundamentales en juego.

En consecuencia, estas infracciones se justifican normativamente en preceptos que contradicen la letra y el espíritu de nuestra Constitución Política de la República, la cual debe ser protegida y promovida por toda agencia pública, incluida la Inspección del Trabajo, según obliga el artículo sexto de nuestra Carta Fundamental.

2.2.-De la protección del registro de asistencia

La Constitución de 1980 consagró en su artículo 63 el sistema de dominio legal máximo a través de listar las únicas materias que podían ser tratadas por el legislador. Si bien el numeral 20 de ese precepto abrió esa enumeración con un lenguaje genérico, estableció con claridad que la ley debía ser una norma general que estatuyera las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Si en el sistema de dominio legal máximo de la Constitución de 1980, el legislador debe limitarse a establecer las bases de un ordenamiento jurídico, queda entregada, salvo disposición expresa en contrario del propio Texto Fundamental, a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la dictación de los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes. Reafirman la voluntad de la Constitución de que la ley mantenga el carácter general y abstracto, lo dispuesto en los numerales 4, 16 y 18 del mismo artículo 63.⁹⁴

Como efecto de las consideraciones precedentes, la colaboración reglamentaria no se encuentra excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que sólo la ley puede regular cierta materia o disponer en ciertas cuestiones.

Por lo tanto, la colaboración reglamentaria es posible en materia sancionatoria para la ejecución de los deberes legales, sin embargo, necesita de cobertura legal. A igual conclusión, de aceptar por regla general la colaboración

⁹⁴ STC. Rol 479. 2006. considerando 15. También en STC. Rol 480. 2006. considerando 14.

reglamentaria en materias reservadas por la Constitución al dominio legal, debe llegarse en virtud de lo dispuesto en el inciso final del numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental. En efecto, y tal como ha tenido oportunidad de desarrollar el Tribunal Constitucional en sentencia de 4 diciembre de 1984, Rol N° 24, relativo a un requerimiento sobre la Ley de Drogas, el texto del artículo 19 N° 3 exige que la conducta se encuentre “expresamente” descrita en la ley, pero no que esté “completamente” descrita en el precepto legal.⁹⁵

De este modo, la Constitución otorga y distribuye potestades limitadas a los órganos del Estado para garantizar que su actuación sea en defensa de la persona y de su dignidad, pero suficientes para la consecución del bien común en materias que exigen regulación y fiscalización estatal. En virtud de esos principios y conforme a las reglas ya analizadas, la Constitución reserva a la ley, manifestación de la voluntad soberana y norma con la máxima publicidad, el establecimiento sustantivo de los deberes y de las sanciones que puedan imputarse a su incumplimiento. Al mismo tiempo, y dentro de los límites constitucionales y legales, faculta a la administración para dictar las normas reglamentarias que juzgue convenientes para la ejecución de los deberes legales.⁹⁶ En este sentido, el principio de legalidad no excluye la colaboración de la potestad reglamentaria de ejecución, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución ha reservado a la ley, y sólo a ella, disponer en todos sus detalles en una determinada materia.⁹⁷⁻⁹⁸

Entonces, si en el estatuto jurídico de la actividad sancionatoria de la administración está legitimada la potestad reglamentaria de ejecución, no lo está la autónoma, en el sentido que sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones. El estatuto de las garantías constitucionales establece claros límites a la manera en que la ley debe describir

⁹⁵ STC. Rol 480. *Op.cit.* considerando 17.

⁹⁶ *Ibid.* considerando 18.

⁹⁷ *Ídem.*

⁹⁸ En el artículo 10, inciso final, encontramos un buen ejemplo de un caso donde la Constitución radica en la ley la reglamentación para los procedimientos de opción por nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos.

conductas infractoras de deberes administrativos y no entrega a la discrecionalidad administrativa la creación autónoma de tales deberes o la fijación de sus sanciones.⁹⁹

Resultando constitucionalmente lícito que un decreto pueda detallar una ley que establece deberes administrativos de los administrados, sin embargo, ha de seguirse necesariamente que no resulta constitucionalmente obligatorio que la ley regule en todos sus detalles esos mismos deberes. En el otro extremo, tampoco resulta constitucionalmente tolerable que la ley eluda la reserva legal y, carente de contenido, delegue en el administrador lo que la Constitución ha reservado a ella.¹⁰⁰

Concluyéndose que la administración no está constitucionalmente facultada para sancionar, si las conductas que se suponen infringidas están descritas únicamente en normas reglamentarias que no tienen suficiente cobertura legal. Como ya lo ha dicho el Tribunal Constitucional, sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos, que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones. El estatuto de las garantías constitucionales establece claros límites a la manera en que la ley debe describir conductas infractoras de deberes administrativos y no entrega a la discrecionalidad administrativa la creación autónoma de tales deberes o la fijación de sus sanciones.¹⁰¹

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha expresado que las disposiciones legales que restrinjan determinados derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y de “especificidad”; el primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen en forma concreta en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad y que cumplidos que sean dichos requisitos será posible y lícito que se haga uso de la potestad reglamentaria

⁹⁹ *Ibid.* considerando 19.

¹⁰⁰ *Ibid.* considerando 20.

¹⁰¹ STC. Rol 19. 1987. considerando 19.

de ejecución, pormenorizando y particularizando en los aspectos instrumentales la norma, para ser así posible el mandato legal.¹⁰²

En este sentido, otra serie de infracciones de común ocurrencia dice relación con el registro de asistencia, toda vez que es un elemento fundamental a la hora de observar el cumplimiento de las obligaciones legales que emanan de la jornada de trabajo. En este orden de ideas, la agencia fiscalizadora cursa multas *por no llevar correctamente el registro de asistencia* en virtud del artículo 33 del Código del trabajo, sin embargo, tal precepto no establece obligación legal concreta y determinada para el empleador, por ende, la infracción requiere justificarse en atención a otros tipos laborales que si contienen obligaciones precisas, tales como *“no consignar las horas ordinarias trabajadas,” “no consignar las horas extraordinarias trabajadas,” “no sumar la totalidad de las horas trabajadas a fin de verificar las horas extras laboradas,” “no consignar en su oportunidad la hora y firma, en los horarios de entrada y salida.”*

Sin embargo, acontece entonces, que tales la infracciones se fundan en un precepto que no tiene el rango de ley -Reglamento 969 de 1933- incumpléndose con ello, en estricto rigor, la garantía constitucional de reserva legal de las materias que afectan derechos fundamentales según se ha venido argumentando, a lo menos, respecto de la obligación de *sumar la totalidad de las horas trabajadas*, en tanto para llevar correctamente el registro de asistencia no es necesaria tal conducta, toda vez que el bien jurídico laboral se alcanza con las firmas y las consignaciones de entrada y salida, ya sea para la jornada ordinaria, ya sea para la jornada extraordinaria.

Ahora bien, las sanciones señaladas han logrado, aparentemente, su actual licitud por la incorporación de la construcción doctrinaria de complementariedad del tipo por norma emanada de la potestad reglamentaria, donde el Tribunal Constitucional ha confirmado su aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, la infracción por no llevar correctamente el registro de asistencia, al no sumar al fin de cada semana la totalidad de las horas trabajadas, contiene vicios jurídicos que se advierten al relacionar la conducta que se reprocha

¹⁰² STC. Rol 388. 2003. considerando 17.

con la cobertura normativa que justifica la intervención pública a través del acto administrativo sancionador, toda vez que la conducta que se reprocha en nada lesiona al artículo 33 del código del Trabajo, ya que tal artículo obliga a mantener un registro de asistencia. En consecuencia, no se encuentra norma legal del código violada con la conducta advertida por el acto fiscalizador, ni tampoco otra norma de rango legal complementaria al Código del ramo que permita o constituya admisible la aplicación del artículo 506 del Código en comento.

Con todo, es pertinente indicar que la presente infracción se configura en atención a un reproche que se justifica en una obligación, que nace exclusivamente de un decreto supremo, por ende, es imposible y forzado indicar que la norma infra-legal es un complemento de la obligación legal, toda vez que el núcleo esencial de la obligación es autónoma a nivel de norma emanada del ejecutivo, no respondiendo o no teniendo vocación de complementariedad de una obligación legal.

Por último, debemos reconocer que ha quedado pendiente determinar si la palabra “correctamente” sirve o no de elemento típico legal básico que otorgue licitud a los tipos de inferior jerarquía normativa, tales como no consignar la hora de ingreso o no firmar a la hora de salida, asunto que, percibimos, tiene un alcance mayor que el buscado en el presente trabajo, en tanto en principio se debe dilucidar si conceptos normativos o valorativos pueden constituirse en el núcleo esencial de un tipo administrativo, a lo cual desde ya nos declaramos refractarios, en tanto abre la puerta a discrecionalidades que atribuirán consecuencias jurídicas luego de ocurrido el hecho que se reprocha.

2.3.-De los elementos de protección personal

La vigencia del principio de legalidad en el campo del Derecho Administrativo Sancionador, no impide que la administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias. En efecto, el artículo 32 N° 6 de la Constitución faculta al Presidente de la República para dictar

“los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

El ámbito de regulación de esta potestad reglamentaria de ejecución, coincide con aquel que la propia Constitución reserva al dominio legal, si bien le está subordinada. Así, en el ámbito reservado al dominio legal, es la propia Constitución la que permite la potestad reglamentaria de ejecución.¹⁰³ Exigiéndose, de esta manera, que el núcleo esencial de la conducta reprochada se encuentre fijada en norma de rango legal, estándar suficiente para cumplir con el principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

El principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su “núcleo esencial”, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior.¹⁰⁴ Ahora bien, interesante resulta consignar que el Tribunal Constitucional ha indicado, que si la norma reglamentaria se ajusta o no al núcleo esencial de la ley, es una cuestión que debe resolver el juez de instancia y no el Tribunal Constitucional, excluyendo tácitamente tal controversia del ámbito constitucional.

De esta manera, tipos laborales como *“No proporcionar los elementos de protección personal adecuados al riesgo del trabajo que realizan; calzado de seguridad, arnés, botas, uniforme, parkas, lentes de seguridad de los trabajadores”* o *“no informar a los trabajadores de los riesgos que entrañan sus labores, las medidas preventivas pertinentes y los métodos de trabajo correcto, medida necesaria para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores”* se justifican genéricamente en no tomar las medidas necesarias para proteger la vida, salud y en general la integridad física de los trabajadores y, concretamente, en normas de rango infra-legal, violando con ello la garantía de reserva legal que se le exige a toda sanción pública que afecta derechos fundamentales. Específicamente se justifican en conductas típicas contenidas en decretos supremos, norma incapaz en nuestro ordenamiento jurídico de afectar derechos fundamentales.

¹⁰³ STC. Rol 479. 2006. considerando 14.

¹⁰⁴ *Ibíd.* considerando 20.

Estas infracciones carecen de una cobertura normativa lícita y constitucionalmente válida, al establecerse el tipo en una norma incapaz de regular sanciones administrativas por la garantía de reserva legal que instituye nuestro Estado de Derecho, como lo es el Decreto Supremo 594 de 1999. En este sentido, nuestra Carta Fundamental es clara al señalar que la garantía plasmada en el artículo 19 número tres, inciso final, que el *ius puniendi* estatal es posible únicamente mediante una norma jurídica de rango de ley. Es más, nuestro ordenamiento jurídico indica que es materia de reserva de ley el establecimiento de obligaciones legales cuando afectan garantías constitucionales, es la ley la única que puede regular y delimitar tales derechos.

Las infracciones se justifican en normas que no establecen obligaciones precisas y determinadas para el empleador, por ejemplo, el artículo 53 del Decreto Supremo 594 en ninguna parte indica que en la situación fáctica constatada el empleador debe proporcionar zapatos de seguridad. Por ende, este tipo de infracciones esconde el gobierno de las personas por sobre el gobierno de las leyes, nada más contrario a nuestro Estado de Derecho. Todo lo cual debe sostenerse en atención a la garantía de reserva legal en una ley que, clara y precisamente, tipifique las obligaciones legales de los administrados y las sanciones correlativas.

Por otra parte, nótese como el artículo 53 del Decreto Supremo en comento, no cumple con los requisitos necesarios que ha determinado nuestro Tribunal Constitucional para dar eficacia a las normas que establecen sanciones administrativas, toda vez que en ningún caso complementa tal disposición al artículo 184 del Código del ramo, en tanto aquél no indica supuesto fáctico sobre la situación particular donde trabajan los trabajadores implicados y tampoco se dan visos de obligaciones determinadas o determinables que el fiscalizador en el proceso administrativo pueda constatar, siendo que está obligado para aplicar el *ius puniendi* estatal justificarse en una norma general y abstracta que fije el supuesto fáctico.

Con todo, la pereza de nuestro legislador pone en jaque un diseño capaz de aplicar la normativa que regula las obligaciones de seguridad, salud e higiene, en

tanto se plantea desde un pilar únicamente programático, tanto la norma legal como las de inferior jerarquía.

Párrafo 3.- Problemas de tipicidad

El principio de tipicidad exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal), de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia (previa) acerca de la conducta que les resultará exigible. En tal virtud, sólo serán sancionadas aquellas personas respecto de quienes se pueda presumir que han estado en situación de conocer cabalmente lo que se describe como conducta indebida y sujeta a sanción. De esa manera, la Constitución cautela también, que no se produzcan arbitrariedades jurídicas o judiciales en la aplicación de esos preceptos y permite la crítica y el control de las decisiones que se toman en su virtud.¹⁰⁵

Así, la descripción legal previa debe tener la suficiente densidad normativa, esto es que describa de manera suficiente el “núcleo esencial” de la conducta debida, para ser aplicada en un caso sin resultar contrario a la propia reserva de legalidad de la Constitución. En efecto, debe tenerse presente que esa “densidad normativa” requerida por el principio de tipicidad, viene exigida en razón de la seguridad jurídica de los administrados. La ley, norma cuyo conocimiento debe presumirse, está llamada a establecer las conductas debidas, bajo apercibimiento de sanción administrativa, de un modo suficiente para que los obligados tomen noticia al menos del núcleo esencial de la conducta que les resulta obligatoria, bajo apercibimiento de sanción.¹⁰⁶

¹⁰⁵ STC. Rol 480. 2006. Considerando 25.

¹⁰⁶ *Ibid.* Considerando 22.

3.1.- Falta de tipo o inexistencia de tipicidad

3.1.1.- De la distribución excepcional de jornada de trabajo¹⁰⁷

La Inspección del Trabajo suele cursar infracciones por *“no cumplir con resolución que autoriza un sistema excepcional de distribución de jornada,”* sin embargo, en estas infracciones nos enfrentamos a un acto administrativo sin tipo laboral que justifique la intervención, toda vez que el hecho que se reprocha es no haber cumplido con el sistema excepcional de distribución de jornada autorizado por la Dirección del Trabajo y, posteriormente, se aplica el precepto imperativo que regula y establece los requisitos para obtener una autorización de distribución de jornada excepcional. Por lo tanto, se aplica un artículo que no regula el reproche, incluso, estando normalmente fuera de cuestionamiento el hecho que se cumplían todos los requisitos para obtener el beneficio de la autorización administrativa.

Entonces, por ejemplo, si efectivamente se constató el hecho descrito, en una jornada autorizada de 7 X 7 X 12, se constata una jornada de 9 X 5 X 12, se debería haber aplicado el precepto que regula la violación o contravención a la resolución que autoriza la jornada excepcional, sin embargo, se termina aplicando el precepto que regula la obtención o autorización del sistema excepcional de distribución de jornada.

Es interesante destacar que la no regulación de la violación de la resolución que autoriza el sistema excepcional de distribución, implica o evidencia que tal autorización es un beneficio que libera al empleador del cumplimiento de la distribución de jornada establecida en el código y, por ende, el no cumplimiento de la resolución autorizante obliga a mirar las conductas reprochadas bajo la luz de la distribución de jornada que realiza en forma general el código. Determinando, en consecuencia, la licitud o ilicitud laboral de la distribución de jornada de acuerdo a las reglas generales que establece la norma laboral, las cuales en ningún caso se

¹⁰⁷ El incumplimiento a los deberes que imponen los actos administrativos autorizatorios para efectos de mantener un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo, se torna de especial relevancia si se tiene presente la promiscua proliferación de estas “excepcionales” autorizaciones liberatorias de las reglas legales generales y, consecuentemente, la enorme masa de trabajadores que tienen determinada sus jornadas laborales en virtud de tal acto administrativo, en tanto práctica generalizada en importantes sectores productivos; Minería, construcción, forestal, guardias y vigilantes, Clínicas, industrias.

traen a colación en este tipo de infracciones que suele cursar la Inspección del Trabajo.

En consecuencia, y en atención a que estos actos administrativos sancionadores justifican su intervención en un artículo e inciso que no regula la conducta criticada por la Inspección del Trabajo, estas infracciones carecen de justificación normativa que habilite la imposición de la multa. Lo anterior, en atención a que toda resolución administrativa, más cuando es sancionatoria, debe justificarse debidamente en una norma jurídica que permita determinar al administrado sancionado, que la agencia pública se encuentra actuando dentro de sus atribuciones, en su competencia y de acuerdo a Derecho.

En este sentido, se tornan totalmente ilegales y contrarias a nuestra base de juridicidad sanciones administrativas que se justifican en preceptos que regulan la obtención de una voluntad pública liberatoria, pero que en ningún momento establece en el artículo 38, inciso sexto, de nuestro código del ramo sanción para la contravención de la regulación establecida en el acto administrativo autorizante. En este orden de ideas Melis y Sáez,¹⁰⁸ son categóricos al señalar que el artículo 38, inciso sexto, establece una facultad discrecional de la Dirección del Trabajo para liberar al empleador de los marcos ordinarios que establece la ley sobre jornadas, pero jamás en doctrina y jurisprudencia alguna se sostiene que en el 38 inciso sexto se establezcan supuestos fácticos que determinan una conducta vinculante y menos que en tal precepto se establezca una sanción administrativa en caso de contravenirse el supuesto, todo lo cual es lógico y razonable en un Estado de Derecho donde los supuestos fácticos, reprochables jurídicamente, deben establecerse únicamente en una norma de rango legal al igual que la sanción consecuencial al supuesto torcido.

Remisión: Del descanso dentro de la jornada

En cuanto a la jornada, por la particularidad e importancia práctica de los turnos cortados en la gestión de recursos humanos, debemos mencionar como la Dirección del Trabajo ha llegado a sancionar por *“no otorgar un tiempo de colación*

¹⁰⁸ Melis, C. y Sáez, F. El contrato de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo. Editorial *Legal Publishing*. 2008. p. 322.

para fines de alimentación; exceder el máximo de 45 horas semanales de la jornada ordinaria legal dividiéndola – jornada diaria- en dos partes para efectos distintos que la colación” en su clara vocación de establecer tipos laborales, siendo en nuestro Derecho una decisión lícita y constitucionalmente legítima de gestión, dividir la jornada diaria en dos turnos por el tiempo de colación, toda vez que nuestro Derecho no establece un máximo de tiempo para tal descanso.

3.1.2.- De la seguridad, higiene y salud en faenas

La conducta laboral consistente en *“no tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, al no contratar o disponer de personal de apoyo a las labores de supervisión de terreno en circunstancia de licencia médica o feriado legal de una de las dos trabajadoras que cumplen esta función”* no sólo no se encuentra tipificada en norma laboral alguna, sino que también por ley ningún acto público puede exigir a un privado contratar personal, toda vez que afectaría el derecho fundamental de libertad económica y concretamente el artículo 19 número 16 de la Carta Fundamental, donde se consagra la libertad para contratar, privando su ejercicio en su esencia, violando la garantía reconocida en el artículo 19 número 26 de la Constitución, que nuestra Carta Fundamental reconoce a todo administrado.

Este tipo de infracciones se alejan claramente de las garantías que otorga un Estado de Derecho, al dejar por establecido que el no contratar personal de supervisión constituye una afectación a la vida y salud de los trabajadores, toda vez que cualquier empresa tiene los más diversos mecanismos para conseguir proteger la vida y salud de sus trabajadores. En este sentido, resulta entonces, que es imposible que una empresa sea sancionada por no contratar el personal necesario, ya que ello afecta la esencia del derecho fundamental a la libertad para contratar, y civilmente a la autonomía de la voluntad, el cual es impenetrable por los actos públicos, ya sea por ley u acto administrativo como acontece en la presente infracción.

Similar a lo anterior ocurre con las corrientes infracciones “no contar con casilleros en número igual al total de trabajadores ocupados en la faena” y “no proporcionar los elementos de protección personal adecuados al riesgo del trabajo que realizan consistente en casco, arnés, protector solar, zapatos de seguridad certificado”, toda vez que este tipo de infracciones, como ya se ha visto, se justifican normativamente en un artículo que no establece obligaciones concretas y determinadas, ya que el artículo 53 al igual que el artículo 184 en su contenido resultan ser únicamente disposiciones programáticas, pero en ningún caso establecen obligaciones concretas, por ende, nos enfrentamos a un claro caso de obligación creada por el funcionario público y no por una norma general y abstracta.

Claramente en la presente infracción no se respeta nuestra base de Estado de Derecho, donde la característica básica consiste en que las obligaciones y deberes que nacen de una fuente diferente a la voluntad obligada provengan *ex-ante* de una norma general y abstracta que defina con precisión los deberes y obligaciones, en el caso concreto, de los administrados. No verificándose que nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 53 del decreto supremo 594 de 1999 obligue a realizar la conducta reprochada.

Por último, terminamos esta trilogía desconcertante con una infracción que suele cursar la Inspección del Trabajo en los siguientes términos “permitir que trabajadores se alimenten durante jornada de trabajo”, sustentada en el artículo 20 del reglamento 969, donde en ningún caso se prohíbe la ingesta de alimentos durante la jornada de trabajo, toda vez que tal precepto obliga a colocar libros de asistencia, a que estos sean firmados por los empleados, que se indique con precisión en estos la hora de entrada y salida de los trabajadores y que se registren también las ausencias.

3.1.3.- De los incumplimientos contractuales

3.1.3.1.- Del no pago de remuneraciones

En atención a los artículos 55, inciso 1º, 7 y 506 del Código del Trabajo, suele cursar la Inspección del Trabajo infracciones por “no pagar remuneraciones,” “no pagar horas extraordinarias” y “no pagar remuneraciones íntegramente,” sin embargo, en atención al principio de juridicidad consagrado en nuestro artículo séptimo de la Constitución Política de la República, como se ha venido diciendo, ningún órgano público puede atribuirse facultades que no le han sido conferidas por la Constitución o la ley.

En este sentido, las infracciones son cursadas por incumplimientos contractuales libremente pactados por las partes en el contexto de su relación privada y en ningún caso el eventual incumplimiento está previsto en una norma objetiva de orden público. No existe norma legal laboral que indique que se debe pagar remuneraciones íntegramente.

La Inspección del Trabajo escapa de sus competencias que consisten en fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral –artículo segundo de la ley orgánica de la Dirección del Trabajo,- toda vez que, eventualmente, existe un incumplimiento a las obligaciones del contrato y en ningún caso una infracción a una norma legal laboral, lo cual se hace más evidente a la hora de justificar su infracción el acto administrativo fiscalizador, ya que ni el artículo 7 ni el 506 prescriben el deber legal de pagar íntegramente remuneraciones. El primero, el artículo séptimo, es un claro precepto descriptivo,¹⁰⁹ no establece el deber de una conducta determinada y, el segundo, “las infracciones a este código y a sus leyes complementarias...” demuestra que se pueden cursar infracciones por contravenir una norma objetiva con rango de ley, como lo dice la ley del servicio público “velará por el cumplimiento de la legislación laboral,” pero en ningún caso se puede sancionar por la Inspección del Trabajo un incumplimiento contractual sin una norma legal laboral irrenunciable que la sostenga.

¹⁰⁹ Rojas, I. Manual de Derecho del Trabajo. *Op. cit.* p. 21. y Lizama, L. Derecho del Trabajo. *Op. cit.* p. 17.

Todo lo anterior es sumamente lógico desde la óptica contractual sobre la cual se estructura el Derecho Laboral, donde un tercero imparcial –tribunales- debe declarar un derecho, previo impulso de parte y, desde una óptica de Derecho Público, la intervención pública en la relación privada requiere una ley que prescriba expresa y explícitamente la conducta sancionada y la sanción correlativa, como así también la atribución concreta que autoriza y justifica la intervención, ya que es una intervención sancionadora que de suyo afecta derechos fundamentales, por ende, requiere cumplir con las garantías del Derecho Administrativo Sancionador.

Entonces, existe una imposibilidad normativa del sistema jurídico para que se curse una infracción por no cumplir con una cláusula contractual que está más allá de los mínimos irrenunciables que establece la legislación laboral y, principalmente, producto de la inexistencia de una prescripción que tipifique y sancione la conducta en cuestionamiento.

Además, este tipo de intervenciones públicas se justifican en una norma, artículo 55 inciso 1º del Código del ramo,¹¹⁰ que no trata diferencias de montos en las remuneraciones, sino que versa sobre la periodicidad de las remuneraciones, en consecuencia, el precepto que justifica la intervención es inidóneo para validar y legitimar un acto administrativo sancionador como el presente.

En consecuencia, el artículo 55 del código del ramo no indica en caso alguno como obligación legal pagar íntegramente la remuneración que se debe, dejando entonces, tal asunto de resorte exclusivo de tribunales, desprendiéndose claramente que la agencia fiscalizadora para el fiel cumplimiento de la legislación laboral, en caso alguno puede reprochar por norma objetiva de orden público el no pago íntegro de las remuneraciones, indicándose únicamente por la legislación laboral, en lo que se refiere a las remuneraciones, que debe existir determinada periodicidad, lo cual si debe ser fiscalizado por la Inspección del Trabajo, pero no si el monto de remuneración es el debido, asunto plenamente coherente con el

¹¹⁰ Siguiendo a Irene Rojas, en el artículo 55 del CT se establece una protección legal a las remuneraciones referida a la periodicidad. Rojas, I., Manual de Derecho del Trabajo. *Op. cit.* p. 159.

enfoque neoliberal que inspiró el plan laboral y que es la base de la actual legislación.

Ahora bien, este tipo de infracciones se tornan odiosas y rayanas en las más ácidas conjeturas cuando se cursan por no pagar íntegramente las remuneraciones consistentes en días de permiso sindical,¹¹¹ toda vez que el artículo 249 del Código del ramo, inciso tercero, señala que *“el tiempo que abarquen los permisos otorgados a directores o delegados para cumplir labores sindicales se entenderá trabajado para todos los efectos legales, siendo de cargo del sindicato respectivo el pago de las remuneraciones, beneficios y cotizaciones previsionales de cargo del empleador que puedan corresponder a aquellos durante el tiempo de permiso,”* y el inciso siguiente indica que una alteración a la situación anterior es posible mediante una negociación en el respectivo acuerdo colectivo. Por lo tanto, para realizar tal reproche que es imposible debería, sin embargo, igualmente constatar que se pactó que el tiempo por permisos sindicales se pagaría por el empleador, asunto que no tiene como parte integrante del tipo laboral la Inspección del Trabajo.

Asunto diferente ocurre con las infracciones que dicen relación con el pago de remuneraciones pero se refieren concretamente a *“pagar correctamente semana corrida”* y *“pagar un sueldo base inferior al ingreso mínimo legal,”* toda vez que si existe tipo infraccional laboral para justificar la intervención sancionadora de la administración en estos casos.

Además, la Inspección del Trabajo suele cursar una serie de multas, que dicen relación con el pago de horas extraordinarias, que carecen de toda cobertura normativa, toda vez que no existe tipo laboral que reproche el *“no pago de horas extraordinarias,”* asunto diverso a *“no pagar correctamente horas extraordinarias”* o *“no pagar horas extraordinarias conjuntamente con las remuneraciones ordinarias,”* ya que estos dos últimos reproches laborales si contienen cobertura normativa que justifica la intervención y configura el tipo que realiza el empleador sancionado.

¹¹¹ Una de las características de los permisos sindicales es que será de cargo del sindicato el pago de remuneraciones que puedan corresponder a los dirigentes durante el tiempo del permiso. Palavecino, C., Derecho Colectivo del Trabajo. Separata Universidad de Talca. 2002. p. 42.

3.1.3.2.- De la no entrega del trabajo convenido

Este tipo de infracciones cursadas por la Inspección del Trabajo, en atención a los artículos 7 y 506 del Código del Trabajo, sancionan con una multa administrativa el incumplimiento de una obligación contractual, lo cual es imposible al tener a la vista que únicamente las contravenciones a las normas prohibitivas o imperativas de orden público pueden traer aparejadas sanciones públicas, pero nunca un incumplimiento a las obligaciones que emanan de un fuente privada, como es un contrato de trabajo.

En este sentido, es importante destacar la naturaleza descriptiva del artículo séptimo del Código del Trabajo, por ende, en absoluto podemos determinar que el no cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato de trabajo genera una contravención al orden público laboral, susceptible entonces, de eventuales multas administrativas. Lo anterior, se torna más evidente de la sola lectura del artículo 506 del código del ramo, el cual indica que se sancionará las infracciones al Código del Trabajo y a la legislación complementaria, por ende, es evidente la imposibilidad normativa y dogmática de sancionar con una multa un incumplimiento a las obligaciones del contrato.

A mayor abundamiento, nótese que desde los contratos emanan únicamente derechos subjetivos, los cuales pueden ser exigidos solamente por los titulares de dichos derechos, pero jamás el Estado por iniciativa propia. Es más, los derechos subjetivos pueden ser renunciados por sus titulares, en atención al carácter privado de las cláusulas que emanan de los contratos de trabajo.¹¹²

Por lo tanto, observándose la imposibilidad de una obligación legal a cumplir las obligaciones del contrato, toda vez que degeneraría la institución del contrato donde se asienta la relación laboral en la dogmática laboral chilena y, por otra parte, no existiendo norma prescriptiva de orden público violada o contravenida, no cabe más que considerar antijurídica las intervenciones como las sindicadas. Todo, producto de no contravenirse en aspecto alguno la normativa de orden público, sino que únicamente no cumplirse con las obligaciones que impone

¹¹² Por todos, artículo 12 del Código Civil.

el contrato de trabajo, lo cual va más allá de la esfera del orden público, por ello, no es de resorte de la Dirección del Trabajo revisar el cumplimiento de las obligaciones de un contrato, salvo que sean mínimos irrenunciables de orden público, caso que no acontece por el carácter descriptivo del artículo séptimo y la naturaleza contractual de la relación laboral.

Este tipo de infracciones carecen de cobertura normativa, ya que con las conductas que se reprochan no se contravienen deberes u obligaciones legales de orden público laboral previamente establecidas. No se viola, en ningún caso, la legislación laboral que está llamada a fiscalizar la Inspección del Trabajo, a la cual como agencia estatal se le encuentran proscritas las competencias sobre los derechos subjetivos que emanan de fuentes jurídicas privadas. Es más, la obligación esencial del empleador es pagar una remuneración, por mientras que es *obligación del trabajador prestar el servicio convenido*, obligación que es a beneficio del empleador, por ende, totalmente renunciable por este último.

Este tipo de infracciones son contrarias al ordenamiento jurídico chileno, al justificarse en un artículo que no establece obligaciones precisas y concretas para el administrado, además tal precepto es meramente descriptivo y, por ende, no genera obligación objetiva alguna, sólo confirma la lógica civilista del Derecho del Trabajo en cuanto sostiene que las obligaciones recíprocas de las partes emanan del contrato. En consecuencia, la obligación de realizar el trabajo convenido es única y exclusivamente del trabajador, siendo un derecho subjetivo para el empleador esencialmente renunciable.

Con todo, esta infracción laboral está en fuerte pugna con los principios y garantías que impone el Derecho Administrativo Sancionador, tanto en la necesidad de justificar la intervención en una norma válida y legítima y, principalmente, por evidenciarse un desplazamiento de la competencia de la Inspección, más allá de la facultad que posee de velar por el fiel cumplimiento de la legislación laboral, careciendo de facultades para reprochar el incumplimiento de las cláusulas contractuales de los contratos de trabajo.

3.1.3.3.- En general: de los incumplimientos contractuales acordados libremente

Es de ocurrencia común que la Inspección del Trabajo curse infracciones tales como *“No pagar íntegramente los beneficios contractuales acordados libremente por las partes, respecto de los trabajadores José, Sergio, Félix, por el beneficio de colación y movilización respecto del periodo diciembre 2008, por cuanto, se canceló un monto inferior al que se venía cancelando hasta el mes de noviembre de 2008, en consideración al artículo 7 del código.”* Ahora bien, según lo que se viene señalando, esta infracción debe considerarse antijurídica, toda vez que en atención al principio de juridicidad consagrado en nuestro artículo séptimo de la Constitución Política de la República, ningún órgano público puede atribuirse facultades que no le han sido conferidas por la constitución o la ley. En este sentido, la infracción fue cursada por un incumplimiento contractual libremente pactado por las partes, en el contexto de su relación privada, y en ningún caso el eventual incumplimiento está previsto en una norma objetiva de orden público.

No existe norma legal laboral que indique que se debe pagar movilización y colación a los trabajadores. En consecuencia, la Inspección del Trabajo escapa de sus competencias que consisten en fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral –artículo segundo de la ley orgánica de la Dirección del Trabajo- en tanto existe un incumplimiento a las obligaciones del contrato y en ningún caso una infracción a un tipo laboral, lo cual se hace más evidente a la hora de justificar su infracción en el acto administrativo fiscalizador, ya que ni el artículo 7 ni el 506 prescriben el deber de pagar movilización y colación.

Excurso: De los incumplimientos de contratos o acuerdos colectivos de trabajo

En el presente apartado se hace un análisis crítico de la doctrina de la Dirección del Trabajo respecto de lo prescrito en el artículo 349, inciso segundo, del Código del Trabajo, donde la redacción del tipo cubre de un manto aparente de juridicidad la aplicación de una multa administrativa por incumplimiento de un acuerdo colectivo o fallo arbitral.

- Sanción especial

El artículo 349 inciso segundo del Código del Trabajo ha tenido hasta la fecha una incorrecta interpretación y consecuente aplicación o, derechamente, nos enfrentamos a un precepto claramente inconstitucional, en virtud de no respetar ni ínfimamente la garantía de reserva legal y de tipicidad que asegura nuestro Estado de Derecho a todo administrado.¹¹³

La garantía de reserva legal se conculca plenamente al tener el precepto legal, como conducta típica, un incumplimiento contractual, cuya fuente es la autonomía privada y en ningún caso una norma emanada del legislador o, al menos de un órgano público, para admitir la discusión de tratarse de una norma administrativa en blanco impropia¹¹⁴, autorizada por la relatividad que permite y exige la intervención pública reguladora de una actividad lícita. En consecuencia, si bien es cierto la pena por la verificación de lo descrito se encuentra establecida por rango legal, no es menos cierto que la conducta que se reprocha se desconoce totalmente al observar la normativa legal, toda vez que al prescribir el no cumplir las obligaciones del acuerdo colectivo, únicamente la norma está remitiendo la determinación de la prohibición a la fuente privada, tornándose en lo que Binding llamaba “un cuerpo errante en busca de alma”.¹¹⁵

Ahora bien, algunos autores sostienen el carácter normativo de los acuerdos colectivos para efectos de observar la eficacia jurídica de los mismos, sin embargo, sostenemos que tal vez se puede plantear un *cuasi* carácter normativo para la aplicabilidad -eficacia jurídica- de tales contratos o convenios colectivos,

¹¹³ Véase Tipificador de hechos infraccionales: pautas para aplicar multas administrativas. Dirección del Trabajo. Código 1222-a. p. 67.

¹¹⁴ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Jurídica de Chile. 2004. p. 98.

¹¹⁵ Citado en Politoff, Matus y Ramírez. *Ibid.* p. 97.

pero en ningún caso se puede concluir que en un instrumento que regula intereses privados se constituyan normas de orden público, requisito esencial para habilitar una multa administrativa, sin perjuicio que de todos modos carecería del rango legal.

En cuanto a la garantía de tipicidad, esto es, la adecuación de una conducta del mundo real a la descripción legal,¹¹⁶ sólo viene a confirmar el hecho irrefutable de no encontrarse en norma de rango legal la conducta contravenida que se reprocha, en tanto el empleador no conoce el conjunto de elementos que integran la conducta típica administrativa laboral que busca sancionar el artículo 349, inciso segundo, del Código del ramo, en tanto se omite totalmente por el ordenamiento jurídico la descripción de los incumplimientos que verifica la conducta reprochable jurídicamente. De esta manera, aunque en apariencia la tipicidad de la conducta infractora es el incumplimiento de los acuerdos colectivos, ello no es más que una técnica jurídica que esconde la ausencia de conducta típica administrativa, en tanto no se especifica en norma alguna de orden público incumplimientos que constituyen conducta infractora.

Con todo, la eventual multa que se consagra en el precepto en estudio tiene serios problemas para configurarse como una multa jurídicamente válida en nuestro Estado de Derecho, más cuando carece del verbo rector material que configure conducta reprochable por un órgano público, que constata hechos materiales, toda vez que con la palabra “incumplimientos” el precepto se mantiene en su realidad normativa no verificable por los sentidos. Por lo tanto, concluimos que la denominación “multa” únicamente lleva a error, en tanto en ningún caso el artículo 349, inciso segundo, del Código del ramo configura un tipo infraccional laboral.

- Más allá de las comisiones especiales

La Dirección del Trabajo no se encuentra facultada para determinar el incumplimiento de las obligaciones que emanan de una fuente contractual privada, ya sea individual o colectiva, por consiguiente jamás legal y constitucionalmente

¹¹⁶ Politoff, Matus y Ramírez. *Op. cit.* p. 98 p. 185.

podrá pronunciarse sobre el cumplimiento de acuerdos colectivos, aunque la obligación incumplida sea un hecho claro, preciso y determinado, toda vez que al constatar el hecho regulado en la fuente privada, necesariamente está atribuyendo derechos subjetivos para las partes, asunto diverso a pronunciarse sobre la contravención a una norma objetiva de orden público.

De esta manera, el legislador ha preferido en el tópic que hemos venido tratando excluir, en principio, expresamente a la agencia pública de la aplicación de la supuesta multa consagrada en el artículo 349 del Código del Trabajo, lo cual era constitucionalmente necesario en virtud de la garantía a un justo y racional procediendo que exige la presencia de un juez natural, esencialmente independiente, rasgo que no se observa en una agencia pública administrativa.

Así, la Inspección del Trabajo cuando interviene sancionando un incumplimiento de un acuerdo colectivo o fallo arbitral, justificada en una cobertura normativa como es el artículo 349, inciso segundo, del Código del Trabajo, se atribuye competencias que la propia ley le ha privado, toda vez que el artículo mencionado se refiere a la facultad que se otorga al tribunal, que está conociendo de un incumplimiento a las obligaciones que emanan de los acuerdos colectivos y fallos arbitrales, facultad que en ningún caso posee la Inspección del Trabajo según lo señalado más arriba y menos justificada en el artículo 349.

Lo anterior, se sustenta plausiblemente de la sola lectura del inciso tercero del artículo 349 del código del ramo, el cual indica literalmente que *“lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de las facultades de fiscalización que sobre el cumplimiento de los contratos y convenios colectivos y fallos arbitrales corresponden a la Dirección del Trabajo”*, por lo tanto, es imposible que el inciso segundo del artículo 349, ya citado, se esté refiriendo a la posibilidad que la Inspección del Trabajo pueda aplicar las sanciones prescritas en tal artículo del código del ramo. Más cuando el propio inciso segundo, expresamente indica que la multa indicada se regirá por iguales preceptos que rigen las multas cursadas por la Inspección del Trabajo, señalándose con ello que aunque se trate de una multa con origen diverso, igualmente se

aplican las normas generales para las multas laborales, discernimiento posible de la distinción que formula.

Lo anterior resulta lógico al observar la naturaleza jurídica de los acuerdos colectivos, esto es una fuente obligacional privada, donde se torna imperativo que sea un órgano independiente e imparcial el que debe determinar los derechos y obligaciones de las partes de un contrato o convenio colectivo. Denotándose con ello la prevención que realizó el legislador, al percatarse que la aplicación de la sanción que fijaba era únicamente posterior a la declaración de un incumplimiento contractual, por ende, sólo es posible que un tercero imparcial, no ejecutor de la política pública laboral, aplique la sanción al empleador que ha incumplido el acuerdo colectivo, incentivando el cumplimiento de los mismos.

- Interpretación conforme y de *lege ferenda*: *Cláusula penal*

Dado que hemos sostenido en el transcurso de este apartado que en ningún caso nos enfrentamos a una multa administrativa en el artículo 349 del Código del Trabajo, lo cual de suyo excluye toda competencia de la agencia pública, no es menos cierto que el mismo legislador deja expresamente señalado que los Tribunales de Justicia conocerán de la indiscutible sanción legal que se establece en el artículo en comento. En este sentido, propio es razonar para efecto de otorgar un sentido y alcance conforme a nuestro Estado Democrático y Constitucional de Derecho a la norma en estudio, que tenga en observancia la integridad del sistema jurídico y la lógica del legislador perfecto, que maximice nuestro sistema democrático.

Luego, en este enfoque nos resulta razonable declarar que en el artículo 349, inciso segundo, se establece una verdadera "cláusula penal" legal para efectos de dar eficacia al cumplimiento de las obligaciones contraídas en el instrumento colectivo, toda vez que con ello se da plena funcionalidad a las garantías de nuestro Estado de Derecho y consecuentemente el efecto querido por el legislador democrático, en el sentido de aumentar la eficacia de las cláusulas de los acuerdos colectivos, reduciendo los riesgos para el acreedor, normalmente los trabajadores o el sindicato, en tanto se constituye en una verdadera caución indisponible para las

partes, donde el empleador se encuentra obligado a pagar a beneficio fiscal -tercero- una monto dinerario en caso de no cumplirse alguna obligación del acuerdo colectivo.

Como hemos observado, este apartado promueve la opción dogmática de establecer en el artículo 349, inciso segundo, del Código del Trabajo una verdadera “cláusula penal” legal posible de aplicar únicamente por los Tribunales de Justicia. Ahora bien, el razonable temor de incurrir en la pena inducirá al empleador a cumplir fielmente la obligación, sin embargo, la cuantía puede llegar hacer irrisoria frente a determinadas obligaciones que emanan de acuerdos colectivos, incluso si se consideran los aumentos del artículo 506 del Código del Trabajo que podría facultar al Tribunal para aplicar un máximo de 30 UTM. Por lo tanto, en el contexto de una futura flexibilidad, pactada razonable, sería modificar la sanción del precepto latamente estudiado, ya sea por medio de mayor amplitud para los Tribunales y/o, derechamente, con parámetros de proporcionalidad a la obligación principal incumplida.

3.2.- Falta de constatación de elementos que integran el tipo

3.2.1.- De las obligaciones en jornadas exceptuadas del descanso dominical.

Es de corriente en el mercado laboral observar industrias que por la naturaleza de sus funciones clasifican en alguno de los supuestos del artículo 38, inciso primero del Código del Trabajo, quedando con ello exceptuados del descanso dominical sus trabajadores, pero naciendo como contrapartida para estos dependientes los derechos consagrados en el inciso tercero de tal artículo, *“no otorgar descanso semanal compensatorio a los días domingos y festivos trabajados”*, y eventualmente el derecho consagrado en el inciso cuarto, esto es *“no otorgar al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario en día domingo”* cuando califica en los numerando 2 y 7 del artículo 38, sin embargo, el presente grupo de infracciones carecen de los elementos necesarios que se deben constatar para configurar el tipo laboral.

Observamos irrefutablemente que estas infracciones se sustentan y justifican en el artículo 38 incisos 3º y 4º del Código del Trabajo, sin embargo, en un sentido hermenéutico, literal y lógico este artículo se aplica a un supuesto excepcional, a otra situación diferente de la regla general respecto del descanso semanal. En este sentido, el supuesto general prescrito en el artículo 35 indica que *“los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso,”* indicándose en el artículo 37 inciso primero, todo del código del ramo, que *“las empresas o faenas no exceptuadas del descanso dominical no podrán distribuir la jornada ordinaria de trabajo en forma que incluya el día domingo o festivo...”* por lo tanto, si nada se indica en la infracción respecto del supuesto al cual nos enfrentamos, lógico y obvio resulta pensar que nos encontramos en el supuesto general y, por ende, la violación al supuesto general debe ser sancionada por contravención a los artículos 35 y 37 ya citados.

Ahora bien, es corriente que se sancione por los supuestos prescritos en el artículo 38 inciso 3º y 4º, el cual rige para las situaciones de excepción establecidas en el artículo 38 números 1 a 8, siendo que nada se constató por el fiscalizador respecto a que el empleador se encontraba en una situación de excepción y que, por ende, se hace aplicable el inciso 3º o 4º, condición o requisito de procedencia

para aplicar estos incisos que rigen para la situaciones de excepción, la cual no se advierte por la Inspección cuando configura estos tipos.

En consecuencia, para hacer aplicable los inciso 3º y 4º es necesario indicar que el sancionado se encontraba en una de las situaciones o supuestos de excepción, toda vez que de otra manera es imposible que se pueda contravenir tal inciso y como nada se dice sobre el hecho de encontrarse en un supuesto de excepción, no cabe más que entender que la relación laboral fiscalizada se encontraba en el supuesto general, donde no le es aplicable el inciso que justifica las infracción en comento. De esta manera, es necesario indicar en el acto administrativo sancionador, para que el fiscalizador pueda hacer aplicable los incisos en comento, el hecho fáctico que la empresa en virtud de tales numerando - 1 a 8- se encontraba en un supuesto excepcional que admite la aplicación de los tantas veces citados inciso 3º y 4º.

Además, téngase presente que las excepciones siempre deben en Derecho ser expresamente indicadas, no así las reglas generales que suponen la normalidad conocida por todos, entonces, es una condición esencial para aplicar los incisos en comento del artículo 38, que literalmente señala que se aplica para las empresas que operan en régimen de excepción, constatar en la configuración que efectivamente la empresa se encuentra en determinado supuesto de excepción, que provoca la configuración de lo prescrito en los incisos ya nombrados.

3.2.2.- De los procesos continuos y discontinuos

Una infracción cotidianamente cursada por la Inspección del Trabajo a industrias que ocupan una masa considerable de trabajadores y que por sus características han sido el paradigma de protección del Derecho del Trabajo, es *“no otorgar, a lo menos, el tiempo de media hora destinada a colación al trabajador, no tratándose de un trabajo de proceso continuo.”* Sin embargo, esta sanción administrativa, en la forma de aplicarse por la agencia, contiene claros rasgos de ilicitud.

Lo anterior se observa en el sentido que el artículo 34 inciso segundo del Código del ramo, indica que en caso de duda resolverá la Inspección del Trabajo si es de proceso continuo o no, claramente que esa duda debe ser de las partes de la relación laboral, quienes voluntariamente le otorgan a la Inspección, en su calidad de tercero, que decida si es o no un trabajo de proceso continuo, pero si las partes nada le han solicitado a la Inspección del Trabajo y ésta se pronuncia sin que los privados soliciten la calificación jurídica por parte de la agencia pública, esta última no tiene atribuciones para realizar tal función de intérprete de los hechos y declarante de derechos y obligaciones de privados en sus relaciones privadas, en tanto no recurra una de las partes al menos, a la facultad de la Dirección del Trabajo de decidir el tipo de trabajo que reconoce la ley en la Inspección del Trabajo.

De esta manera, el artículo 34 inciso segundo en comento obliga a ser interpretado en el sentido que en caso de duda de los privados vinculados en la relación laboral, estos puedan dar la facultad a la Inspección del Trabajo para que decida. Sin embargo, normalmente la Dirección Trabajo no constata que se entregó por los involucrados tal competencia y que existía una decisión de ésta en señalar que no era de proceso continuo, requisitos previos para cursar una infracción por no otorgar el descanso dentro de la jornada.

En consecuencia, se debe observar que el legislador pone el foco en estas infracciones, sobre la naturaleza de las funciones que ejerce el trabajador y no en el trabajador concreto que realiza las funciones. Por ende, aunque sea posible el cambio de trabajador en atención a su calificación técnica, ello no es relevante para determinar si nos enfrentamos o no a un trabajo de proceso continuo como si lo es la función laboral que realiza el trabajador. Todo lo cual es armónico con el paradigma de bienestar que tiene en vista el legislador, promoviendo la mayor eficiencia posible dentro de un mercado intervenido, con pleno respeto a los derechos fundamentales, respeto que en, un país democrático como el nuestro, se encuentra regulado por el legislador.

3.2.3.- De la jornada ordinaria y extraordinaria

La Inspección del Trabajo normalmente configura incorrectamente las sanciones por exceso de horas ordinarias o extraordinarias diarias, principalmente, por no constatar todos los elementos que contienen los siguientes tipos laborales: *“Exceder el máximo de 10 horas ordinarias diarias,”* en atención al artículo 28, inciso segundo, y *“exceder el máximo de dos horas extras por día,”* en consideración a los artículos 31 inciso primero, ambos del Código del Trabajo. En el primer caso el hecho reprobado puede no responder a un exceso de horas ordinarias sino que tratarse de horas extraordinarias o a un exceso de estas, por ende, para configurar el reproche se debe constatar que no existen horas extraordinarias por la inexistencia de pactos de horas extraordinarias o, por ejemplo, no indicar en la liquidación de remuneraciones el pago de horas extraordinarias, constatación que no establece la Dirección del Trabajo en sus infracciones.

Lo anterior, es armónico con lo prescrito en el artículo 21 y 22 del código del ramo que versan sobre jornada ordinaria, en tanto que el primero habla de jornada referida al tiempo que el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato y, el segundo, indica literalmente que la jornada ordinaria no excederá los 45 horas semanales, dando cuenta con ello que la jornada ordinaria implica un continuo, esto es una permanencia en el tiempo. A mayor abundamiento, el artículo 29 inciso final indica que las horas trabajadas en exceso se pagarán como extraordinarias. Por lo tanto, si no se constata en la configuración de la infracción que no existían horas extraordinarias, es imposible que nos enfrentemos a una situación donde se afecte la normativa que prohíbe que la jornada ordinaria de trabajo supere las 10 horas.

Por otra parte, en cuanto se refiere al segundo tipo infraccional laboral y en atención al artículo 30 del Código del Trabajo, en la configuración de estas infracciones, esto es al describir los elementos constitutivos de la conducta que se reprocha, se omite considerar uno de los elementos esenciales de la jornada extraordinaria, sin el cual la conducta observada no constituye en ningún caso un ilícito laboral. En este sentido, según se desprende de nuestro diseño institucional

laboral es indispensable en la configuración de la infracción, que el fiscalizador constate que efectivamente el trabajador implicado se encontraba sujeto a jornada ordinaria diaria, hecho que no se constata normalmente en este tipo de sanciones, ya que significaría plasmar alguna frase semejante al siguiente tenor “encontrándose el trabajador sujeto a jornada diaria ordinaria”. Acto esencial para configurar un incumplimiento a las reglas de la jornada extraordinaria.

De esta manera, lo sostenido se vuelve evidente al observar que el artículo 30 del Código del Trabajo indica literalmente que *“se entiende por jornada extraordinaria la que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuese menor”*. En consecuencia, la jornada extraordinaria es accesoria, esto es que sólo vive en cuanto exista la jornada ordinaria –legal o contractual-, por ello resulta indispensable para encontrarse en una jornada extraordinaria, que los trabajadores se encuentren sujetos a jornada ordinaria diaria, si no puede ocurrir que el tiempo trabajado que se fiscaliza responda o se constituya como jornada prolongada o parcial o, derechamente, al no evidenciar la accesoriadad del supuesto fiscalizado nos enfrentemos a una jornada ordinaria, donde se permite por mucho superar las dos horas por día, más cuando nuestra doctrina está conteste en la naturaleza semanal de la jornada extraordinaria.¹¹⁷

Por lo tanto, siendo uno de los elementos esenciales para la configuración de la jornada extraordinaria la extensión de la jornada ordinaria, resulta obligatorio al momento de describir la conducta reprochada, constatar y describir en su configuración si el trabajador afectado, eventualmente, en sus derechos laborales, se encontraba en jornada ordinaria. De esta manera, estas infracciones omiten dejar por establecido que el trabajador se encontraba sujeto a jornada ordinaria, elemento esencial indispensable para admitir algún reproche por conductas contrarias al estatuto regulatorio de la Jornada extraordinaria, al ser esta una extensión de la jornada ordinaria.

¹¹⁷ Melis C. y Sáez, F. El contrato de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo. *Op. cit.* p. 354.

3.3.- Incorrecta aplicación del tipo justificativo de la infracción laboral: problemas entre cláusulas mínimas del contrato, modificaciones al contrato y ejercicio del *ius variandi*.

Este error en que suele incurrir la Inspección del Trabajo versa sobre la problemática que se plantea al fiscalizador cuando tiene que determinar el tipo laboral que se configura en el supuesto que constata, concretamente en lo referente a la existencia de cláusula mínima, actualización o modificación del contrato de trabajo y ejercicio del *ius variandi* empresarial.

En este sentido, en virtud de la naturaleza de tracto sucesivo del contrato de trabajo, se cursan infracciones por no contener el contrato de trabajo estipulaciones referidas a bonos que se han ido agregando a las remuneraciones del trabajador, tales como percepción de bonos por asignación y desempeño y bono de instalación, justificándose tal reproche en el artículo 10 del Código del Trabajo, esto es *cláusulas mínimas que debe contener el contrato de trabajo por escrito*, sin embargo, debe existir normalmente cláusula originaria en el contrato de trabajo sobre remuneraciones, por ende, es menester justificar la sanción que reprocha tal conducta por contravención al artículo 11 del Código del Trabajo, esto es *falta de modificación o actualización del contrato de trabajo*, toda vez que tales bonos serían una modificación a las del contrato individual de trabajo y en ningún caso se trata de una omisión violatoria del artículo 10 del Código del ramo, ya que el contrato regula normalmente el aspecto remuneracional.

En cuanto se refiere al ejercicio del *ius variandi*, es de ocurrencia común que la Inspección del Trabajo formule reproches por no consignar por escrito en el contrato de trabajo la modificación de la estipulación referida al lugar donde se han de prestar los servicios, amparándose para ello en el artículo 11 del código del ramo. Sin embargo, acontece que no se trata tal cambio de lugar de trabajo normalmente del resultado de un acuerdo contractual, sino que del ejercicio del *ius variandi* empresarial consagrado en el artículo 12 del código del ramo, entonces, no es fruto de una modificación bilateral del contrato, sino que una manifestación del *ius variandi* empresarial reconocido en tal artículo, el cual como es sabido otorga la

facultad al empleador para que modifique el lugar de trabajo del trabajador unilateralmente cumpliendo con ciertos requisitos.

Además, es pertinente hacer presente que muchas veces este cambio de lugar sólo es una ejecución de alguna cláusula contractual y no una modificación del contrato de trabajo o una manifestación unilateral, señalándose entre las cláusulas mínimas, que el lugar de trabajo comprenderá el nuevo lugar de trabajo del trabajador afectado con la conducta reprochada.

- Algo más sobre el Ius Variandi

Esperpento jurídico

En consideración a los artículos 5º, inciso 3, 7, 10 y 506 del Código del Trabajo, se observa una especial, intrincada y no poco novedosa forma de la Inspección del Trabajo de justificar reproches tales como *“no dar cumplimiento al contrato de trabajo al alterar unilateral y discrecionalmente la naturaleza de los servicios al obligar a las trabajadoras a efectuar labores ajenas a sus funciones”*, lo cual, sin embargo, respondería al ejercicio o facultad que otorga el ordenamiento jurídico a todo empleador en uso de sus facultades direccionales que posee para el manejo de la empresa. Derecho que se encuentra consagrado en el artículo 12 del código del ramo *-ius variandi-*, de suyo discrecional, pero, en ningún aspecto en la configuración de la infracción se constata menoscabo, única limitación que se plantea por nuestro Derecho para limitar el *ius variandi* en el sentido que ha sido ejercido. Siendo entonces, antojadiza tal construcción, lo cual sería producto de no configurarse alguno de los elementos que hacen reprochable el ejercicio del *ius variandi*, como la existencia de menoscabo o, derechamente, haber caducado el plazo para reprochar el ejercicio del *ius variandi* empresarial.

Remisión:

La Inspección del Trabajo busca asilarse para justificar una sanción que reprocha la siguiente conducta: *“alterar la distribución de la jornada de trabajo, anticipando la hora de ingreso de vuelta de colación en 30 minutos, sin haber avisado a la trabajadora con 30 días de anticipación a lo menos,”* en un indebido ejercicio del *ius*

variandi empresarial. Sin embargo, tal enunciado normativo no regula el supuesto de hecho reprochado por el acto administrativo sancionador, regulando el artículo 12 el ingreso y salida de la jornada diaria y no el descanso dentro de la jornada ordinaria de trabajo, en tanto es natural y obvio que cuando el legislador habla de “anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo” se esté refiriendo al ingreso de la jornada diaria, toda vez que el periodo que corre con anterioridad al descanso dentro de la jornada, no constituye una jornada independiente de la supuesta jornada que corre con posterioridad al descanso dentro de la jornada, hasta el término de la misma. En consecuencia, es obvio que ambos bloques de tiempo constituyen una sola jornada.

A mayor abundamiento el código del ramo señala en su párrafo 3º del capítulo cuarto del título primero, libro primero, del “descanso dentro de la jornada,” entonces, de la letra del código se concluye que la salida e ingreso del descanso dentro de la jornada –colación- no se encuentra regulada por el artículo 12 del Código del trabajo. Además, se ratifica lo argumentado al observar que el artículo 12 en comento habla literalmente de “*alterar la distribución de la jornada del trabajador*”.

Con todo, piénsese que el artículo 12 regula el *ius variandi* del empleador, por ende, es ilógico que el legislador sea más exigente con la hora de ingreso y salida del derecho al descanso dentro de la jornada, que en la modificación del lugar de trabajo o el cambio en la naturaleza de las funciones. Por lo tanto, no cabe más que deducir con pleno respeto a lo literal de las palabras que el artículo 12, ya mencionado, refiere únicamente al cambio en la distribución de la jornada, tal como lo dice literalmente el precepto, otra interpretación sería forzar las palabras más allá de su sentido natural y obvio, contradiciendo el espíritu del legislador.

Párrafo 4.- Problemas de determinación del sujeto activo del ilícito laboral

A partir de la ley de subcontratación, que vino a establecer una responsabilidad directa del principal respecto de la salud, higiene y seguridad de los trabajadores de las empresas contratistas dentro de su faena, se han generado obligaciones legales para el mismo, teniendo ahora los trabajadores de las empresas contratistas dos sujetos obligados a brindarles seguridad, higiene y salud en la faena, el principal y el empleador.

Frente a esta realidad no es fácil para el fiscalizador laboral determinar quién es el sujeto infractor ante violaciones a medidas de seguridad, higiene o salud en la faena, sancionando en numerosas ocasiones y en mayor medida a la contratista por obligaciones propias del principal en virtud del artículo 183-E del Código del Trabajo, concretamente en cuanto se refieren a objetos que debe contar la instalación, faena o establecimiento o, derechamente, a condiciones mínimas de seguridad, salud o higiene que debe cumplir la fábrica del principal.

Lamentablemente, tal realidad es plenamente coherente con las lúcidas críticas que realiza Alcalde a la disminución del rasgo subjetivo para la imputación de responsabilidad, donde muestra como a nivel de ordenamiento han proliferado doctrinas que pregonan la supresión de todo elemento subjetivo del tipo, o la igualación del dolo con la culpa, a pretexto de la dificultad de prueba que ellos entrañan, como también la introducción de elementos normativos que reducen el error de prohibición, justamente dentro de un frondoso bosque de leyes penales en blanco.¹¹⁸ A mayor abundamiento, el acto administrativo sancionador contiene una pena y no una deuda civil o indemnización, pena representada en su contenido por la multa que impone como sanción pecuniaria *“verdadero castigo aplicable al infractor determinado como culpable en el particular procedimiento incoado en su contra”*.¹¹⁹

¹¹⁸ Alcalde, E. Bienes jurídicos protegidos y potestad sancionadora de la administración. En Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2005 p. 63.

¹¹⁹ Mendoza, R. Acerca del principio general de intransmisibilidad de las multas (en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas). En Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2005 p. 148.

4.1.- De los objetos de orden, higiene y seguridad

En cuanto a no contar el sitio de trabajo con objetos para la seguridad, higiene o salud, se cursan infracciones laborales a los empleadores contratistas tales *“como no contar el sitio de trabajo con comedor completamente separado de las áreas de trabajo y reservado sólo para comer, provisto de cocinilla, lavaplatos y refrigeración”* o *“no contar el lugar de trabajo con recinto fijo o móvil destinado a vestidor, camas o camarotes complementados con colchón y almohadas en buenas condiciones.”*

En primer lugar y teniendo presente los artículos 183E del código del trabajo y el artículo 66 bis de la ley 16.744, más los cuerpos normativos DS 594 y DS 76 del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, que establecen y delimitan las responsabilidades entre la principal y el contratista en materias de seguridad y salud de los trabajadores que trabajan en dependencias, instalaciones, establecimientos o faenas de la principal, se observa como la ley de subcontratación cambió el eje normativo en materia de higiene, seguridad y salud de los trabajadores contratados bajo régimen de subcontratación, haciendo responsable al dueño de la obra o faena en donde se prestan los servicios. Esta nueva configuración opera sobre la base de establecer la faena como centro de imputación de responsabilidad en las materias de seguridad, salud e higiene, en virtud que la principal o dueña de la faena tiene las posibilidades reales de control y prevención en tales materias.

La Dirección del Trabajo ha señalado que los artículos 183E y 66 bis, ya citados, determinan que el responsable por tales infracciones es el principal dueño de la faena y no el contratista empleador de los trabajadores afectados. Además, la Dirección del Trabajo¹²⁰ ha agregado que la ley 20.123 afianzó el deber de protección general de la empresa principal respecto los trabajadores que laboran en régimen de subcontratación.

Por todo lo indicado, este tipo infracciones erróneamente se cursan o para reprochar al empleador contratista, toda vez que tales deberes corresponden a la principal o usuaria por ser asuntos estrictamente del establecimiento o faena y, en

¹²⁰ Dirección del Trabajo. orden número 8. 05.04.2007.

ningún caso, corresponder a los elementos de protección personal de los trabajadores implicados, asunto éste último que si es de responsabilidad del empleador.

4.2.- De las condiciones de orden, higiene y seguridad

En cuanto a no contar el sitio de trabajo con condiciones adecuadas para la seguridad, higiene o salud, de los trabajadores de la empresa contratista, se cursan multas a los empleadores contratistas tales cómo *“no suprimir en los lugares de trabajo los factores de peligro,” “no contar con pisos y pasillos de tránsito libres de todo obstáculo que permitan un fácil y seguro desplazamiento en las secciones o áreas de trabajo,” “no mantener en condiciones seguras de buen funcionamiento los elementos estructurales de la construcción,” “no proveer la empresa de dormitorios dotados de una fuente eléctrica en óptimas condiciones, servicios higiénicos en óptimas condiciones para su uso, duchas en mal estado, duchas tapadas, closet para que trabajadores guarden sus ropas, extintor en el sector de dormitorios,” “no mantener cielos rasos en buen estado de limpieza,” “no disponer de duchas con agua fría y caliente, no obstante, encontrarse en contacto con sustancias tóxicas,” “no almacenar los materiales químicos en lugares apropiados y seguros,” “no tomar todas las medidas necesarias contra las inclemencias del tiempo en lugares abiertos” y “no ubicar extintores en lugares accesibles.”*

Al confrontar las infracciones en referencia con el artículo 7 del decreto N° 76 de 2006 que viene aplicar el artículo 66 bis de la ley 16.744 sobre la gestión de la seguridad y salud en el trabajo en obras, faenas o servicios, observamos como la empresa principal debe implementar en la obra, faena o servicios propios de su giro un Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia.

Por otra parte, es de responsabilidad de suprimir los factores de riesgo y contar con elementos estructurales en condiciones seguras pura y exclusivamente de la empresa mandante, más cuando es la empresa principal quien debe velar por el cumplimiento del decreto supremo 594, que regula las condiciones ambientales mínimas en los lugares de trabajo, tanto de sus trabajadores como de los trabajadores de la contratista.

Para mayor claridad, es pertinente traer a colación el artículo tercero del DS 594: *“la Empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean estos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella”*. De esta manera, queda en evidencia que no es la empresa contratista normalmente sancionada quien debe velar por las condiciones de higiene, seguridad y salud en la faena.

Párrafo 5.- Problemas de debido proceso

El debido proceso administrativo, consagrado en el artículo 19, N° 3, inciso quinto, de la Constitución, dispone que es al legislador a quien corresponde establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento,¹²¹ sin embargo, mediante la potestad reglamentaria es constitucionalmente legítimo perfeccionar el procedimiento destinado a aplicar sanciones administrativas, asegurando en forma más adecuada el derecho a defensa de los afectados.¹²² Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 19, N° 3, en su inciso 1° y 2°, consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser, afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa.¹²³

Luego, la Contraloría General de la República ha insertado en el ámbito administrativo de forma consistente una serie de garantías penales. En este sentido, en materia de prescripción, y en consideración al principio básico de la seguridad jurídica y, especialmente, de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 3 del Texto Supremo, relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, concluye que para la aplicación de sanciones administrativas corresponde aplicar el artículo 94 del Código Penal, esto es, el plazo de seis meses vigentes para la prescripción de las faltas penales. Igual asunto ha acontecido con temas como irretroactividad de las normas sancionadoras, el *principio non bis in idem*, la prohibición de la analogía, principio pro reo, entre otras materias.¹²⁴

¹²¹ STC. Rol N° 376. considerando 26.

¹²² STC. Rol N° 388. considerando 28.

¹²³ *Ibid.* considerando 30.

¹²⁴ Contraloría General (Dictamen N° 39.447 de 1994 ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora, lo que ha sido confirmado en temas tales como la irretroactividad de las normas sancionadoras (Dictámenes N°s. 45.905 y 88.303, ambos de 1976, 20.991 de 1984, 25.961 de 2000, 3.858 y 6.926, ambos de 2001, y 38.075 de 2002, entre otros)-; el principio *non bis in idem* (Dictámenes N°s. 27.108 de 1969, 21.815 de 1983, y 41.736 de 2004); la prohibición de la analogía en cuanto a las sanciones (Dictámenes N°s. 21.464 de 1989, y 29.136 de 1999), y el principio *pro reo* (Dictámenes N°s. 81.058 de 1974, 16.141 de 1977 y 20.991 de 1984), entre otras materias.

“De este modo, el ejercicio del poder sancionador estatal está sometido a una serie de condicionamiento de carácter constitucional, que en el tiempo ha ido construyendo la propia jurisprudencia y que los son de orden general para el Derecho Administrativo, tales cómo:

- *Imparcialidad de quien decide.*
- *Procedimiento establecido por ley.*
- *Ser emplazados debidamente.*
- *Ejercicio del derecho a la defensa.*
- *Proveer de pruebas para desvirtuar los cargos en contra del ciudadano.*
- *Que las sanciones no se apliquen con efecto retroactivo, sin perjuicio del indubio pro administrado”¹²⁵.*

5.1.- Garantías sustantivas

Nuestro Tribunal Constitucional ha abordado la potestad sancionadora de la administración desde un enfoque procesal, donde no ha examinado tanto la sanción misma sino el procedimiento por el cual ella se aplicará y la situación del sancionado dentro de ese procedimiento, denotando la existencia de un *ius puniendi* único y, por lo tanto, la potestad administrativa tendría iguales límites que la penal.¹²⁶

Nos toca, entonces, examinar la forma como la potestad sancionadora aparece ejerciéndose por el órgano habilitado en la configuración legal que se examina, en relación con el debido proceso y con el derecho a la defensa que se otorga al sancionado, en tanto, siguiendo a Aguerrea, creemos que *“las críticas existentes más allá de la potestad misma en manos de la administración y su configuración por el legislador, apuntan a una forma imperfecta e incompleta en que se ha ejercido tal facultad, vulnerándose la garantía a un justo y racional procedimiento.”¹²⁷*

¹²⁵ Cordero, L. Derecho administrativo y Tribunal Constitucional. *Op. Cit.* p. 16.

¹²⁶ Aguerrea, P. Los Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2005 p.77.

¹²⁷ *Ibid.*, p.78.

5.1.1.- Prohibición de sancionar dos veces el mismo hecho

La Inspección del Trabajo suele caer en la violación a la prohibición jurídica de sancionar dos veces el mismo hecho, promovidas tales conductas torcidas por la multiplicidad de formas que pueden llevar a configurar una conducta típica, lo cual ha generado que la Inspección del Trabajo curse infracciones laborales amparada en supuestos aparentemente diversos pero cuyo núcleo es idéntico, ya sea porque se describe de manera diversa, ya sea porque se modifica un elemento constitutivo de la infracción, pero que el legislador comprende como una sola infracción.

Una de las garantías esenciales que establece nuestro Estado de Derecho en lo que se refiere a Derecho Administrativo Sancionador, es la garantía que prohíbe sancionar dos veces el mismo hecho, materializado normativamente en la circular 88 de la Dirección del Trabajo, Ley General de Procedimiento Administrativo, artículo 63 del Código Penal y, principalmente, a nivel constitucional en el artículo 19 número tres. En palabras de Alcalde *“hoy nadie duda que la prohibición de sancionar dos o más veces a una misma persona en razón del mismo hecho constituye un principio general cuya existencia no depende de su formulación explícita a nivel legal ni constitucional.”*¹²⁸

En este sentido, natural es entender que si se sanciona igual hecho, en igual lugar, en igual período e iguales trabajadores, en la misma o en diferente resolución de multa de igual o diferente tiempo, en realidad nos enfrentamos ante un infragante caso de violación del *non bis in idem*, sin embargo, es de ocurrencia común que la Inspección del Trabajo multe dos veces el mismo hecho en los siguientes supuestos:

¹²⁸ Alcalde, E. Bienes jurídicos protegidos y potestad sancionadora de la administración ¿se adecua a la Constitución? En Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2005. p.69.

a) Sanciona igual hecho, en igual lugar y por igual tiempo, pero diferentes trabajadores implicados.

La Corte Suprema ha señalado reiteradamente que cuando se reprocha un hecho que constituye el mismo tipo aunque se afecte con tal conducta a diferentes personas, igualmente constituye una sola infracción, puede variar la cuantía de la infracción, pero jamás puede dar lugar para cursar dos o más infracciones por el mismo hecho, con mayor razón si ocurre en el mismo lugar, respecto del mismo periodo reprochado.

En este orden de ideas, aparece repugnante a la garantía que se viene invocando que con fecha 23 de diciembre de 2009, a través de la resolución de multa Y se haya sancionado por no llevar correctamente el registro de asistencia entre julio y noviembre de 2009 en la instalación pesquera X y, además, con fecha 24 de diciembre de 2009, a través de la resolución de multa Z se haya reprochado el mismo asunto, no llevar correctamente registro de asistencia entre julio y noviembre de 2009 en la instalación pesquera X.

b) Igual trabajador, Igual periodo, igual lugar, igual conducta pero encubierta con palabras diversas;

En este sentido, suele sancionarse, por ejemplo, por no pago de diferencias de remuneración y, acto seguido, se sanciona por no pago de sueldo base, siendo que ambas infracciones tienen en observancia la misma conducta, no pagar íntegramente las remuneraciones al trabajador “Manuel” durante los meses de abril y mayo 2009 en el carrascal.

En este sentido, ilógico resulta dividir un solo acto mensual del empleador en más de un solo hecho, porque en la realidad ocurre mensualmente una sola conducta consistente en el pago de las remuneraciones al trabajador implicado. En este sentido, es obvio que nos enfrentamos a un concurso ideal – el mismo hecho se encuentra tipificado dos o más veces-, ejemplo de esto es el típico caso del Derecho Penal donde la violación e incesto de un padre a una hija constituye una sola sanción y nunca dos sanciones, toda vez que se estaría sancionando dos veces por el mismo hecho, lo cual se encuentra prohibido en nuestro Derecho. Ahora bien, el

hecho de configurarse dos ilícitos laborales exige aumentar el reproche al empleador.

Entonces, este tipo de multas contienen un grave error jurídico al sancionar dos veces el mismo único hecho, cual es el no pago de las remuneraciones en forma íntegra. Ahora bien, aunque las sanciones digan relación con diferentes conceptos que componen la remuneración del trabajador implicado, la realidad nos muestra que la conducta de pago de las remuneraciones es una e indivisible mensualmente, por ende, nos enfrentamos a una única conducta del empleador, toda vez que las irregularidades consisten en un solo hecho, nunca son dos conductas separadas en el tiempo el pago de remuneraciones y de los bonos en cuestión.

c) Sanciona igual hecho, iguales trabajadores y por igual tiempo, pero lugares aparentemente diferentes.

Esta situación está plenamente relacionada con la delimitación de la faena o fábrica o, derechamente, delimitación del establecimiento o instalación donde se prestan servicios, toda vez que una autopista que presenta una diversidad de plazas de peaje o una línea de metro que cuenta con diversas estaciones no puede ser catalogada como lugares de trabajo diversos desde el punto de vista laboral, en cuanto cada una de las plazas o estaciones son lugares de trabajo permanente de los trabajadores que rotan por ellas, de manera constante, siendo culturalmente para efectos jurídicos la autopista o el metro el lugar de trabajo.

En este sentido, acontece, entonces, que es improcedente sancionar por llevar incorrectamente el registro en la plaza peaje X y, luego, cursar una nueva infracción en otra plaza de peaje al mismo empleador por igual motivo.

5.1.2.- Indivisibilidad de la infracción administrativa

La Inspección del Trabajo reprocha conductas que afectan a varios trabajadores, sin embargo, no es difícil que exista un error de hecho con uno o más de los implicados, por ejemplo en la siguiente infracción por exceder el máximo de 45 horas semanales de la jornada ordinaria legal respecto de los trabajadores "Luis," "Segundo," "Daniel," durante el periodo junio, julio y agosto 2009,

acontece que no es cierto que los señores “Segundo” y “Daniel” trabajaron más de 45 horas a la semana en tal periodo. Así, estas infracciones deben quedar sin efecto completamente, en consideración de la garantía de indivisibilidad que guía y regula todo el proceso fiscalizador de la Inspección, según prescribe la circular 88 de 2001, Ministerio del Trabajo, toda vez que la autoridad conformó el reproche en atención a los hechos constatados, sin embargo, existía un error de hecho en la configuración de la infracción.

En consecuencia, y siguiendo la orden de servicio N° 4 que sistematiza y regula el procedimiento de fiscalización y efectos de la Dirección del Trabajo,¹²⁹ señala en su punto número 6.1, letra a, referido al procedimiento general de fiscalización, que el proceso inspectivo de terreno es uno, continuo e indivisible, por lo tanto, en el evento de existir infracciones, la constatación de elementos que configuran la infracción no es separable una vez agotada la fiscalización que motiva la infracción.

5.1.3.- Fiscalizador sólo reprocha hechos constatados

Muchas veces los fiscalizadores laborales cursan infracciones como por ejemplo no dar cumplimiento a la resolución de la Dirección del Trabajo que autoriza un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descanso 4X4X12, según lo siguiente: Rolando laboró desde el 1 al 6 de noviembre 2009, siendo estos días los correspondientes a sus descansos y de acuerdo a lo observado en el libro de novedades llevado por los porteros y lo declarado por los trabajadores implicados.

Ahora bien, acontece que el DFL N° 2 que crea, organiza y otorga atribuciones a la Inspección del Trabajo, concretamente el artículo 23 *“Los Inspectores del Trabajo tendrán el carácter de ministros de fe de todas las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro de las cuales podrán tomar declaraciones bajo juramento. En consecuencia, los hechos constatados por los Inspectores del Trabajo y*

¹²⁹ En Aguayo, C. y Skoknic, I., Fiscalización Laboral. Editorial PuntoLex. 2009. p. 162 y ss.

de los cuales deban informar de oficio o a requerimiento, constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial.”

En este sentido, de la configuración se observa nítidamente como los fiscalizadores cursan infracciones que jamás constatan por sus sentidos o por documentación laboral, es más, consignan tal asunto en la infracción para dejar por establecido que los hechos no son constatados por su persona, situación indispensable para configurar un ilícito laboral, toda vez que la infracción sólo puede nacer producto de hechos constatados fehacientemente por el fiscalizador de la Inspección del trabajo, ya que únicamente los hechos constatados pueden ser reprochados por la autoridad pública, y en la especie queda acreditado que las conductas reprochadas nunca fueron constatadas por la Inspección del Trabajo y, particularmente, por el fiscalizador que materializó la infracción que se reprocha.

Con todo, siguiendo la orden de servicio N° 4, ya individualizada, en su punto número 6.1, letra f, se prescribe que el análisis documental será uno entre varios medios para establecer los hechos fiscalizados, por lo tanto, si bien es cierto que el fiscalizador no se forma convicción únicamente de los hechos que constata por sus sentidos, no es menos cierto que se excluye cómo medio para formar convicción el exclusivamente documental o aquél que se logra únicamente por medio de intermediación. De esta manera, salvo la constatación directa e inmediata por los sentidos, sólo es posible cursar infracciones cuando aparece una conducta laboral torcida de la documentación naturalmente laboral, siendo ilícita la constatación que no se apoya en alguna de estas posibilidades, cómo es la sanción que se sustenta en declaraciones y en documentación no laboral para cursar infracciones.

5.1.4.- Tiempo posible de fiscalizar

Según normativa interna, circular 88 de 5 de julio de 2001, de la Dirección del Trabajo, no pueden ser constatados hechos ocurridos con anterioridad a la fecha que se cumple seis meses contados hacia atrás desde el momento de la denuncia. Tal circular dispone una sistematización y actualización de

procedimiento de fiscalización, concretamente en su punto 5 referido a las etapas del procedimiento y período que revisar, en el cual se prescribe que la regla será de seis meses contados hacia atrás. Nótese que la regla sólo puede alterarse cuando el jefe de servicio o de unidad lo autoriza.

Sin perjuicio de lo anterior, y como se dijo más arriba, el empleador tiene a su favor los seis meses de prescripción de las multas administrativas, lo cual hace inválido cualquier reproche jurídico anterior a seis meses hacia atrás. Esto, asunto pacífico ya entre nosotros, se sustenta en que *“el orden administrativo sancionador, exige aplicar a éste las normas comunes de prescripción, tanto para excluir la incertidumbre que generaría una indebida posibilidad persecutoria de las infracciones, cuanto porque no cabe dispensar al infractor o administrado un trato más gravoso e injusto que el que se ofrece al delincuente o criminal.*

Negar a uno lo que se otorga a otro, encontrándose ambos en una situación esencialmente igual, implicaría admitir la comisión de una inexplicable diferencia arbitraria, lo que rechaza la Constitución (artículo 19 n° 2). E importaría aceptar la apertura y tramitación de procedimientos por hechos tan remotos como olvidados, que bien permitiría catalogarlos de abiertamente irracionales o desproporcionados, lo que tampoco admite la ley suprema (artículo 19 n° 3 inciso 5°).”¹³⁰

5.2.- Garantías al ejercicio del derecho a defensa

Una serie de acontecimientos, que han venido ocurriendo al momento de aplicar el orden público mediante sanciones administrativas por la Inspección del Trabajo, han forzado la construcción de una serie de garantías para el empleador, con el objeto de asegurar la eficacia real del derecho fundamental del empleador administrado frente a las sanciones administrativas que aplica la Inspección del Trabajo. En este sentido, se instituyen formas que aseguran el conocimiento de la infracción, elementos mínimos para asegurar la inteligencia necesaria para

¹³⁰ Aróstica, I., Sanciones Administrativas y prescripción. En Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2005. p.123.

defenderse de la infracción y tiempos oportunos para contar con la prueba eficaz para acreditar los dichos.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional se cuida de precisar las condiciones y requisitos que se deberán cumplir para el correcto ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración. Así, el racional y justo procedimiento para la aplicación de sanciones administrativas exige y debe consultar, entre otras garantías, el emplazamiento de la persona afectada, la oportunidad para defenderse y la oportunidad de impugnar la decisión ante otra autoridad, mediante algún recurso.¹³¹

De igual modo, partiendo de la enunciación del contenido procesal de la garantía de la igual protección en el ejercicio de los derechos del inciso primero del N° 3 del artículo 19 de la Constitución, *“el legislador debe dictar normas que permitan a todos los titulares de derechos la posibilidad de ser emplazados y a tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa”*¹³² como también es admisible que un reglamento regule procedimientos sancionatorios, *“pero para ello resulta indispensable que esa normativa se limite a desarrollar y complementar las normas legales de procedimiento, lo que supone que preexista una regulación procedimental legal. Si no existen preceptos legales que ejecutar, no puede un reglamento subsanar ese vacío normativo.”*¹³³

En consecuencia, no sólo la constitucionalidad de las sanciones administrativas en relación a su contenido intrínseco (legalidad, tipicidad) es relevante, sino que también respecto de la forma como se imponen a los afectados. Este énfasis que ha puesto entre nosotros el Tribunal Constitucional, sujetando la sanción administrativa a las mismas condiciones que deben rodear la imposición del castigo penal, muestra la aplicación de la doctrina del *ius puniendi* estatal único y, con ello, *“se ratifica lo sostenido por la mejor doctrina nacional en cuanto a que en los procedimientos administrativos, cualesquiera que sean, es enteramente aplicable el artículo 19 n° 3 de la constitución y que las decisiones que emitan los órganos de la Administración*

¹³¹ Aguerrea, P. *op. cit.* p.79.

¹³² *Ibíd.*, p.86.

¹³³ *Ibíd.*, p.87.

deben basarse en un proceso previo legalmente tramitado”,¹³⁴ correspondiéndole al legislador primero y luego a la Administración, contemplar los elementos que lo hagan racional y justo.

5.2.1.- Notificación al sancionado

Esta arista del Derecho a defensa es esencial para un justo y racional procedimiento y ha quedado en claro en reiteradas ocasiones, por ejemplo, en nuestro Tribunal Constitucional, *“cuando plantea objeciones a la aplicación del principio de la unilateralidad de la audiencia y al otorgamiento de ciertas atribuciones a la Administración que, puestas al servicio de su poder sancionador, afectan gravemente los derechos que reconoce el artículo 19 n° 3 de la Constitución, exigiéndose con ello, la necesidad de contar el administrado con la oportunidad de defenderse de los cargos que le impute la autoridad administrativa.”*¹³⁵

5.2.1.1.- Tiempo para notificar

En atención al artículo 45 de la ley sobre procedimientos administrativos, que regulan los actos de la administración de los órganos del Estado, señala *“Los actos administrativos de efectos individuales, deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro. Las notificaciones deberán practicarse, a más tardar, en los cinco días siguientes a aquél en que ha quedado totalmente tramitado el acto administrativo.”* En consecuencia, la notificación que supera ese plazo es inválida, siendo un requisito esencial dentro de un debido proceso contar con su validez.

Asimismo, nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 n° 3 señala que *“la Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”*. Con la norma citada, cabe destacar que el derecho de defensa es considerado una garantía fundamental, que claramente se

¹³⁴ Aguerrea, P., *op. cit.*, p. 95.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 91.

infringe al no tener el empleador una oportunidad procesal y administrativa viable para llevar su defensa ante una infracción de tan larga data.

En este sentido, la orden de servicio N° 4 que sistematiza y regula el procedimiento de fiscalización y efectos de la Dirección del Trabajo señala en su punto número 3.1, letra i, referido a los derechos del ciudadano fiscalizado: *“el derecho a ser notificado debidamente de las sanciones que se apliquen”*.

5.2.1.2.- Destino de la notificación

Con la proliferación incesante de la externalización productiva, se torna en un asunto no menor determinar dónde se encuentra válidamente notificada la multa enviada por carta certificada, en este sentido la Dirección del Trabajo para efectos de corregir un problema habitual de las Inspecciones del Trabajo, que dejaban en la indefensión al empleador, estableció que la carta certificada es notificación válida de la multa laboral, sólo en cuanto se dirija al domicilio legal del sancionado. Con ello se tuvo plena consideración del artículo 478 bis del Código del Trabajo, el cual indica, claramente, que la carta certificada debe ser dirigida al domicilio que las partes hayan fijado en el contrato de trabajo.

5.2.2.- Determinación de la cobertura normativa

Un requisito relevante en todo Estado de Derecho, es que las intervenciones públicas se encuentren con una debida cobertura normativa, requisito esencial para su configuración, tal como lo es la exigencia de justificación precisa y determinada, en cuanto a la obligación legal contravenida por la conducta reprochada. Tal requisito es indispensable para validar y legitimar, en nuestro Estado de Derecho, la intervención pública en el ejercicio de derechos fundamentales de los privados, tales como la libertad económica y el derecho de propiedad. Además, por otra parte, es indispensable que se encuentre determinada la justificación, para efectos que la sanción administrativa cumpla su función disuasiva y, así, permitir al administrado el pleno y eficaz ejercicio de su derecho a defensa.

No es difícil encontrar sanciones laborales que se justifican genérica y ambiguamente en un artículo, por ejemplo en el artículo 38 del Código del ramo, sin agregar más detalles sobre el particular, siendo que es sabido que tal artículo 38 contiene al menos tres obligaciones laborales –pagar horas trabajadas día domingo como extraordinarias, descanso semanal compensatorio, descanso dos domingos en un mes. De esta manera, queda en evidencia que la justificación carece de los requisitos necesarios para dar validez a la infracción, toda vez que no indica la obligación laboral concreta que se contraviene, en tanto el artículo 38 contiene un cúmulo de obligaciones legales, sin indicar el acto administrativo sancionador cuál obligación laboral concreta se encuentra afectada por las conductas reprochadas.

5.2.3.- Individualización de los trabajadores implicados

Es esencial en toda infracción que se indique el o los trabajadores implicados en el ilícito laboral, asunto que no suele ocurrir en las infracciones laborales, donde se omite, por ejemplo, a quien corresponde el libro de asistencia, tornándose en una infracción indeterminada. Entonces, la carencia de individualización del trabajador, no sólo no determina la conducta reprochada, de suyo indispensable, sino que tal omisión provoca que no se configure la infracción cursada, encontrándonos frente a una sanción administrativa que no responde a ninguna conducta determinada reprochable e ilícita, toda vez que al omitir la individualización de la persona afectada en los bienes jurídicos laborales protegidos, tal conducta deja de ser antijurídica.

5.2.4.- Determinación del período que se reprocha

La carencia de período, no sólo no determina la conducta reprochada, de suyo indispensable, sino que tal omisión provoca que no se configure la infracción cursada, encontrándonos frente a una sanción administrativa que no responde a ninguna conducta determinada reprochable e ilícita. Pero, principalmente, tal omisión genera una real pérdida de indefensión para el empleador, conculcándose

por la agencia pública el derecho fundamental a la Defensa, dejando únicamente en lo nominal, la posibilidad real de defenderse de la multa administrativa.

5.2.5.- Duración del proceso administrativo sancionador

La ley 19.880 sobre procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, señala en su artículo 27 que *“Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”*, por ende, el proceso administrativo laboral sancionador no podrá superar tal plazo en ausencia de norma especial.

Capítulo tercero: Problemas de Derecho Constitucional en la aplicación del contenido del orden público laboral. Un problema de la Doctrina Laboralista

Título primero.- Planteamiento del problema actual: *Indeterminación de las obligaciones, prohibiciones y deberes que impone el orden público laboral a los empleadores.*

En el presente capítulo, nos avocaremos a analizar la incorporación de la doctrina del efecto horizontal directo de los derechos fundamentales¹³⁶ en las relaciones laborales, que ampliamente ha sido recepcionada y promovida por nuestros autores nacionales, órganos administrativos y cada vez con mayor fuerza por la jurisprudencia judicial, justificándose en el último tiempo en el artículo 485 del Código del Trabajo.

En este sentido, explicaremos el discurso neoconstitucionalista¹³⁷ que acoge la doctrina en cuestión, con sus diversos bemoles, formulando posteriormente, una apreciación crítica de la misma y sus posibles enfoques dogmáticos para dar sentido en un Estado de Derecho. Además, nos detendremos en dos cuestiones que terminan agravando la indeterminación del contenido del orden público laboral y que se complementan recíprocamente, una como medio de la otra, el mecanismo constitucional de protección y la categoría dogmática del bloque constitucional, recepcionada, sin distingos, de forma generalizada por nuestra doctrina constitucionalista mayoritaria.

Luego, explicaremos la consecuente construcción dogmática que se ha venido configurando para resolver los conflictos *iusfundamentales* en sede laboral, como consecuencia de la aceptación del “efecto horizontal directo de los derechos fundamentales”, a partir de su autor originario y que sin matices ha hecho suya nuestra doctrina laboral, cristalizándose normativamente en el nuevo procedimiento de tutela laboral. Terminaremos con una serie de críticas a la

¹³⁶Para una mayor comprensión de los derechos fundamentales, tendremos presente, siguiendo a Abramovich y Courtis, que estos se estructuran en un esquema de niveles de obligaciones que es perfectamente aplicable a todo el espectro de derechos, estos niveles son *obligaciones de respeto*, las cuales exigen del Estado un no hacer – propiamente negativas,- *obligaciones de protección*, estas exigen una actuación del Estado en el sentido de evitar que terceros obstaculicen el ejercicio del derecho y, finalmente, *obligaciones de satisfacción*, las cuales incluyen las obligaciones de garantizar y promover, la primera supone asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo y la segunda exige desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien. Abramovich y Courtis. Los Derechos Sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta. 2002. p. 27.

¹³⁷ Para una mayor comprensión del concepto; Olano, H., Interpretación y Neoconstitucionalismo. Editorial Porrúa. 2006. Y Garcia, J., Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neocostitucionalismo. En Teoría del Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. 2007.

incorporación de la ponderación como método de resolución de conflictos laborales, en tanto su aceptación por la doctrina, sin mayor discusión, nos parece preocupante, si se tienen a la vista las consecuencias que plantearemos de tal diseño dogmático.

Título segundo.-Efecto horizontal directo de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo.

Párrafo 1.- Descripción, recepción y análisis de la categoría dogmática¹³⁸

La doctrina laboral mayoritaria ha aceptado, sin mayor reflexión, el efecto horizontal directo de los derechos fundamentales, apoyada en tres disposiciones jurídicas, los artículos 6, 19 y 20 de nuestra Carta Fundamental, principalmente el artículo 6, inciso segundo, que señala literalmente que los preceptos de la constitución obligan a toda persona, declarando la misma que no se observa la necesidad de desarrollos legislativos ulteriores.¹³⁹ En este sentido, el soporte normativo de nuestra doctrina, toma una aparente mayor coherencia y consistencia al observar los artículos 2, 5 y 485 del Código del Trabajo, en tanto pareciera que en las relaciones laborales se encuentran mediatizados los derechos fundamentales por su recepción legal, sin embargo, y más cuando se han estructurado como principio o, incluso, directrices y no como regla, acontece, que tal recepción no surte efecto en la relación laboral en cuanto a derechos fundamentales se refiere.

Ahora bien, el efecto irradiador de los derechos fundamentales en las relaciones privadas laborales, ha pasado a tener, en la última década, un lugar preponderante, impulsado claramente por nuestra doctrina científica. Así, entre la

¹³⁸ Para entender la categoría dogmática en estudio necesario resulta recordar el fallo *Liith* del Tribunal Constitucional Alemán, donde se sostuvo por vez primera que los derechos fundamentales constituyen un orden objetivo de valores que se irradia en todos los ámbitos del Derecho, también el Derecho del Trabajo, y legislación, administración y jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos, que necesariamente deben ser considerados por el órgano judicial al momento de decidir, y de no hacerlo se produciría una violación *iusfundamental*, atribuible al aplicador del Derecho. Por tal razón las libertades constitucionales se transforman en pautas interpretativas del ordenamiento jurídico privado. Entonces, la formulación de los derechos fundamentales a modo de orden objetivo de valores podría hacer pensar que cómo tales, en el marco de la eficacia mediata frente a terceros, no confieren facultad subjetiva alguna, sino que sólo implican la obligación judicial de interpretar el ordenamiento jurídico privado a la luz de los principios constitucionales. Sin embargo, en Chile y principalmente en el ámbito laboral si se ha reconocido esta facultad subjetiva, otorgándosele una eficacia directa a la irradiación de los derechos fundamentales en la relación particular y no tan sólo cuando nos enfrentamos a cláusulas generales o conceptos indeterminados que regulan esta última, se trataría, en consecuencia, simplemente de la vigencia de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones jurídico- privadas sin necesidad de puntos de irrupción. Estrada, A., Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, p. 125 y ss. En *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Instituto de investigaciones jurídicas. UNAM. Editorial Trotta. 2007.

¹³⁹ Entre otros;

Caamaño, E., La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo. *Revista de Derecho*, volumen XXVII. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2006.

Gamonal, S., Fundamentos del Derecho del Trabajo. *Legal Publishing*. 2010.

El procedimiento de tutelas de derechos fundamentales. *Legal Publishing*. 2010.
Trabajo y Derechos. *Legal Publishing*. 2010.

Melis, C., y Saez, F., El contrato individual de trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo. Editorial *Legal Publishing* 2009.
Los derechos fundamentales de los trabajadores cómo límites a los poderes empresariales. Editorial *Legal Publishing*. 2010.

Ugarte, J., La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. *Revista de Derecho*. XX. 2007.

Tutela de derechos fundamentales del trabajador. *Legal Publishing*. 2009.
El nuevo Derecho del Trabajo. *Lexis-Nexis*. 2007.

doctrina constitucional Manuel Núñez señala que *no porque los derechos fundamentales se establecieron para oponerse al Estado son imposibles de aplicar a la voluntad de los particulares.*¹⁴⁰ Humberto Nogueira, por su parte, indica que *el sistema de derechos fundamentales tienen fuerza vinculante erga omnes, por ende, aplicables plenamente entre particulares,*¹⁴¹ en tanto que Martínez Estay dice que *nuestra constitución hace eficaz entre particulares los derechos fundamentales.*¹⁴² Finalmente Alejandro Guzmán en la misma línea indica que *las normas que establecen garantías constitucionales son invocables en juicio contra cualquier persona.*¹⁴³

Por mientras que en la doctrina laboral Irene Rojas indica que *los derechos fundamentales de toda persona que se reconocen en las respectivas constituciones tendrían plena vigencia en la relación individual laboral.*¹⁴⁴ Christian Melis sentencia que *resulta natural concluir, como una primera y quizás más importante función a nuestros efectos de los derechos fundamentales en la empresa que ellos se alzan como límite –el principal- a los poderes empresariales.*¹⁴⁵ José Luis Ugarte sostiene que *las normas constitucionales tienen toda plena eficacia vinculante, y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo(...)* *eficacia normativa que afecta las relaciones entre particulares y, en virtud de la naturaleza de los DDFE, no hay tensión entre la lógica propia del Derecho del Trabajo y la eficacia horizontal directa de los DDFE, en tanto ambos son límites al abuso de poder del sujeto privilegiado.*¹⁴⁶ A su vez Gamonal declara que *los derechos fundamentales tienen aplicación directa en el Derecho del Trabajo, lo cual es de toda lógica por el poder del empleado.*¹⁴⁷ Por último, Caamaño nos ilumina indicando que *“el resorte que active las garantías protectoras de los derechos fundamentales no puede descansar en el sujeto trasgresor (público o privado), sino que en la naturaleza de la propia lesión. Por lo tanto, la calificación de un derecho como fundamental no debe prejuzgar la cualidad pública o privada de los sujetos obligados,*

¹⁴⁰ Núñez, M. y otros. Lecciones de Derechos Humanos. Edeval. 1997. p. 326.

¹⁴¹ Nogueira, H. Dogmática Constitucional. Editorial Universidad de Talca. 1997. p. 145.

¹⁴² Martínez, José. Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La doctrina del efecto horizontal de los derechos. Revista Chilena del Derecho. Número especial. 1998. p.62.

¹⁴³ Guzmán, A., El Derecho Privado Constitucional en Chile. Ediciones universidad de Valparaíso. 2000. p. 50.

¹⁴⁴ Rojas, I. Manual de Derecho del Trabajo. Editorial Lexis Nexis. Santiago. 2004. p.181.

¹⁴⁵ Melis, C. y Sáez, F. El contrato individual de Trabajo en los dictámenes del Trabajo, *Op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁶ Ugarte, J. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. *Op. cit.*, p. 54 y 58.

¹⁴⁷ Gamonal, S. Trabajo y Derecho. Editorial Legal Publishing. 2010. p. 14.

pues lo que verdaderamente importa a la hora de desplegar la protección jurídica es el mal causado y no su origen.¹⁴⁸

Además, este fuerte influjo de la categoría dogmática en estudio sobre el Derecho y, particularmente, en el Derecho del Trabajo se refleja actualmente, primero, en órganos administrativos como la Dirección del Trabajo¹⁴⁹ y de un tiempo a esta parte, en los propios Tribunales de Justicia,¹⁵⁰ promovido principalmente por el mecanismo de tutela que instituyó la reforma laboral.¹⁵¹

De esta manera, nuestra doctrina laboral mayoritaria, considera que la doctrina de la *Drittwirkung* plantea que los derechos fundamentales son derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre privados, siendo oponibles no sólo al Estado, sino que también a los particulares. Asimismo, es fácil encontrar en esta línea de pensamiento mayoritaria, argumentos morales para sostener y promover el efecto horizontal directo de los derechos fundamentales.¹⁵²

Cuando los autores laborales se refieren a la incorporación de derechos humanos en fuentes sub-constitucionales, indican que tal proceso no es tan trascendente porque la vinculación debería ser reconocida y aplicada por los órganos jurisdiccionales, aún sin habilitación expresa por ley, siendo suficiente las disposiciones constitucionales, basándose únicamente en el “principio” de dignidad.¹⁵³ De este modo, claramente se invita a los órganos decisores a aplicar la doctrina del efecto horizontal en su modalidad directa, pero no se hace cargo de las consecuencias que en las relaciones privadas, la voluntad de las partes se sometan y restrinjan a un “orden público” indeterminado, decidido por un juez caso a caso, olvidando el rol del legislador en cuanto regulador de las relaciones entre particulares, propio de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

¹⁴⁸ Caamaño, E. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo, *Op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁹ Se tiene en observancia, principalmente, los dictámenes marco, ordinarios 2856/162 (30.08.2002), 3704/134 (11.08.2004), 2210/035 (05.06.2009). Otros dictámenes en materia de derechos fundamentales son, a saber; 287/14, 352/24, 684/50, 850/29, 1025/33, 1147/34, 2060/176, 2309/165, 2328/130, 2875/72, 3276/173, 3347/132, 3416/049, 3441/072, 8005/323.

¹⁵⁰ Emblemático ya entre nosotros Tribunal Laboral Copiapó, fallo R.I.T. T-1-2008, 15 de septiembre 2008.

¹⁵¹ Artículo 485 Código del Trabajo.

¹⁵² De esta manera nuestra bien intencionada doctrina señala que “se está materializando ampliamente la irradiación de los derechos fundamentales de los trabajadores en cuanto personas al ámbito de la empresa y se está contribuyendo a reforzar la vigencia de los valores ciudadanos y democráticos como criterios orientadores de lo que deben ser las relaciones laborales en un país que aspira a ser verdaderamente desarrollado” Caamaño, E. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo. *Op. cit.* p. 28.

¹⁵³ Ugarte, J., El nuevo Derecho del Trabajo. *Op. cit.* p. 122.

Además, la recepción legal plasmada en los artículos 2° y 5° del código del Trabajo, habilitación expresa por ley de un cierto número de los derechos inespecíficos, no es más que aparente, en tanto esta no regula mayormente el derecho fundamental, sino que únicamente en términos generales los repite en clave constitucionalista.

En este sentido, en materia laboral las fuentes sub-constitucionales han recepcionado los derechos fundamentales, sin embargo, se plasman con una técnica constitucional principialista, no regulando casos específicos sobre supuestos fácticos concretos, por ende, sólo formalmente se morigera el efecto horizontal directo, en tanto en realidad sigue existiendo un conflicto de valores y principios constitucionales. Esta especial situación de nuestro Derecho Laboral, donde se reconoce a nivel legal derechos fundamentales, podría llegar a configurar una modalidad mediata debilitada de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, permitiendo que el conflicto siga siendo una disputa de Derecho Privado, cuyas reglas son interpretadas para su aplicación, a la luz de los principios y reglas de interpretación *iusfundamentales*.

Sin embargo, se presenta el problema que existe “una línea muy delgada entre aplicar o extender una regla de Derecho Privado mediante su interpretación conforme a los valores que subyacen a los derechos fundamentales y modificar, derogar o crear judicialmente una nueva regla”¹⁵⁴ Más aún, cuando el legislador no regula el derecho fundamental a nivel legal, sino que lo plasma con técnica de principio normativo, existiendo una alta probabilidad que se termine creando judicialmente reglas generales para la solución del caso.¹⁵⁵

1.1.- El bloque de constitucionalidad como factor de indeterminación

En este orden de ideas, este razonamiento constitucional provoca importantes efectos prácticos en el contenido del orden público laboral, al aplicarse conjuntamente con la categoría dogmática del bloque de constitucionalidad, el cual

¹⁵⁴ Jana, A. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. <http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf>. 2001. p. 17.

¹⁵⁵ Parte de la doctrina ha planteado un efecto diagonal de los Derechos Fundamentales en la relación laboral, sin embargo, para este candidato tal concepto no referencia consecuencias jurídicas diferente a la modalidad directa, en tanto la no regulación por ley de supuestos fácticos que afectarían derechos fundamentales deviene en una necesaria aplicación directa al no existir fuente sub-constitucional para una interpretación conforme. Gamonal, S. Trabajo y Derecho. *Op. cit.*, p. 57.

es un intento por sistematizar jurídicamente un fenómeno que da cuenta que las normas materialmente constitucionales- con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales, esto es de aquellas que están expresamente mencionadas por el articulado constitucional,¹⁵⁶ trayendo como consecuencia que la Constitución tenga mayor densidad y extensión normativa de lo que sugiere una simple lectura literal de un articulado.

Así, el bloque *“obliga a entender que la constitución no es un texto cerrado y rígido, sino que por el contrario está nutrido de una cantidad de enunciados normativos.”*¹⁵⁷ Ahora bien, producto que del bloque de constitucionalidad el juez puede extraer las premisas no solamente de la literalidad del texto constitucional, se aumenta la inseguridad jurídica, la arbitrariedad judicial y la afectación al principio democrático al restar eficacia a la ley.¹⁵⁸

De esta manera, el bloque de constitucionalidad contiene un problema no menor, que dice relación con la determinación del contenido del bloque, para lo cual es relevante la rigurosidad de los mecanismos de incorporación de los preceptos al mismo, así como las técnicas de remisión que incorporan normas o principios al bloque.¹⁵⁹ Por ejemplo en Francia, se consagró una experiencia exitosa producto de la aceptación social de los valores reconocidos por los jueces y del rigor jurídico con el cual los tribunales realizaron la incorporación de normas y principios en el bloque, esto último se logró gracias a que no se recurrió a vagas nociones filosóficas políticas - como ha ocurrido en Chile con el concepto Dignidad- sino que siempre se ha basado en textos jurídicos concretos, se ha buscado un soporte directo en el texto constitucional y ha intentado ser lo más consistente posible con sus precedentes.¹⁶⁰ Por mientras que en Colombia, país pionero en Latinoamérica en la concepción del bloque, también se ha construido una dogmática que busca inhibir los riesgos del bloque, a través de restringir los

¹⁵⁶ Uprimny, R. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal. en VV.AA. *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura. 2004. p. 11.

¹⁵⁷ Uprimny, R. *Op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p.15.

¹⁵⁹ Se constatan en la experiencia comparada cinco técnicas básicas de reenvío: reenvío a textos cerrados y definidos, reenvío a textos cerrados, pero indeterminados, reenvío a textos por desarrollar, remisiones abiertas a valores y principios y remisiones a otros valores por medio del uso de conceptos indeterminados.

¹⁶⁰ Uprimny, R., *Op. cit.*, p. 21.

derechos innominados, exigir expresa remisión constitucional y lograr determinar el contenido y alcance de la noción de bloque de constitucionalidad.¹⁶¹

1.2.- Excurso: Uso y abuso del Recurso de protección¹⁶²

La indeterminación del contenido del orden público laboral, producto de las nociones doctrinarias indicadas, se acentúa entre nosotros con el mecanismo jurisdiccional de amparo de derechos fundamentales, denominado Recurso de Protección, toda vez que por mientras en el Derecho Comparado se caracteriza por ser una vía extraordinaria y excepcional de tutela de derechos frente a la actividad administrativa y sólo en aquellos casos en que está comprometido estrictamente un derecho fundamental, en Chile es en los hechos el mecanismo procesal ordinario de control contencioso administrativo, provocándose una desnaturalización evidente de los derechos constitucionales amparados por el recurso, en atención a que se ha requerido una interpretación amplísima del contenido de estos derechos.^{163_164}

Además, por otra parte, los procesos constitucionales de amparo urgente de derechos fundamentales, están delimitados en relación a su objeto especialísimo, la protección directa e inmediata de los derechos y libertades establecidas en la Constitución, por lo tanto, el recurso de protección se debería insertar en aquellos procedimientos de urgencia de tutela de derechos fundamentales, los cuales se utilizan sólo en los casos en que se consideren real y directamente afectados este tipo de derechos.

No obstante lo anterior, nuestra jurisprudencia muestra una tendencia irrefrenable a expandir el Recurso de Protección a casos no previstos inicialmente, asunto radical en Derecho del Trabajo, donde los masivos recursos de protección presentados por empleadores en las últimas décadas han dejado sin discusión

¹⁶¹ *Ibid.* p. 66.

¹⁶² Ferrada, J., Estudios de justicia Administrativa. Editorial *Legal Publishing*. 2009. p 209 y ss.

¹⁶³ Esta interpretación extensísima se debe a que el recurso de protección tiene un marco acotado de actuación determinado por los derechos taxativamente enumerados por el artículo 20 de la constitución, sin embargo, la jurisprudencia azuzada por la doctrina a incluido bajo algunos de ellos una serie de derechos, intereses o situaciones no cubiertos por la disposición constitucional, produciéndose una desnaturalización que vacía de contenido los derechos protegidos.

¹⁶⁴ De esta manera, el recurso de protección se ha consolidado en un auténtico proceso contencioso administrativo ordinario, pese a la naturaleza de urgencia del recurso de protección que se advierte en sus características, principalmente, efectos de cosa juzgada formal y desformalización en el procedimiento.

jurídica sustantiva la actuación de la agencia pública Dirección del Trabajo, reconduciéndose toda controversia iniciada producto de su intervención, a una mal entendida garantía de prohibición de comisión especial y con ello, un vacío en la determinación del contenido del orden público laboral, tornándose entonces, el Recurso de Protección en un remedio jurídico conraindicado para otorgar claridad y certeza del contenido del orden público laboral, en tanto evade la discusión acerca de la licitud o ilicitud del reproche por la norma de orden público laboral violada, lo cual necesariamente tendría como consecuencia determinar el contenido del orden público laboral.

Párrafo 2.- Consecuencias de la categoría dogmática en el Derecho del Trabajo

La constitucionalización del Derecho Laboral promueve la destrucción de su racionalidad interna, con la consecuente pérdida de certeza jurídica para los actores sujetos a sus normas laborales, al indeterminar el contenido de la fuente sub-constitucional y agregar los derechos fundamentales, los cuales al operar como principios –caracterizados por su generalidad y ambigüedad de contenido- hacen problemática su configuración como derechos subjetivos privados, toda vez que *“lo propio de la noción de derecho subjetivo es el reconocimiento a su titular de un ámbito de exclusividad, de una titularidad jurídica para actuar a su propio arbitrio. Ello exige un núcleo relativamente cierto del interés que protege el derecho, sin embargo, en los derechos fundamentales ese núcleo es muy difuso al contrario que en el Derecho Privado (laboral en particular) donde su eficacia como ordenamiento jurídico básico de la actividad económica, es gracias a la relativa precisión del contenido atributivo de los derechos subjetivos que confiere.”*¹⁶⁵

En consecuencia, una vez que los derechos constitucionales tienen directa aplicación en la solución del conflicto, tienden necesariamente a controlarla, haciendo irrelevantes las normas legales que en ausencia de ellos decidirían la disputa, y finalmente, los casos terminan siendo adjudicados por decisiones

¹⁶⁵ Jana. A. *Op. cit.* p. 22. [paréntesis es nuestro]

basadas fundamentalmente en argumentos de principios. Transformando a las Cortes en una jurisdicción de equidad inarticulada.¹⁶⁶

Eduardo Aldunate¹⁶⁷ señala que el efecto horizontal directo en vez de operar a favor de la protección de los derechos constitucionales, termina siendo un atentado al régimen de libertad, toda vez que nuestra libertad personal queda ya no sometida a las leyes sino que al arbitrio de un órgano decisor que considera en su decisión elementos extra-jurídicos, por cuanto esta doctrina *“abandona dos pilares fundamentales del Estado de Derecho, la reserva legal a que quedaba sometida la regulación de los derechos fundamentales y la idea de ley entendida como precepto de carácter general y abstracto y, la participación del representante popular en su elaboración y aprobación”*.¹⁶⁸

Además, la modalidad directa provoca una disminución considerable de la autonomía privada de los particulares, ya que ésta queda moldeada por el indeterminado orden público laboral, produciéndose la proscripción de la arbitrariedad, elemento esencial de la libertad personal naturalmente pre-jurídica, que se encuentra al margen de regulación jurídica y prescinde de la exigencia de justificación.¹⁶⁹ En este orden de ideas, resulta discutible aceptar la posibilidad de la modalidad directa, ya que lleva al *“abandono de la ley como reguladora de la extensión de la libertad de uno en relación a la libertad de otro, dejando entregada al juez esta delimitación, sin parámetros normativos, y sin carácter de generalidad”*,¹⁷⁰ generando consecuencias en materia de distribución de competencias y en el principio fundacional del contrato de trabajo, como es la autonomía de la voluntad.

Para una construcción dogmática, en este caso en un Estado Constitucional de Derecho, compartimos el razonamiento de Aldunate cuando argumenta que se debe considerar el principio de libertad como definitorio del Estado de Derecho, por ello los individuos gozan de una libertad general respecto del Estado, cuyo ejercicio éste puede regular sólo por ley y ejercer control de dicha libertad únicamente por medios represivos. Entonces las intervenciones en la libertad

¹⁶⁶ *Ibíd.* p. 29.

¹⁶⁷ Aldunate, E. Derechos fundamentales. Editorial *Legal Publishing*. 2008. p. 373.

¹⁶⁸ Aldunate, E. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. La constitucionalización del Derecho Chileno. Editorial Jurídica. 2003. p. 28.

¹⁶⁹ *Ibíd.* p. 29-30.

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 8.

individual deben contar con un fundamento y la libertad individual sólo encuentra sus límites en un precepto que le imponga responsabilidad para el caso de trasgresión.¹⁷¹

Por lo tanto, si bien es cierto se han insertado ciertos derechos fundamentales a nivel sub-constitucional en el ámbito laboral, no es menos cierto que este únicamente es un “maquillaje” de la eficacia directa de los derechos fundamentales, en tanto no se establecen mayormente conductas y sanciones concretas en los preceptos que buscan hacer vinculantes los derechos fundamentales en la relación laboral, perdurando, además, la inevitable colisión de derechos fundamentales que genera el efecto horizontal directo.

¹⁷¹Aldunate, E., El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. *Op. cit.* p. 10.

Título tercero.- Método de resolución de conflictos *Iusfundamentales*

Párrafo 1.- Descripción y análisis del método de resolución de conflictos *Iusfundamentales*

La constitucionalización del Derecho del Trabajo, producto de la categoría dogmática del efecto horizontal directo de los derechos fundamentales, genera en el ámbito laboral que los conflictos jurídico laborales terminen reduciéndose a un conflicto entre derechos fundamentales o, más aún, en un conflicto de valores, en tanto, como hemos venido dando cuenta, los derechos fundamentales juridificados en forma de principios terminan dominando completamente el conflicto y anulando cualquier regla jurídica que reconozca el supuesto fáctico donde se inscribe el conflicto.

En este orden de ideas, en el Derecho comparado y en los últimos años entre nosotros, con especial énfasis en el Derecho del Trabajo, el estudio de los métodos de resolución de conflictos entre derechos fundamentales en colisión ha venido a ocupar largas páginas de la doctrina, teniendo incluso, repercusión en el legislador. Así las cosas, se ha aceptado el método de ponderación que pasaremos ver, agravándose con ello los problemas de certeza de los cuales hemos dado cuenta latamente en esta actividad formativa, particularmente por restar fuerza a los derechos fundamentales, basados en un supuesto mandato de optimización, que llega a ser tan contrario a la teoría liberal de la Constitución que permite que los derechos individuales puedan ser sacrificados en razón de fines colectivos.¹⁷² De esta manera, no se toma en serio la constitución escrita, sustituyéndose vinculación por ponderación, dejando de lado el carácter de la constitución como una constitución rígida que aspira a la claridad y univocidad normativa.¹⁷³

Antes de continuar, debemos tener claridad sobre la distinción que las reglas incluyen mandatos definitivos que operan por subsunción, por mientras que los principios y valores operan como mandatos de optimización, por lo tanto, en la

¹⁷² Habermas, J., Facticidad y validez, Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Editorial Trotta. Madrid, 1998, p. 327.

¹⁷³ Wulfing, Th., *grundrechliche Gesetzesvorbehalte und grundrechtsschranken*. En Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 117.

colisión que puede darse entre las reglas para determinar su ámbito de validez, intervienen cláusulas de excepción y criterios de invalidación basados en jerarquía, especialidad y temporalidad, en cambio, en la colisión de principios es idea predominante en nuestra doctrina que se definen por el peso y la procedencia condicionada, no siendo nunca estas absolutas.¹⁷⁴

Para Alexy el sistema complejo de normas indica el carácter doble de las normas de derecho fundamental, de forma tal que en ellas el nivel de los principios y el de las reglas están ensamblados, constituyéndose así en reglas incompletas que obligan a ponderar, esto es “*buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor*”¹⁷⁵, visión compartida sin matiz por nuestra doctrina laboral.¹⁷⁶

Ahora bien, se torna necesario primeramente, describir los elementos de la ponderación para efectos de denunciar sus debilidades jurídicas y comprender las críticas que más abajo se formularán. En este sentido, el método de ponderación en primer lugar, constata que la medida -o conducta- presente un fin constitucionalmente legítimo, como fundamento en la interferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe tal fin, entonces, no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación; de esta manera apreciamos la exigencia que los principios en colisión tengan igual valor para hacer precedente el proceso en estudio. Luego, se requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento. en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada. Tercero, debemos observar la necesidad de la intervención lesiva del principio, esto es, ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva.

¹⁷⁴Ruiz-Tagle, P. Una visión Democrática y Liberal de los Derechos Fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario, Justicia Constitucional y derechos fundamentales, lexis-nexis, p. 90.

¹⁷⁵ Prieto, L., Justicia constitucional y derechos fundamentales. Editorial Trotta. 2003. p.189.

¹⁷⁶ Ugarte, J. La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. Revista de Derecho. XX. 2007p. 58. Ugarte, J., Tutela de derechos fundamentales del trabajador, *Legal Publishing* p. 51 y ss. Ugarte, J., El nuevo Derecho del Trabajo. *Legal Publishing*. p. 145. Gamonal, S. Fundamentos del Derecho del Trabajo. *Legal Publishing*. 2010. p. 53. Gamonal, S., Trabajo y Derecho. *Legal Publishing*. p. 63. Gamonal, S., El procedimiento de tutela de derechos laborales. *Legal Publishing*. p. 33. Meliz, C., y Saez, F., El contrato individual de trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo. Editorial *Legal Publishing*. 2009. p. 219. Melis, C., Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Editorial *Legal Publishing*. 2009.

Finalmente, es necesario identificar en el proceso de ponderación el elemento de Proporcionalidad, el cual consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un bien legítimo, y los daños y lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. En esta sub- etapa del proceso se trata de determinar el peso definitivo que en el caso concreto tienen los principios en pugna, peso concreto que es diverso al peso abstracto de los principios, por ser el primero resultado de la valoración conjunta y relativa entre satisfacción y sacrificio de los principios en juego.¹⁷⁷

Conocidos los elementos que comprenden el proceso de la ponderación, pertinente resulta constatar que para este método de solución de conflicto *“los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”*¹⁷⁸ -mandato de optimización- por ende, los elementos que la componen de idoneidad y necesidad, responden a las posibilidades fácticas que se deben observar al ponderar, siendo únicamente el elemento de proporcionalidad el que responde a las posibilidades normativas, lo cual resulta novedoso, en tanto el conflicto es supuestamente a nivel normativo para efectos de determinar la regla que resuelve el caso concreto.

Por último, el método de ponderación, en cuanto a la etapa de proporcionalidad en sentido estricto distingue entre la intensidad de la intervención lesiva al principio, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y, un tercer paso, en el cual debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Para esto último Alexy establece un sistema de escalas para graduar la intensidad de la intervención frente a la importancia de la satisfacción del principio contrario, importancia integrada por una magnitud concreta y una

¹⁷⁷ Prieto, L. *Op. cit.* p. 189.

¹⁷⁸ Alexy. R., Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. LXVI. p.26.

abstracta, esto es importante al considerar que las escalas que gradúan la intensidad de intervención atienden exclusivamente a magnitudes concretas. Finalmente se ponen en mutua relación las valoraciones de intensidad e importancia con el objeto de establecer determinaciones concretas al caso particular en el cual se presentan colisiones de principios.¹⁷⁹

Párrafo 2.- Ponderación y desvanecimiento total de un orden público laboral

El método de resolución de conflictos *Iusfundamentales* que se describe más arriba, al considerar a los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados en el caso concreto, convierte a los tribunales en negociadores de valores, en “instancias autoritarias” que invaden las competencias del legislador y que aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.¹⁸⁰ En un sentido similar, en cuanto se refiere a la exaltación del juez, el método de ponderación, en última instancia, consiste en una forma de interpretación “moral” de los derechos fundamentales, teniendo la discrecionalidad que implica admisibilidad para distintos significados políticos o ideológicos, convirtiendo al juez en coautor de la misma constitución.¹⁸¹

Lo anterior, es posible en cuanto la máxima de ponderación es una fórmula hueca, que no añade nada al acto mismo de pesar o comprobar el juego relativo de dos magnitudes escalares, mostrándose incapaz de explicar por qué efectivamente un principio pesa más que otro.¹⁸² Entonces, si bien es cierto que “la ponderación” muestra un camino, no es menos cierto que abre un amplio margen a la posibilidad de desconfiguración del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, promoviendo una severa indeterminación en materia de Derecho del Trabajo del contenido obligacional imperativo o prohibitivo del orden público laboral.

Por otra parte, no es menor la discusión acerca de la legitimidad en la aplicación de los derechos fundamentales en la relación laboral en un modelo de

¹⁷⁹ Alexy, R., *Op. cit.* p. 32.

¹⁸⁰ Habermas, J., *Facticidad y validez*. Editorial Trotta. 1998. p. 332.

¹⁸¹ Prieto, L., *Op. cit.* p. 205.

¹⁸² *Ibid.* p. 90.

democracia dualista, entendido como coto vedado plus regla de la mayoría que protege los derechos básicos y las libertades, y, que debe distinguirse del principio referido a las desigualdades sociales y económicas¹⁸³. En este sentido, si bien es cierto ambos son principios de justicia, no es menos cierto que el primero sólo cubre la libertad de movimiento, la elección libre de trabajo y, eventualmente, el derecho a un mínimo social que satisfaga las necesidades básicas de los ciudadanos, pero en ningún caso, llega a cubrir el principio de igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia¹⁸⁴, como ha tratado de hacerlo voluntariosamente nuestra doctrina laboral en el último lustro, solapadamente, por medio de la aparente racionalidad del método “resolutivo”- argumentativo- de ponderación, consagrando un alto grado de incertidumbre en el ámbito laboral, especialmente para el principal obligado del Derecho del Trabajo, el empleador.

Entonces, no debemos dejar de preguntarnos qué legitimidad tienen los jueces no representativos, ni políticamente responsables, para invalidar decisiones de un legislador democrático que ha definido el orden público laboral, o aumentar el contenido de esta estructura que interviene en una relación privada que particulares soberanamente se han dado para gobernar sus vidas, en tanto debemos tener en consideración, que el ideal profundo de los derechos es el de una comunidad de individuos que se reconocen entre sí como agentes morales de *igual* dignidad: y la regla de la mayoría es la única que reconoce y toma en serio la *igual* capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente, y cuente *en pie de igualdad* con la de cualquier otro, en el proceso público de toma de decisiones.

¹⁸³ Bayón, J., Derecho, Democracia y constitución. Revista Universidad Autónoma de Madrid. p. 65 y ss.

¹⁸⁴ Rawls, J. Teoría de la justicia. Fondo de la cultura económica. 1995. p. 81.

Conclusiones

Causas, consecuencias y responsables en los actuales problemas de aplicación del orden público laboral que se inducen de los tres ensayos formulados.

Llegados a esta parte de la actividad formativa equivalente a tesis se nos plantea la interrogante de realizar conclusiones sucintas respecto de cada uno de los problemas actuales que hemos denunciado en estas páginas o, derechamente, abarcar únicamente el hilo conductor y unificador de estos problemas jurídicos laborales. Si bien es cierto que en estricto rigor cada uno de los problemas concretos son intrínsecamente jurídico-científico, no es menos cierto que la idea principal del trabajo responde a una cuestión extrínseca del Derecho, por lo tanto, en nuestra opinión es necesario únicamente para una plenitud del trabajo planteado, y en virtud de tener a su vez cada uno de los problemas una propuesta ensayística, abordar en estas conclusiones el eje conductor crítico del trabajo formativo, haciendo mención a la idea contenida en los tres problemas actuales para verificar la propuesta crítica extrínseca a la vigente y sistemática operativa del Derecho del Trabajo, principalmente, en lo referido a la aplicación del orden público laboral.

Así las cosas, el marco de referencia dogmático del trabajo que hemos planteado a través de esta actividad formativa dice relación con una forma poco tradicional de enfocar ámbitos de la normativa laboral, en tanto hemos tenido cómo objeto de estudio el orden público laboral y concretamente la importancia de expectativas ciertas para el principal obligado por tal pilar del Derecho del Trabajo, el empleador, y más aún el organizador de una actividad económica, en tanto cómo todo sujeto de derecho demanda del ordenamiento jurídico claridad, uniformidad y determinación en las obligaciones y prohibiciones que este impone en los diversos casos y particularidades que presenta la relación laboral. En este sentido, y producto del marco de referencia anotado, surge en nuestra opinión la legítima pregunta; por qué un ciudadano que organiza una actividad económica, entre ellos medios humanos, no tiene el garantismo que tiene el mismo ciudadano pero en su rol de imputado o administrado frente al Estado, más cuando tal orden

público aparece como una intervención constitutiva de una desigualdad formal entre privados.

De esta manera, el trabajo que concluimos se refiere en términos generales a una pérdida de certeza en la aplicación del orden público laboral, contrariándose el pilar de seguridad jurídica consustancial al Derecho, toda vez que actualmente cada aplicación del orden público laboral es un quiebre en las expectativas ciertas que tiene el empleador en su relación laboral, producto no del desconocimiento abstracto de la norma heterónoma, sino que en virtud de la aplicación que se realiza del orden público laboral por las diversas instancias jurídicas, apareciendo para nosotros como responsable principal la doctrina laboral, en tanto es ella la que no otorga al decisor laboral, ya sea en sede judicial, ya sea en sede administrativa, un diseño dogmático e interpretativo coherente con la realidad normativa laboral en el ordenamiento jurídico chileno, donde primero y antes que nada, cómo ya se ha apuntado, el orden público laboral se constituye como una intervención estatal en la actividad de los privados y configurador de desigualdad formal en la relación particular, haciendo, entonces, excepción a los derechos fundamentales de libertad económica –en clave contractual autonomía individual- e igualdad ante la ley. No obstante ello, nuestra doctrina pone todo el acento dogmático e interpretativo únicamente en la política laboral, olvidando los rasgos jurídicos esenciales del orden público laboral, generándose los consecuentes problemas de los cuales hemos dado cuenta a título enunciativo en este trabajo.

Particular atención durante el desarrollo de esta monografía y cómo necesidad para conformar expectativas ciertas a los sujetos de Derecho, se tuvo presente el rasgo de sistema y unidad del ordenamiento jurídico, especialmente relevante en el Derecho del Trabajo, caracterizado por su naturaleza de contrato intervenido. Sin embargo, lamentablemente hoy la cotidianidad del Derecho del trabajo en su vertiente de orden público laboral no otorga claridad y uniformidad en su aplicación al empleador o, incluso, a cualquiera acreedor de servicios personales, peor aún, termina desanclándose del Estado de Derecho, ya sea en su

vertiente privatista, ya sea en su vertiente publicista, como se pudo apreciar en el primero y en los dos últimos ensayos, respectivamente.

Hemos pretendido denunciar tal fenómeno extrínseco del Derecho del Trabajo mediante problemas actuales intrínsecos que deja ver la aplicación del orden público laboral y que explican que tal consecuencia externa responde a una falta de interdisciplinariedad del Derecho del Trabajo que otorgue coherencia y unidad a la fuente jurídico laboral, en tanto parte del sistema jurídico. En este orden de ideas, los problemas actuales que traemos a título de casos representativos de tal falta de coherencia y unidad, dicen relación con la aplicación del orden público laboral (ámbito normativo y práctico esencial para poder hablar de Derecho del Trabajo en nuestro modelo público-individual), por lo tanto, con la actividad de los órganos que aplican tal orden público al caso concreto, lo cual torna más relevante la denuncia extrínseca que planteamos, toda vez que es producto de una desconexión de las instancias jurídicas decisoras, esto es Tribunales y Dirección del Trabajo, con un diseño dogmático coherente con nuestro Estado de Derecho y Derecho de contratos, propio de la relación laboral.

Ahora bien, creemos que nuestra adjudicación de responsabilidad a la doctrina laboral de tal falta de conexión, se sustenta en que ésta ha desconocido la característica esencial de una intensa interdisciplinariedad en el Derecho del Trabajo, producto de olvidar la naturaleza formal del Derecho positivo independiente de variables materiales, so pretexto de un Derecho del Trabajo finalista, que, sin embargo, afecta y termina quebrando las posibilidades de expectativas ciertas para el empleador en la aplicación del orden público laboral, certeza que es un mínimo indispensable para un sistema social como el Derecho que tiene su necesidad de existir en asegurar expectativas a las personas, más el Derecho positivo moderno intrínsecamente cerrado operativamente.

Finalmente, referido a esta primera parte, constatamos lamentablemente que los problemas planteados no sólo nos han servido para dar cuenta que existe un problema de juridicidad en la aplicación del orden público laboral y que tal problema actual es producto de la falta de rigurosidad interdisciplinaria de la

disciplina laboral, sino que además, observamos que tales problemas jurídicos son un reflejo sistémico de las diversas instancias jurídico laborales, principalmente producto de una doctrina que ha desanclado el derecho del trabajo del sistema jurídico, según pasaremos a ver a continuación.

Conclusiones de los problemas actuales en la aplicación del orden público laboral que inducen la tesis general

Para efectos de verificar la denuncia extrínseca que se plantea, nos hemos detenido a lo largo de este trabajo en problemas actuales que se constatan en la aplicación del orden público laboral, distinguiendo entre supuestos de aplicación, formas de aplicación y contenido de la aplicación del orden público laboral, tratando cada aspecto según las categorías dogmáticas de otras disciplinas jurídicas que dan cuenta de la problemática con un mayor rigor jurídico que el alcanzado con las categorías propias del Derecho del Trabajo, reforzando con ello la idea de interdisciplinariedad que contiene nuestra tesis extrínseca al objeto jurídico y, por lo mismo, deviene en una actividad formativa y no en una tesis científica. Además, hemos fijado nuestra atención en las instancias donde se dan los problemas actuales planteados, Tribunales, Dirección del Trabajo y la propia doctrina, concluyéndose que tal falta de interdisciplinariedad responde a una realidad sistémica del Derecho del Trabajo, por lo tanto, se refuerza nuestra imputación a la doctrina laboral en el sentido de ser ella la principal responsable de otorgar categorías jurídicas para trabajar la fuente laboral de manera consistente con la realidad interdisciplinaria del Derecho y principalmente del Derecho del Trabajo, llegándose a su cota máxima en el eslogan “ciudadanía en la empresa”, donde la doctrina no se hace cargo de las consecuencias en la constitucionalización del Derecho del Trabajo.

Para ello, definimos el orden público laboral, referencia dogmática de nuestro trabajo, cómo intervención pública en una actividad privada que establece una desigualdad formal entre particulares, siendo, entonces, principalmente una excepción a la igualdad ante la ley, que debe tener en observancia el artículo 19 n°

16 de la carta fundamental y la *ratio legis* impuesta por el plan laboral que cruza nuestro actual orden público laboral, donde el dogma es la libertad de trabajo, elección y contratación, siendo ello, además, un límite para los órganos públicos. De esta manera, el Derecho del Trabajo es un Derecho Social rebotado de normas de orden público, constitutivas del orden público laboral, que tiene a la vista la protección del trabajador subordinado, producto de un paternalismo juridificado en un modelo público-individual que considera al trabajador y al empleador como sujetos no igualmente libres que legitimaría la introducción estatal de derechos mínimos irrenunciables, cómo normas heterónomas a la relación contractual.

En este sentido, para estudiar jurídicamente algunos problemas que presenta el orden público laboral en su aplicación suficientes para verificar la pérdida de expectativas jurídicas ciertas que existe hoy en día para el empleador, hemos dividido tal aplicación genérica en sus supuestos de aplicación, formas de aplicación y contenido posible de aplicar, percatándonos que en cada una de estas especies existen problemas jurídico laborales relevantes, en atención principalmente a la falta de rigor interdisciplinario de la disciplina jurídica que trabaja la normativa laboral, en tanto acontece que es de corriente observar cómo olvida la doctrina la naturaleza contractual del Derecho del Trabajo y, por otra parte, primero obvia las categorías del Derecho Administrativo cuando se observan las formas de aplicar el orden público laboral y, seguidamente, invoca institutos constitucionales sin el rigor del diseño dogmático constitucional que aquella doctrina, al menos excepcionalmente, tiene como elementos de trabajo sobre la fuente jurídica.

Con todo, nuestros problemas instrumentales para revelar la falta de juridicidad que presenta la aplicación del orden público laboral, y con ello verificar las causas, responsables y consecuencias que estamos denunciando, son los siguientes, a saber; a) para los supuestos de aplicación hemos estudiado más o menos de forma hermenéutica el caso que ha tenido en los últimos años en suma cero a la doctrina con la jurisprudencia, referido a la aplicación del orden público laboral en los contratos formalmente civil, válidamente celebrados y con un bajo

estándar de subordinación; b) en cuanto a las formas de aplicación tratamos de manera recopilativa las multas laborales en contraste a la doctrina dominante entre nosotros respecto a las categorías dogmáticas contenidas y estudiadas por el Derecho Administrativo Sancionador; y c) terminamos con una crítica dogmática al eslogan “ciudadanía en la empresa” y con ello a las diversas categorías dogmáticas que el Neoconstitucionalismo ha construido, provocando, entre otros efectos, la actual constitucionalización del Derecho del Trabajo.

Problemas de Derecho general y común en los supuestos de aplicación del orden público laboral. Un problema de tribunales.

El problema en los supuestos de aplicación que se estudia, discusión que lleva años en instancias jurisdiccionales, nace de una pretensión laboral del prestador de servicios personales que se plantea en sede laboral, pero que extrañamente se resuelve en clave puramente civil, consistente en determinar si los contratos formalmente civiles con bajo estándar de subordinación son supuestos de aplicación del orden público laboral. Siendo, entonces, necesario un argumento laboral estable con su correspondiente cobertura jurídico laboral para el difícil y excepcional caso de un querer declarado cómo civil sin vicios de la voluntad, pero donde se dejan ver los elementos esenciales configuradores de un contrato de trabajo.

Se propone pasar de un principio de primacía de la realidad que fortalece los hechos por sobre las formas a un principio que permite superar los pilares contractuales abstractos de igual libertad para contratar que inspiran al Derecho moderno, producto de las circunstancias materiales de los contratantes, haciendo excepción al paradigma moderno de hombres igualmente libres que demandan una igualdad jurídica formal, en tanto el legislador laboral establece una desigualdad formal inspirada en tal principio.

De esta manera, se supera una doctrina cerrada en un vacío principio de primacía de la realidad y en una relación reduccionista del artículo octavo con el séptimo del código del ramo, siendo mayoritaria nuestra doctrina en sostener que los rasgos esenciales del contrato de trabajo obligan la aplicación del orden público

laboral y, por otra parte, Tribunales que no pudiéndose abstraer de la realidad fallan según el color de los zapatos de las partes, producto de no entregar la doctrina laboral mayores elementos para resolver casos como el presente, obligando a las cortes a cubrir sus decisiones con un manto de juridicidad prestado, propio del Derecho general y común, siendo que el problema es jurídico laboral y que el principio de primacía de la realidad consustancial al Derecho del Trabajo obliga a matizar.

Ahora bien, tal realidad genera en acreedores de servicios personales, en el paradigma actual organizadores de recursos materiales e inmateriales en beneficio de la comunidad, una incertidumbre total de saber si en el contrato civil que celebran formalmente las partes sin ningún vicio de la voluntad se aplicará o no el orden público laboral.

En este orden de ideas, y reivindicando la interdisciplinariedad del Derecho del Trabajo, el principio que se induce de las diversas instituciones que plasman una desigualdad formal se hace más patente aún en el artículo octavo del Código del Trabajo, donde, en atención a nuestro objetivo, se propone pasar desde una presunción de laboralidad a una presunción simplemente legal de afectación de la voluntad para contratar en igual libertad, posibilitando excepcionar la regla hermenéutica del artículo 1560 del Código Civil y, a su vez, aclarar a nuestro máximo tribunal que no existe violación del principio de buena fe contractual cuando se constata desigual libertad para contratar en materia laboral, aunque exista una declaración formalmente civil sin vicios de la voluntad, superándose el querer declarado. Entonces, igualmente se puede aplicar el orden público laboral en los contratos formalmente civiles, pero con rasgos de subordinación, siempre que no exista prueba en contrario que acredite igual libertad jurídica mínima para contratar, siendo necesario para tal proposición reformular el principio de primacía de la realidad y reinterpretar el artículo octavo en comento. El primero, abandonándolo como un medio para descubrir los elementos del contrato para constituirlo en un factor de interpretación propio del Derecho del Trabajo que excepciona la igual libertad para contratar que se tiene como premisa en el derecho

privado moderno, producto de reconocer el Derecho del Trabajo las circunstancias materiales cómo legítimas afectantes de la libertad para contratar y, en segundo lugar, en cuanto al artículo octavo, se propone pasar de una presunción de laboralidad a una presunción simplemente legal de afectación de voluntad para contratar en igual libertad jurídica mínima, en tanto se constatan los elementos esenciales del contrato de trabajo, especialmente el de subordinación o dependencia.

De estas dos propuestas se obtiene un diseño jurídico laboral estable para solucionar las controversias que se plantean en la inclusión o exclusión de los contratos formalmente civiles con bajo estándar de subordinación y sin vicios de la voluntad cómo supuestos de aplicación del orden público laboral, dando eficacia a la norma laboral, pero con espacio jurídico laboral para excluir casos en que nuestra jurisprudencia materialmente ha considerado injusta la aplicación del orden público laboral, además, con un argumento jurídico laboral respetuoso de nuestro Estado de Derecho en atención a categorías dogmáticas propias del Derecho del Trabajo y sin contradecir el derecho general y común que modela la institución del contrato, sustentado en una igual libertad abstracta para contratar que prohíbe al intérprete torcer lo claramente manifestado por las partes.

Finalmente, con la propuesta que se plantea además de servir de válvula de escape al punto muerto que se encuentra nuestra doctrina con los Tribunales sobre este tópico, se evita todo riesgo de revisión judicial, en tanto que de la forma que esta resolviendo la corte hoy en día pareciera que existe una revisión del contrato civil si aparecen rasgos de cierta clase social en el prestador de servicios, lo que hemos tratado de explicar desde la teoría de la sustentación económica del contrato de Betti, donde no basta la licitud sino que debe ser coherente con la función social-económica del tipo contractual, para aplicarse este último.

*Problemas de Derecho Administrativo en las formas de aplicación del orden público laboral.
Un problema de la Dirección del Trabajo.*

En cuanto a las formas de aplicación del orden público laboral, no sólo tratamos de observar cómo la multa laboral presenta problemas de juridicidad, sino que volviendo a nuestro enfoque jurídico extrínseco hemos querido divulgar causas orgánicas de la deficiencia de juridicidad en la actividad de la Inspección del Trabajo, mostrando cómo el diseño institucional de tal agencia en poco ayuda a otorgar certeza a las expectativas de los intervenidos por la misma, en tanto no tiene la independencia, racionalidad y una completitud del marco regulatorio para evitar captura por parte de la autoridad política o de una de las partes del contrato (tanto por exceso cómo por defecto). Además, obviamente, de carecer de infalibilidad en la interpretación y aplicación de la norma, provocando muchas veces decisiones arbitrarias.

Referido a lo medular de este segundo ensayo crítico recopilativo, creemos haber contrapuesto suficientemente la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de derecho administrativo sancionador con la formas y contenidos de la multa laboral en su aplicación práctica, dando cuenta del bajo estándar de juridicidad de esta última, teniendo presente que el Estado sanciona a un ciudadano directa o indirectamente, afectando la libertad de las personas de forma presuntamente justificada por el orden público, en tanto cumple con la necesaria habilitación competencial de la potestad pública. Sin embargo, toda agencia con potestad sancionadora, no siendo la Dirección del Trabajo una excepción, debe cumplir con las garantías del Derecho Penal que el Tribunal Constitucional ha impuesto al Derecho administrativo sancionador, siendo en síntesis necesario que el orden sancionatorio aplique una sanción únicamente cuando la conducta sancionada se encuentre descrita y establecida por ley al igual que la sanción correlativa, el contenido esencial de la sanción tenga necesariamente rango de ley y, por último, el procedimiento sancionador observe un debido proceso. A pesar de ello, en la intervención de la Inspección del Trabajo, se constata cómo los

empleadores se ven expuestos a infracciones que no respetan garantías mínimas de un Estado de Derecho, tales como reserva de ley, tipicidad y debido proceso.

En cuanto a la garantía de legalidad las multas que facilitan la eficacia de la fiscalización, la multas que protegen la integridad y fidelidad del registro de asistencia y las referidas a elementos de protección, no cumplen con la necesidad de tener descrita la sanción a nivel de ley en concordancia con la garantía constitucional de reserva legal.

Por parte de la garantía de tipicidad, son múltiples las debilidades de la intervención sancionadora, siendo destacable la falta de tipo que se constata en sanciones tales como distribución excepcional de la jornada, conductas referidas a seguridad, higiene y salud en las faenas e incumplimientos contractuales, donde es relevante mostrar cómo no existe tipo en nuestro ordenamiento jurídico para sancionar por no pago de remuneraciones o por no otorgar trabajo convenido, como habitualmente sanciona la Inspección del Trabajo. Además de la particular sanción por incumplimiento de acuerdo colectivo donde resulta difícil en un Estado de Derecho hablar de multa. También aparece la falta de elementos para configurar el tipo como otra debilidad de las multas administrativas, siendo ordinaria en multas cómo jornada excepcional de descanso dominical, procesos continuos y discontinuos y jornadas ordinarias y extraordinarias de trabajo. Por último, hemos podido pesquisar la incorrecta aplicación de tipo que muchas veces se deja ver en las multas laborales, entre los principales errores del órgano fiscalizador están confundir entre cláusulas mínimas, modificación del contrato y *ius variandi*.

Otra manifestación de ligereza por parte de la Dirección del trabajo al momento de ejercer su potestad sancionadora se observa cuando está en presencia de eventuales contravenciones a tipos laborales que protegen la salud, seguridad e higiene en las faenas, toda vez que coexistiendo trabajadores externos o subcontratados e internos algunas veces se termina sancionando a la empresa contratista y otras veces a la principal, sin distinguir cuales son los supuestos fácticos que debe cumplir la contratista y cual la principal, generándose un

problema relevante de participación, al desconocerse en tales casos quién es el sujeto activo de la conducta típica.

Finalmente, no podemos terminar este apartado conclusivo sin traer a la vista problemas de debido proceso en la aplicación de la multa laboral, ya sea sustantivas cómo no respeto del *non bis in idem*, indivisibilidad de la sanción, prescripción, ya sea falta de medios para otorgar eficacia al derecho de defensa, como problemas de notificación, periodo del proceso administrativo, cobertura de la intervención o individualización de los subordinados afectados.

Problemas de Derecho Constitucional en la aplicación del contenido del orden público laboral. Un problema de doctrina

Por último, desde un enfoque constitucional, un problema actual en la aplicación del orden público laboral es el de “ciudadanía en la empresa”, donde para otorgar una mayor protección al trabajador frente a eventuales arbitrariedades del empleador, la doctrina laboral ha hecho eco de una doctrina constitucional progresista que trae enormes consecuencias en la teoría liberal de la constitución, en tanto los derechos fundamentales pasan a ser obligaciones para los particulares, principalmente para el empleador en la relación laboral. Asunto que se ve consumado por el efecto horizontal directo de los derechos fundamentales y agravado por la doctrina del bloque de constitucionalidad que entiende a los derechos fundamentales comprensivos no sólo de los explícitos de la carta fundamental y tratados internacionales.

Para explicar este fenómeno es necesario conocer categorías dogmáticas del Neoconstitucionalismo que permiten la incorporación de los derechos fundamentales en la relación contractual, tales cómo efecto horizontal directo y bloque de constitucionalidad, permitiendo el primero la aplicación directa de la constitución sin necesidad de desarrollos legislativos ulteriores en las relaciones privadas sin importar el sistema de fuentes y la distribución de competencias y, el segundo, indicando que los derechos fundamentales no sólo son los explícitos de la carta fundamental, sino que también habrían derechos fundamentales implícitos, aumentando la densidad normativa *iustfundamental*. Además, debemos tener

presente la realidad práctica de nuestro recurso de protección que a abierto las posibilidades de afectación de derechos fundamentales y olvidado la discusión en clave licitud/ilicitud al desconocer la fuente sub-constitucional, resolviéndose por ejemplo en el ámbito laboral con una profusa y vaga concepción de comisión especial. Todo ello lleva necesariamente a una indeterminación en el contenido del orden público laboral, al comprenderse dentro del mismo los derechos fundamentales explícitos e implícitos en el ordenamiento jurídico.

Sumado a lo anterior, se presenta el problema que en general los derechos fundamentales están consagrados en forma de regla compleja compuesta de principios que por una parte llevan a manejar y controlar la fuente sub-constitucional y luego a resolver el problema únicamente bajo criterios morales, mediante el proceso resolutorio de conflictos *iusfundamentales* de ponderación que no hace más que dar razonabilidad a la decisión moral que esconde, moldeándose la autonomía privada por un indeterminado orden público laboral decidido siempre *ex-post* por un juez.

Con todo, no podemos pasar por alto la legalización de los derechos fundamentales en materia del Derecho del Trabajo, sin embargo, ello es sólo aparente, en tanto que no se describen conductas -supuestos fácticos- y consecuencias concretas para la transgresión de la conducta, bajándose únicamente la regla "principialista" desde la carta fundamental a la fuente sub-constitucional, persistiendo la colisión de derechos fundamentales.

Finalmente, todo el contenido del orden público laboral se resolverá en sede jurisdiccional donde la norma será observada cómo un mandato de optimización, no decidora de la controversia sino que únicamente guía de principio que se tendrá que cumplir mayor o menormente según criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto, transformándose a los tribunales en negociadores de valores y, por ende, en instancias autoritarias que invaden el campo del legislador. Además, tales decisiones tendrán una preponderancia funcionalista más que normativa, en tanto la ponderación es una fórmula hueca

que abre un amplio margen a la desconfiguración del Estado de Derecho, asunto intenso en el Derecho del Trabajo.

Tesis general extrínseca a los actuales problemas de aplicación del orden público laboral

A través del presente trabajo hemos tratado de dar cuenta de la falta de interdisciplinaria del Derecho del Trabajo y sus perniciosas consecuencias para las expectativas jurídicas del empleador y, en general, de todo empresario que emprende un negocio. Para ello, nos hemos valido de tres problemas actuales que demuestran que la causa no viene del legislador sino que de la aplicación del orden público laboral en las diversas instancias jurídico laborales, denotándose con esto último la naturaleza sistémica del problema extrínseco del Derecho del Trabajo denunciado. Realidad que se verifica cuando la problemática laboral se conecta a las diversas disciplinas jurídicas que tratan las normas en juego.

Finalmente, declaramos que este trabajo no sólo tuvo en vista los problemas prácticos extrínsecos que se plantean y los problemas dogmáticos particulares que se traen a colación para verificar la tesis extrínseca, sino que también nos permite ahora aventurarnos con una reflexión acerca de la causa que genera la falta de interdisciplinaria del Derecho del Trabajo que termina provocando que los jueces apliquen o rechacen el orden público laboral según el color de zapato de las partes, los fiscalizadores laborales reprochen conductas que nuestro legislador no ha considerado ilícita o no cumplen en su actividad con las garantías jurídicas y constitucionales de un Estado de Derecho o, por último, que sea en tribunales donde se decida el contenido del orden público laboral, ya sea mediante la prohibición de conductas o la imposición de obligaciones emanadas de derechos fundamentales no existentes en nuestro Derecho positivo, e incluso, desconociendo norma legal expresa y acuerdos libres entre partes. En este sentido, concluimos que la tesis general extrínseca es producto a una doctrina laboral predominante que ha tratado de ampliar nuestro modelo jurídico basado en derechos de actuación básicos y libertades públicas y no en desigualdades económicas y sociales,

quebrando con ello la unidad del sistema jurídico, no haciéndose cargo de sus consecuencias en el Derecho y la sociedad.-

Índice

I.- Introducción.....	2
Título preliminar: Determinación de orden público laboral (OPL).....	5
Párrafo primero: Nociones y elementos.....	5
Párrafo segundo: Contenido, formas y supuestos de aplicación.....	8
Capítulo Primero: Problemas de Derecho general y común en los supuestos de aplicación del orden público laboral. Un problema de Tribunales.....	11
<u>Título primero:</u> Planteamiento del problema actual: <i>Los contratos civiles de prestación de servicios perdurables en el tiempo y con bajo estándar de subordinación como supuesto de aplicación del orden público laboral.....</i>	<i>11</i>
<u>Título segundo:</u> Naturaleza jurídica del principio de primacía de la realidad.....	13
Párrafo 1.-Enfoque tradicional del principio: <i>La práctica por sobre las formalidades...</i>	13
Párrafo 2.-Reformulación del principio: <i>Las circunstancias por sobre los principios abstractos de igual libertad de voluntad que inspiran al Derecho Privado moderno.....</i>	13
<u>Título tercero.-</u> Sentido y alcance del artículo octavo del código del trabajo.....	17
Párrafo 1.- Presunción de laboralidad.....	17
Párrafo 2.- Presunción de afectación de libertad jurídica mínima para contratar con igual libertad. Consecuencias para el problema que se plantea: <i>excepción a las reglas generales de hermenéutica contractual y aparente matiz al principio de buena fe.....</i>	18
<u>Título cuarto.-</u> Riesgos de revisión judicial en el actual razonamiento jurisprudencial.....	23
<u>Discusión.....</u>	25
Capítulo segundo: Problemas de Derecho Administrativo en las formas de aplicación del orden público laboral. Un problema Dirección del Trabajo.....	27
<u>Título primero.-</u> Una cuestión previa; Problemas de captura en la Dirección del Trabajo.....	27

Párrafo 1.- Planteamiento del problema actual: <i>Debilitamiento de la propensión hacia el interés público en la acción de la agencia producto de su diseño institucional</i>	27
Párrafo 2.- Fallas de Estado y diseño institucional en la Dirección del Trabajo....	28
Párrafo 3.- El problema de agencia.....	30
Párrafo 4.- Falta de independencia y captura en la Dirección del Trabajo.....	31
<u>Título segundo.- Problemas de juridicidad en la forma de aplicación de la multa Laboral</u>	34
Párrafo 1: Planteamiento del problema actual: <i>Desconocimiento práctico por parte de la multa laboral de las garantías y categorías dogmáticas del Derecho Administrativo Sancionador otorgan certeza, previsibilidad y límites a la aplicación del orden público</i>	34
- Legalidad y Tipicidad de la sanción administrativa.....	38
Párrafo 2.- Problemas de reserva legal.....	41
2.1.- De las infracciones que facilitan la fiscalización.....	42
2.2.-De la protección del registro de asistencia	43
2.3.-De los elementos de protección personal.....	47
Párrafo 3.- Problemas de tipicidad.....	51
3.1.- Falta de tipo o inexistencia de tipicidad.....	52
3.1.1.- De la distribución excepcional de jornada de trabajo.....	52
Remisión: Del descanso dentro de la jornada.....	53
3.1.2.- De la seguridad, higiene y salud en faenas.....	54
3.1.3.- De los incumplimientos contractuales.....	56
3.1.3.1.- Del no pago de remuneraciones.....	56
3.1.3.2.- De la no entrega del trabajo convenido.....	59
3.1.3.3.- En general; de los incumplimientos contractuales acordados libremente.	61
Excurso: De los incumplimientos de contratos o acuerdos colectivos trabajo.....	62
- Sanción especial.....	62
- Más allá de las comisiones especiales.....	63
- Interpretación conforme y de <i>lege ferenda</i> : <i>Cláusula penal</i>	65
3.2.- Falta de constatación de elementos que integran el tipo.....	67

3.2.1.- De las obligaciones en jornadas exceptuadas del descanso dominical.....	67
3.2.2.- De los procesos continuos y discontinuos.....	68
3.2.3.- De la jornada ordinaria y extraordinaria.....	70
3.3.- Incorrecta aplicación del tipo justificativo de la sanción: problemas entre cláusulas mínimas del contrato, modificaciones al contrato y ejercicio del Ius Variandi.....	72
- Algo más sobre el Ius Variandi.....	73
Párrafo 4.- Problemas de determinación del sujeto activo del ilícito laboral.....	75
4.1.- De los objetos de orden, higiene y seguridad.....	76
4.2.- De las condiciones de orden, higiene y seguridad.....	77
Párrafo 5.- Problemas de debido proceso.....	79
5.1.- Garantías sustantivas.....	80
5.1.1.- Prohibición de sancionar dos veces el mismo hecho.....	81
5.1.2.- Indivisibilidad de la infracción administrativa.....	83
5.1.3.- Fiscalizador sólo reprocha hechos constatados.....	84
5.1.4.- Tiempo posible de fiscalizar.....	85
5.2.- Garantías al ejercicio del derecho a defensa.....	86
5.2.1.- Notificación al sancionado.....	88
5.2.1.1.- Tiempo para notificar.....	88
5.2.1.2.- Destino de la notificación.....	89
5.2.2.- Determinación de la cobertura normativa.....	89
5.2.3.- Individualización de los trabajadores implicados.....	90
5.2.4.- Determinación del periodo que se reprocha.....	90
5.2.5.- Duración del proceso administrativo sancionador.....	91

Capítulo tercero: Problemas de Derecho Constitucional en la aplicación del contenido del Orden Público Laboral. Un problema de la Doctrina Laboralista.92

Título primero.- Planteamiento del problema actual: Indeterminación de obligaciones, prohibiciones y deberes que impone el orden público laboral a los empleadores.....92

<u>Título segundo.-Efecto horizontal directo de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo.....</u>	94
Párrafo 1.- Descripción, recepción y análisis de la categoría dogmática.....	94
1.1.- El bloque de constitucionalidad cómo factor de indeterminación.....	97
1.2.- Excurso: Uso y abuso del Recurso de protección.....	99
Párrafo 2.- Consecuencias de la categoría dogmática en el Derecho del Trabajo...	100
<u>Título tercero.- Método de resolución de conflictos <i>ius</i> fundamentales.....</u>	103
Párrafo 1.- Descripción y análisis del método de resolución de conflictos <i>Iusfundamentales</i>	103
Párrafo 2.- Ponderación y desvanecimiento de un orden público laboral con contenido cierto.....	106
III.- Conclusiones.....	108
IV.- Bibliografía	

Bibliografía

DERECHO GENERAL

- BETTI, E., Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1971.
- BOBBIO, Norberto. Norberto Bobbio: el filósofo y la política. Fondo de la Económica. México, D.F. 1996.
- HABERMAS, J., Facticidad y validez. Editorial Trotta. 1998.
- KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Editorial Tecnos. Madrid. 4ª Edición. 1989.
- RECASENS SICHES, Luís. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1996.
- RAWLS, John., Teoría de la Justicia, Fondo de la Cultura Económica, segunda edición en Español, cuarta reimpresión, México, 2003.
- WEBER, Max. Sociología del Derecho. Comares. Granada. 2001.

DERECHO ADMINISTRATIVO

- AGUAYO, C., SKOKNIC, I. Fiscalización Laboral, Editorial Puntotex, Santiago, 2009.
- BORDALÍ, A. y FERRADA, J. Estudios de justicia administrativa. Editorial Legalpublishing. 2009.
- BREYER, S y STEWARD, R., Administrative Law and Regulatory Policy, Boston: Little.
- CORDERO, C. Derecho Administrativo Sancionador ¿ser o no ser? He ahí el dilema. en Derecho Administrativo, coordinador Pantoja, R., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- CORDERO, L. "Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal; el caso del sistema de licitaciones de defensa pública" Revista de derecho Administrativo Económico, N°17, 2006.

- CORDERO, L., "Por qué nos debe importar el control de gestión y por resultados en el Derecho Administrativo", Curso lógicas y títulos de intervención, Escuela de graduados, Universidad de Chile, 2008.
- CORDERO, L., "Derecho administrativo y Tribunal Constitucional," segunda versión, primer semestre 2007, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- EVANS, E., La Sanción Administrativa y la regulación de las actividades económicas. Efectos de un cambio en la jurisprudencia constitucional.
- FREEMAN, J., private parties, public functions and new administrative law, administrative law review, Estados Unidos, 2000.
- GONZÁLEZ, A., Estudio sobre la revisión de la institucionalidad regulatoria de los servicios sometidos a fijación tarifaria, Departamento de Economía, Universidad de Chile.
- MORALES, J. y ZAVALA, J., Derecho Económico, lexis nexis, 2003.
- NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo sancionador. Editorial Tecnos. 1994.
- ROMERO, J., ¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollado y extinción de las regulaciones, Revista Chilena de Derecho, Vol. 35 N° 1, 2008.
- SOTO, E. Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás. 2005.

DERECHO CIVIL

- BANFI, C., Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en Derecho Privado Comparado, Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, n° 6, 2006.
- BARCIA, R., La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación, en Chile, Cuadernos de análisis jurídicos,

colección de Derecho Privado III, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

- BARCIA, R., Breve análisis de la teoría de la imprevisión en el derecho chileno bajo la perspectiva del análisis económico, Estudio de Derecho Civil libro homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona, tomo I, Caracas.
- BARCIA, R., Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, Ius et praxis, n°2, 1998, Talca.
- BETTI, E., Teoría general del negocio jurídico, Editorial Comares, Granada.
- CORBETTI, A., La protección del más débil como origen de un nuevo Derecho de los contratos, Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, Tomo I, Editorial Lexis-Nexis, Santiago.
- DIEZ-PICASO, L., Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Editorial civitas, 5ª edición, 1996, Madrid.
- DIEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, Tecnos.
- LARENZ, K., Derecho de obligaciones, Editorial revista de derecho privado, Madrid.

DERECHO CONSTITUCIONAL

- ABRAMOVICH y COURTIS. Los Derechos Sociales cómo derechos exigibles. Editorial Trotta. 2002.
- ALDUNATE, E., El efecto de irradiación de los Derechos fundamentales, en Ferrada, J.C. (coordinador). La Constitucionalización del Derecho Chileno, Editorial jurídica de Chile. 2003.
- ALDUNATE, E., Derechos fundamentales. Editorial Legal publishing, Santiago, 2008.
- ESTRADA, A., Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En Teoría del Neoconstitucionalismo, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, Editorial Trotta, 2007.

- EVANS, E., La sanción administrativa y la regulación de las actividades económicas. *Revista de derecho administrativo económico / Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. No. 17. 2006.*
- GUZMÁN, A., *El Derecho Privado Constitucional en Chile. Ediciones universidad de Valparaíso. 2000.*
- ALEXY, R., Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, en revista *Española de Derecho Constitucional, número 66. 2002.*
- BAYÓN, J., *Derecho, Democracia y constitución. Revista Universidad Autónoma de Madrid.*
- CEA, J., *Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/.../pr4.pdf*
- DE LORA, P., *La interpretación originalista de la constitución, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.*
- GARCIA, J., *Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neocostitucionalismo. En Teoría del Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. 2007.*
- JANA, A., *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política (SELA). Derechos fundamentales. Disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf>.*
- MARTINEZ, J., *Los particulares cómo sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La doctrina del efecto horizontal de los derechos. Revista Chilena del Derecho. Número especial. 1998.*
- NOGUEIRA, H., *Dogmática Constitucional. Editorial Universidad de Talca. 1997.*
- NÚÑEZ, M. y otros., *Lecciones de Derechos humanos. Edeval. 1997.*
- OLANO, H., *Interpretación y Neoconstitucionalismo. Editorial Porrúa. 2006.*
- PRIETO, L., *Justicia Constitucional y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2003.*

- UPRIMNY, R., Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. En VV.AA. *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura. 2004.

DERECHO DEL TRABAJO

- AGUAYO, C. y SKOKNIC, I., *Fiscalización Laboral*. Editorial PuntoLex. 2009.
- CAAMAÑO, E., Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral, revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, 2009. Ltda. Santiago de Chile. 1998.
- CAAMAÑO, E., La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho, volumen XXVII, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006.
- GAMONAL, S., *Introducción al Derecho del Trabajo*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile. 1998.
- GAMONAL, S., *Los derechos fundamentales en el trabajo*. Temas Laborales, Dirección del Trabajo, 2004.
- GAMONAL, S., *Fundamentos del Derecho del Trabajo*. Legal Publishing. 2010.
- GAMONAL, S., *El procedimiento de tutelas de derechos fundamentales*. Legal Publishing. 2010.
- GAMONAL, S., *Trabajo y Derechos*. Legal Publishing. 2010.
- GUMUCIO, J. CORVERA, D., *Comentario a la jurisprudencia: La doctrina de los actos propios y el Derecho Laboral*.
- IRURETA, P., *La regulación jurídica del Trabajo dependiente*. Ensayos jurídicos. Universidad Alberto Hurtado. 2007.
- LANATA, G., *Contrato individual de trabajo*, Legal Publishing, 2009
- LIZAMA, L., *Derecho del Trabajo*. Santiago de Chile. Ediciones Lexis-nexis. 2003.

- MACCHIAVELLO, G., Derecho Colectivo del Trabajo. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1989.
- MELIS, C. y SAEZ, F., El contrato individual de Trabajo en los dictámenes del Trabajo, Editorial Legal Publishing, 2009.
- MELIZ, C., y SAEZ, F., Los derechos fundamentales de los trabajadores cómo límites a los poderes empresariales. Editorial Legal Publishing. 2009.
- PALAVECINO, C., Subcontratación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- PALOMEQUE, M., Derecho del Trabajo e ideología. Editorial Tecnos. 2002.
- PLÁ, A., Los principios del Derecho del Trabajo, Desalma. Buenos Aires. 3ª edición. 1998.
- ROJAS, I., Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004.
- TAPIA, F., Trabajo subordinado y tutela de los derechos fundamentales. En AAVV La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, LexisNexis, Santiago, 2005,
- UGARTE, J., La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. Revista de Derecho, Vol. XX, N°2, 2007.
- UGARTE, J., El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago de Chile. Editorial Universitaria. 2004.
- UGARTE, J., Tutela de derechos fundamentales del trabajador, Legal Publishing. 2008.
- UGARTE, J., El nuevo Derecho del Trabajo. Legal Publishing. 2007.
- UGARTE, J., Los actos propios en materia laboral o guía de cómo inventarse una doctrina. Revista Laboral Chilena, diciembre, 2008.
- UGARTE, J., La subordinación en el Derecho Laboral Chileno. Legal Publishing. 2008.
- WALKER, F., Derecho de las relaciones laborales. Santiago de Chile. Editorial Universitaria. 2003.

DERECHO PENAL

- POLITOFF, S., MATUS, J., RAMIREZ, C., "Lecciones de Derecho Penal chileno", parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

ANEXO N° 1

1) 4432.09.37-1,2,3,4,5	36) 7755.09.020-1	71) 8167.09.016-1
2) 4433.09.36-1	37) 7755.09.123-1,2,3,4	72) 8208.09.034-1,2,3,4,5,6,7
3) 4473.09.5-1,2,3	38) 7755.09.128-1	73) 8208.10.005-1,2,3
4) 6061.10.48-1,2	39) 7757.09.177-1,2	74) 8210.10.50
5) 6158.09.008-1	40) 7806.09.002-1,2,3	75) 8218.09.119-1,2
6) 6158.09.57-1,2	41) 7810.09.56-1	76) 8225.10.16-1
7) 6220.10.39-1,2,3	42) 7810.09.95-1	77) 8225.10.023-1,2
8) 6232.09.44-1	43) 7819.09.148-1,2	78) 8249.09.-96-1
9) 6242.09.39-1	44) 7819.09.200-1	79) 8252.09.39-1
10) 6243.09.034-1	45) 7896.09.064-1,2	80) 8252.09.108
11) 6267.09.029-1	46) 7935.09.34-1,2	81) 8258.09.136-1,2,3
12) 6267.09.057-1,2	47) 7945.10.049-1,2,3	82) 8258.10.065-1,2,3,4
13) 6279.09.019-1,2	48) 7967.10.011-1	83) 8259.10.63-1
14) 6293.10.045-1	49) 7969.10.58-1	84) 8280.10.77-1,2
15) 6311.10.61-1	50) 8011.10.026-1	85) 8284.09.022-1
16) 7388.10.5-1	51) 8022.09.1	86) 8284.10.26-1,2,3,4
17) 7424.09.52-1	52) 8028.09.84-1,2	87) 8335.09.23-1,2
18) 7424.09.53-1,2,	53) 8028.09.102-1	88) 8348.10.15-1,2
19) 7424.09.87-1,2,3	54) 8029.09.057-1,2,3,4	89) 8353.09.015-1
20) 7560.09.079-1	55) 8039.10.4-1	90) 8356.09.37-1,2,3
21) 7587.08.52-1,2	56) 8039.10.6-1	91) 8364.10.24-1,2
22) 7640.09.053-1,2	57) 8039.09.55-1,2,3	92) 9971.09.014-1
23) 7640.09.102-1	58) 8042.09.4	93) 9971.09.29-1,2
24) 7659.09.071-1,2,3	59) 8048.09.76-1,2	94) 9993.09.51-1,2
25) 7659.09.81-1	60) 8048.10.38-1,2	95) 9993.09.52-1,2
26) 7717.09.85-1,2,3	61) 8048.10.51-1	96) 9993.09.61-1
27) 7717.10.60-1,2,3,4	62) 8048.10.60-1	97) 9993.09.94-1,2
28) 7730.09.5-1	63) 8050.09.02-1,2,3,4,5,6	98) 9993.10.057-1
29) 7738.09.12-1,2,3	64) 8050.09.003-1,2,3	99) 9993.10.64-1,2
30) 7741.09.082-1,2	65) 8050.09.005-1,2,3	100) 774109083-1,2
31) 7741.10.028-1	66) 8063.10.8-1,2,3	101) 6186.10.18-1,2,3,4
32) 7743.10.003-1,2	67) 8066.10.007-1	
33) 7743.10.005-1,2	68) 8070.09.83-1	
34) 7755.09.011-1,2,3,4	69) 8070.10.16-1,2	
35) 7755.09.020-1	70) 8070-09-89-1	

Resoluciones de multas administrativas de la Dirección del Trabajo cursadas durante los años 2009 y 2010 a diversas empresas del Grupo Eulen Chile S.A.

ANEXO N° 2

Cuadro 12: Cantidad de sanciones cursadas por la Dirección del Trabajo por infracción a las disposiciones contenidas en el Código del Trabajo, según materia infringida, años 2005 a 2010

Materia	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Contrato de trabajo	8.587	7.320	8.037	6.486	5.200	4.591
D.F.L. N° 2	10.030	9.467	8.204	6.753	5.647	4.777
Discriminación, intimidad, vida privada y honra	256	146	125	121	78	33
Higiene y seguridad	2.481	17.339	20.411	18.098	12.860	10.976
Jornada de trabajo	29.522	33.370	24.072	19.106	14.374	13.193
Materias previsionales	3.950	3.690	3.345	2.917	2.942	2.505
Negociación colectiva	518	572	587	549	576	369
Organización sindical	293	268	388	339	168	13
Protección a la maternidad	413	373	495	459	181	405
Protección a los trabajadores	10.615	569	161	116	453	51
Remuneraciones	10.380	8.756	7.965	7.479	62	5.935
Término del contrato	94	40	23	46	7.063	20
Otras materias	105	221	265	266	47	132
Total	77.244	82.131	74.078	62.740	49.651	43.000

Fuente: Dirección del Trabajo, División Departamento de Inspección, Departamento de Estudios
Elaboración: Departamento de Estudios