



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

LA REACCIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL ANTE LA INEFICACIA DEL
RECURSO DE PROTECCIÓN: EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE
GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES.

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

FRANSSESCA FORNÉ GRANTT

MARÍA ANGELA RUZ OCARANZA

PROFESORA GUÍA: María Eugenia Montt Retamales

Santiago, Chile

2015

INDICE

Página

INTRODUCCIÓN.....	8
--------------------------	----------

CAPÍTULO I PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

1.1. Evolución histórica de los mecanismos de protección que contempla nuestra legislación.....	12
1.2. Constitucionalización del Derecho del Trabajo. Fundamento directo de protección de los Trabajadores al interior de la Empresa.....	22
1.3. El Recurso de Protección como mecanismo de protección de los Derechos Fundamentales de los trabajadores. Situación antes de la Reforma Laboral.....	29
1.4. Reforma Procesal Laboral: Procedimiento de Tutela Laboral como respuesta a las falencias de la Acción de Protección constitucional.....	33

CAPÍTULO II PARALELO ESTRUCTURAL ENTRE AMBOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN

2.1. Tribunal competente.....	41
2.1.1. Tribunal Competente Acción de Tutela Laboral.....	42
2.1.2. Tribunal Competente Acción de Protección.....	53
2.2. Legitimación activa.....	55
2.2.1. Legitimación activa en la Acción de Tutela Laboral.....	55
2.2.2. Legitimación activa en la Acción de Protección.....	60
2.3. Legitimación Pasiva.....	62
2.3.1 Legitimación pasiva en la Acción de Tutela Laboral.....	62
2.3.2 Legitimación pasiva en la Acción de Protección.....	67
2.4. Plazos.....	68

2.4.1. Plazo en la Acción de Tutela Laboral.....	69
2.4.2. Plazo en la Acción de Protección.....	71
2.5. Tramitación.....	73
2.5.1. Tramitación en la Acción Tutela Laboral.....	73
2.5.2. Tramitación en la Acción de Protección.....	81
2.6. Garantías protegidas.....	85
2.6.1. Garantías protegidas por la Acción de Tutela Laboral.....	85
2.6.2. Garantías protegidas por la Acción de Protección.....	89
2.7. Formalidades.....	91
2.7.1. Formalidades Acción de Tutela Laboral.....	91
2.7.2. Formalidades Acción de Protección.....	93
2.8. La prueba.....	94
2.8.1. La prueba en la Acción de Tutela.....	94
2.8.2. La prueba en la Acción de Protección.....	99
2.9. Efectos de la sentencia.....	101
2.9.1. Efectos de la Sentencia en la Acción de Tutela.....	101
2.9.1.1.Colisión y Ponderación de derechos en la Tutela Laboral.....	103
2.9.1.2.La Sentencia de Tutela de Derechos Fundamentales.....	107
2.9.1.3. El Despido y la Lesión de Derechos Fundamentales.....	111
2.9.2. Los Efectos de la Sentencia Acción de Protección.....	112

2.10. Recursos.....	114
2.10.1. Recursos Acción de Tutela.....	114
2.10.2. Recursos Acción de Protección.....	125

CAPÍTULO III CATÁLOGO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

3.1. Derecho a la vida (19 N°1).....	131
3.1.1. Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	131
3.1.2. Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.....	137
3.1.3. Jurisprudencia.....	138
3.2. Derecho a la integridad física y psíquica (19 N°1).....	140
3.2.1. Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	140
3.2.2. Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.....	146
3.2.3. Jurisprudencia.....	148
3.3. Derecho a la intimidad y respeto a la vida privada (19 N°4).....	152
3.3.1. Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	152
3.3.2. Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.....	157
3.3.3. Jurisprudencia.....	158
3.4. Derecho al honor (19 No.4).....	162
3.4.1 Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	162

3.4.2	Jurisprudencia.....	170
3.5.	Derecho a la inviolabilidad a toda forma de comunicación privada (Art. 19, N°5).....	172
3.5.1	Acepción en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	172
3.5.2	Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.....	176
3.5.3	Jurisprudencia.....	178
3.6	Derecho a la libertad de conciencia, manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (19 N°6).....	180
3.6.1	Acepción en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	180
3.6.2	Jurisprudencia.....	191
3.7	Derecho a la libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (19 N°12 inc. 1°).....	192
3.7.1	Acepción en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	192
3.7.2	Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.....	202
3.7.3	Jurisprudencia.....	204
3.8	Derecho a la libertad de trabajo y de contratación laboral (19 N°16 inc. 1° y 4°).....	208
3.8.1.	Acepción en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	208
3.8.2.	Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.....	215
3.8.3.	Jurisprudencia.....	216
3.9	Derecho a la no discriminación (Art. 2 Código del Trabajo).....	220

3.9.1. Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	220
3.9.2. Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.....	230
3.9.3. Jurisprudencia.....	230
3.10. Derecho a la indemnidad laboral (Art. 485, inc. 3°, parte final, Código del Trabajo).....	236
3.10.1. Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	236
3.10.2. Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.....	239
3.10.3. Jurisprudencia.....	239
3.11. Derecho a la libertad sindical (Art. 19, N°16 Constitución Política Republica).....	242
3.11.1. Aceptación en el Procedimiento de Tutela.....	242
3.11.2. Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.....	247
3.11.3. Jurisprudencia.....	248

CAPÍTULO IV PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

4.1 Análisis del proceso laboral español.....	255
4.1.1 Influencia de la legislación española en la discusión del Proyecto de Ley N°20.087.....	262
4.2 Experiencia en otras legislaciones.....	276
4.2.1.- Experiencia Italiana.....	276
4.2.1.1. Garantías protegidas en el derecho italiano.....	281

4.2.1.2. Análisis de jurisprudencia italiana.....	287
4.2.2. Experiencia en Uruguay.....	290
4.2.2.1. Garantías protegidas en derecho uruguayo.....	300
4.2.2.2. Análisis de jurisprudencia uruguaya.....	302
CONCLUSIONES.....	305

INTRODUCCIÓN

El contrato individual de trabajo se caracteriza principalmente por la existencia de una relación de subordinación y dependencia de parte del trabajador para con su empleador. Es este elemento particular el que distingue a las relaciones que se dan en el ámbito laboral, de aquellas que se enmarcan en el derecho privado, las cuales son construidas en base a la relativa igualdad de los contratantes.

Dicha subordinación, sin perjuicio de ser legitimada por nuestro derecho, conlleva a una jerarquización del vínculo jurídico, lo que ha provocado a lo largo del tiempo, con mayor frecuencia e intensidad, la existencia de vulneraciones y menoscabos de los Derechos Fundamentales de la parte que se encuentra en una posición de inferioridad jurídica; como ocurre en este caso con el trabajador.

Hasta el año 2006 la protección de estos derechos estaba entregada en forma exclusiva a la acción constitucional de protección, establecida en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Sin embargo, en la práctica, dicha acción cautelar no logró ser un mecanismo de tutela eficiente para los trabajadores, tanto porque por el propio mandato constitucional ciertos Derechos Fundamentales quedaban fuera de la esfera de protección del recurso, como por su ineficacia respecto a ciertas vulneraciones, lo que conllevó a que, siguiendo

el ejemplo del Derecho comparado, surgiera la necesidad de establecer un procedimiento específico dentro de la legislación laboral, con características, estructura procedimental y reglamentación propia.

Por lo antes señalado, y con el objeto de proteger a los trabajadores, en su calidad de ciudadanos al interior de la empresa, se introdujo en nuestro país, a través de la Ley N°20.087 de enero del año 2006, el “Procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales del Trabajador”; el cual se encuentra regulado en el Párrafo 6° del Código del Trabajo, específicamente en el artículo 485, que dispone: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los Derechos Fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República, en su artículo 19, número 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

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

La introducción de este procedimiento a nuestra legislación laboral, no debe ser concebida como una simple reforma procesal, sino más bien, como el primer paso del derecho del trabajo destinado a otorgar la importancia debida a este tipo de garantías. Dicha regulación implica un cambio en la concepción que se había tenido hasta ese momento respecto a esta rama del derecho, la que no tiene como tarea única asegurar y proteger a los trabajadores en sus derechos laborales propiamente tales, sino que además, debe hacerse cargo de los derechos que detentan los trabajadores en su calidad de ciudadanos inmersos dentro de una sociedad específica.

De esta manera, el Procedimiento de Tutela Laboral responde a la necesidad de reconocer y proteger ciertos Derechos Fundamentales, de naturaleza no laboral, correspondientes a la dimensión moral del sujeto afectado, que pueden ser ejercidos, y por lo tanto, vulnerados por los agentes de las relaciones de trabajo, entre los cuales podemos mencionar, a modo de ejemplo, el derecho a la intimidad, a la integridad, no discriminación, derecho a la honra, libertad de expresión, entre otros.

¿Cuáles fueron las falencias o desventajas que presentó el Recurso de Protección e hizo necesaria la creación de esta acción cautelar específica?, ¿cuál es la naturaleza jurídica de este nuevo procedimiento?, ¿constituye en realidad, una forma de protección adecuada a los Derechos Fundamentales de los trabajadores?, ¿ha respondido esta reforma a las expectativas que puso la doctrina nacional en ella?, ¿cuáles son los derechos o garantías fundamentales que se protegen por este medio?, ¿cuáles son los supuestos que deben concurrir para entender que un derecho está siendo conculcado?. Todas estas interrogantes serán abarcadas en el desarrollo de la presente exposición, poniendo especial hincapié en las diferencias que existen entre ambos procedimientos cautelares y en las ventajas y deficiencias que trae consigo la tutela laboral, haciendo un estudio detallado de todas aquellas garantías que se encuentran amparadas por este nuevo marco jurídico, analizando jurisprudencia relativa a cada una de ellas.

I. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

1.1. Evolución histórica de los mecanismos de protección que contempla nuestra legislación

Una de las fuentes del Derecho del Trabajo, corresponde a nuestra Constitución Política de la República, y al revisar su cuerpo normativo, es fácil percatarse que nuestro ordenamiento se preocupaba escuetamente de la protección al trabajador.

Al revisar la legislación laboral-constitucional, encontramos una clara evolución en sus normas, comenzando con la Constitución de 1833 que estableció “la admisión a todos los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes.”

Por su parte, en la esfera legal, destacamos las primeras normas laborales y previsionales nacidas en Chile como país independiente, ubicadas en el párrafo VII, del Título XXVI del Libro IV del Código Civil (1855) sobre criados domésticos; así como disposiciones propias de su especialidad establecidas en otros códigos que le siguieron (factores de comercio, contrato de embarque, seguridad en las minas, privilegio de pobreza, inembargabilidad de ciertos bienes sociales básicos), Ley de Jubilación de Empleados Civiles (1857), Caja de Ahorros (1861), Municipalidades (1891), Reglamento de Matrícula de Gente de Mar (1898), etc.¹. Posteriormente, en 1919, mediante la Ley N°3.557, Chile se incorpora a la Organización Internacional del Trabajo.

Señalan los autores, que “la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919 fue la culminación y a la vez el inicio de un movimiento para reglamentar internacionalmente las condiciones laborales. El que fuera creada en el contexto de las Conferencias de Paz que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial, deja de manifiesto el interés que tuvieron los países firmantes en dar un estatuto universal a una serie de disposiciones legales que buscaban normar las condiciones de trabajo y que se hacían necesarias a comienzos del

¹ THAYER ARTEAGA, W. 1994. Orígenes, evolución y perspectivas del Derecho Laboral chileno, Revista Estudios Públicos 54: 225p.

siglo XX, pero que, además, se entendían como fundamentales para garantizar la paz mundial”².

En este contexto, y siguiendo Chile la tendencia internacional en torno a regular condiciones laborales comunes y mínimas nuestro país aprobó, en una segunda etapa de evolución legislativa³, una naciente legislación social o laboral, la cual abarca el periodo que media entre el año 1906 y 1924, siendo un año después creada la Oficina del Trabajo, organismo encargado inicialmente de llevar a cabo la estadística laboral pero que terminó fiscalizando el cumplimiento de esa legislación. Así, en 1919 Chile fue una de las tantas naciones firmantes del Protocolo de Acuerdo que creaba la Organización Internacional del Trabajo, y en 1925, en el contexto de la visita de Albert Thomas, Director de dicho organismo, nuestro país aprobó los decretos que lo ponían a la par con las disposiciones aprobadas en las distintas Conferencias del Trabajo, especialmente la de Washington de 1919.

La profesora Gabriela Lanata⁴, destaca la “preocupación de los gobiernos de la época por la cuestión social”, lo que se observa en una serie de leyes laborales que se encuentran aisladas en nuestro ordenamiento jurídico, tales como:

² YANEZ ANDRADE, J.C. 2000. Chile y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1925): Hacia Una Legislación Social Universal. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 22 [en línea]. Santiago. 317-322 p. < <http://www.scielo.cl/> > [consultado : 12 julio 2015]

³ LANATA FUENZALIDA, G.2009. Contrato Individual de Trabajo. Legal Publishing. 25p..

⁴ Ob. Cite. 25p

- 1906, Ley sobre habitación de obreros;
- 1907, primera Ley sobre descanso dominical;
- 1918, nueva Ley sobre descanso dominical;
- 1916, primera Ley sobre accidentes del trabajo y primera Ley sobre salas cuna.

Lo anterior, incidió de manera directa en el texto primitivo de la Constitución del año 1925, así en el artículo 10 N°14, encontramos, con carácter de garantía constitucional, la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refiere a la habitación sana y a las condiciones de vida, de forma tal de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar.

En una tercera etapa de evolución legislativa, el 8 de junio de 1921 fue remitido con las firmas del presidente Alessandri y su ministro del Interior, Pedro Aguirre Cerda, el Primer Proyecto de Código del Trabajo al Congreso.

Correlato de lo anterior, destaca un hecho de gran importancia, ya que el 8 de septiembre de 1924, son promulgadas siete leyes laborales, las cuales habían sido parte del proyecto de Código del Trabajo enviado al congreso anteriormente por Alessandri. Dichas leyes van desde los N°4.053 a la 4.059, regulando materias tales como accidentes del trabajo, Organización Sindical, Contrato de Trabajo de Obreros, entre otros.

En este sentido, y siguiendo la descripción de la evolución legislativa laboral realizada por la profesora Gabriela Lanata⁵, encontramos una cuarta etapa, regulada por Código del Trabajo de 1931. Este cuerpo legal fue producto de la recopilación de las leyes de 1924 y decretos dictados con posterioridad, todos relacionados con la esfera del trabajo. Posteriormente, el día 6 de febrero de 1931, es aprobado en el Congreso Nacional el primer texto de Código del Trabajo⁶, sin embargo, dicha normativa tendría el carácter de inconstitucional debido a que su promulgación se realizó haciendo uso de facultades extraordinarias contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N°178⁷. Esta cuarta etapa se mantendrá hasta el año 1973.

Entre las modificaciones de índole laboral que sufrió la Constitución entre los años 1925 y 1971, permitieron incluir (i) el derecho a sindicarse de acuerdo a sus actividades en su industria o faena, gozando los sindicatos, las federaciones y confederaciones sindicales, de personalidad jurídica; (ii) el derecho a huelga, debiendo regularse por ley y, (iii) que ninguna clase de trabajo o industria podía ser prohibida, a menos que se opusiera a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud pública, o que así lo exigiera el interés nacional o una ley.

⁵ Ob. Cite. 26p.

⁶ Fechas.1900-1999 [en línea] < www.memoriachilena.cl > [consulta: 18 julio 2015]

⁷ Lanata Fuenzalida, Gabriela. Contrato Individual de Trabajo. 2009, pg. 26. Legal publishing.

En una quinta etapa⁸, comprendida entre los años 1973 hasta 1979, sigue rigiendo el mismo Código del Trabajo. Sin embargo, y por aplicación de disposiciones transitorias, muchas de sus normas quedaron suspendidas, o bien, sin efecto. El Derecho Colectivo del Trabajo fue la rama más limitada respecto a su manifestación, ya sea Organización Sindical, Negociación Colectiva o bien Derecho a Huelga durante el periodo de Dictadura Militar.

A continuación, encontramos una sexta etapa, la cual destaca por la promulgación de una serie de decretos que normaron las relaciones laborales. Así, fueron objeto de esta regulación materias tales como Contrato Individual del Trabajo, Organizaciones Sindicales, Negociación Colectiva y la supresión de la Judicatura del Trabajo.

Siguiendo los mecanismos de defensa de la legislación laboral a nivel Constitucional, finalizamos con la Carta Fundamental de 1980, que establece en su capítulo III derechos y deberes de las personas, así como mecanismos de protección de los mismos, incluyendo la libertad de trabajo.

A su respecto, el Derecho Laboral, como garantía protegida a nivel constitucional, contempla algunos aspectos a destacar⁹: a) Aplicación del

⁸ ídem

⁹ Ob. Cit. 32p.

Principio de la vinculación directa, bajo el entendido que todas las normas constitucionales, incluyendo las de índole laboral, tienen un efecto inmediato y directo respecto de todos los ciudadanos de la República, y de los tres poderes del Estado¹⁰; b) Son aplicables los mecanismos de control pertinentes, ya sea Tribunal Constitucional, y Contraloría General de la República; c) Las normas legales, tienen como límite la no afectación en su esencia de los derechos constitucionales laborales contemplados en su mayoría en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental; d) El Recurso de Protección, procede como mecanismo directo de defensa de los Derechos laborales consagrados por nuestra Constitución, a saber: Artículo 19 N°16, Libertad de Trabajo, libre Contratación, libre elección y Justa Retribución y 19 N°19 sobre Derecho a Sindicalización.

Con la dictación de la Constitución de 1980, se consagró en nuestro ordenamiento jurídico, la Acción de Protección de Derechos Fundamentales (artículo 20 de la Constitución), cuya tramitación fue regulada mediante un Auto Acordado¹¹ dictado por la Corte Suprema. Hasta la dictación de la Ley N°20.085, este era el único mecanismo de protección de los Derechos Fundamentales de

¹⁰ Artículo 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

¹¹ CHILE. Corte Suprema. 1992. Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las garantías constitucionales. junio 1992.

las personas en el ámbito de la relación laboral, cuya regulación y aplicación detallaremos en los próximos capítulos.

Dentro de esta evolución, es importante destacar las Leyes N^{os}19.759 y 20.005.

- La Ley N^o19.759¹², modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los Derechos Fundamentales del trabajador y a otras materias que indica. En relación a ella destacamos la incorporación del inciso 1 del artículo 5 del Código del Trabajo que dispone:“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

Esta norma es particularmente importante, pues, al hablar de facultades del empleador, abarca todas las potestades del mismo, abarcando en forma amplia todas las potestades de mando, de reglamentación y disciplina¹³.

¹² CHILE. Ministerio Del Trabajo Y Previsión Social. 2001. Ley 19.759: Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los Derechos Fundamentales del trabajador y a otras materias que indica. septiembre 2001.

¹³ GAMONAL CONTRERAS, S. 2008. El procedimiento de tutela de derechos laborales. 2^a.ed. Santiago. Editorial Legal Publishing. 13p.

Luego, en el artículo 2¹⁴, "Sustitúyense los incisos segundo y tercero, por los siguientes incisos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto, pasando el actual inciso cuarto a ser séptimo: "Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero.

¹⁴ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. 2001. Historia de Ley 19.759. octubre 2001.

Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren."

En virtud de la Reforma Laboral del año 2001, se dio mayor eficacia a los Derechos Fundamentales de los trabajadores en virtud de los artículos 2 y 5 ya citados. Sin embargo, se observó durante los años de aplicación de estas normas reformadas, sobre todo la del artículo quinto inciso primero, que no eran realmente eficaces para hacer vigente y exigibles los derechos inespecíficos por parte del trabajador¹⁵.

- La Ley N°20.005¹⁶ viene en tipificar y sancionar el "acoso sexual", señalando que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Por su parte la propia Dirección del Trabajo ha señalado que "la Ley N°20.005 corresponde a una manifestación del pleno reconocimiento de los Derechos Fundamentales dentro de las relaciones laborales. "De este modo, la represión del acoso sexual tiene su fundamento en el respeto y promoción de los Derechos Fundamentales de la persona afectada en el trabajo, cuestión que exige a las empresas, tal como lo señala la nueva

¹⁵ SEMINARIO: La nueva justicia laboral: Los procedimientos especiales en la nueva justicia del trabajo. 2005. 2005. Santiago, Colegio de Abogados de Chile. 53 p.

¹⁶ CHILE. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría Del Trabajo. 2005. ley 20.005: Tipifica el acoso sexual. marzo 2005.

redacción del artículo 153 del Código del Trabajo, la creación de "un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores". Especialmente relevante en la prevención y represión del acoso sexual en el ámbito laboral, es el deber de protección establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo que señala que "el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales¹⁷".

Sin embargo, no será hasta la dictación de la Ley N°20.087, que sustituye el Libro V del Código del Trabajo, en sus artículos 485 y siguientes, que se introduce el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales. Procedimiento que introduce una acción que permite al trabajador o a una organización sindical reclamar la protección jurisdiccional de ciertos Derechos Fundamentales cuando estos resulten lesionados por ejercicio de las facultades empresariales. Es esta protección de los derechos de los trabajadores, a través del Procedimiento de Tutela Laboral, lo que constituye el objeto del presente trabajo.

¹⁷ CHILE. Dirección del Trabajo. 2005. ORD. N° 1133/36. Fija sentido y alcance de las normas contenidas en la Ley N° 20.005, sobre prevención y sanción del acoso sexual. Marzo 2005.

1.2. Constitucionalización del Derecho del Trabajo. Fundamento directo de protección de los Trabajadores al interior de la Empresa

La constitucionalización del derecho implica un cambio de visión hacia nuestra Carta Fundamental. En este sentido, “se debe considerar que las normas constitucionales tienen todas, sin distinción, plena eficacia vinculante, incluidas, especialmente, las que establecen los Derechos Fundamentales de las personas¹⁸”. Lo anterior, es considerado como la eficacia directa de la Constitución, como directa consecuencia de su aplicación inmediata, sin disposición legal que se requiera para ello.

Su origen podemos situarlo a fines de los años cincuenta, momento en que la Jurisprudencia Alemana instaló la Teoría de la eficacia de los Derechos Fundamentales entre los particulares, denominada como “Drittwirkung Grudrechte” u “Horizontalwirkung¹⁹”. Dicho postulado se trajo a nuestro continente, entendiendo que existen dos esferas de la eficacia de los Derechos Fundamentales, a saber: eficacia mediata o indirecta, y eficacia inmediata o directa. La primera esfera entiende que “los Derechos Fundamentales vinculan y

¹⁸ UGARTE, J. L. 2006. Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral. En: Ensayos jurídicos. Chile. Universidad Alberto Hurtado. N°2 Pg. 2.

¹⁹ GAMONAL CONTRERAS, S. 2009. Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales. Revista laboral Chilena. <<http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/2009-Eficacia-diagonal.pdf>> [consulta: 05 mayo 2014]

obligan directamente única y exclusivamente a los poderes y autoridades públicas, quienes deben en el ejercicio de sus funciones aplicarlos a las relaciones entre particulares, mediatizados y traducidos en leyes que los desarrollen o interpretaciones judiciales que los invoquen”, y por otro lado, en la segunda esfera es “donde los Derechos Fundamentales rigen automáticamente en las relaciones entre particulares, siendo oponibles entre las partes, sin necesidad de mediación legal ni judicial que desarrolle dichos derechos²⁰”.

Siguiendo la idea planteada por el Profesor Ugarte, respecto a la eficacia directa de la Constitución, no solo limita la regulación existente entre el Estado y los ciudadanos²¹, sino que va más allá, abarcando su fuerza vinculante a las relaciones entre los particulares²².

Por su parte, ya en un plano local, Chile no estuvo exento de críticas a este proceso de “Revolución constitucional”, puesto que se habló por algunos medios nacionales que “el derecho estaba fundamentalmente en la ley, en ella estaba la voluntad soberana²³”. La anterior crítica, se aleja de la idea central de esta teoría, que corresponde a “la posibilidad que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no

²⁰ UGARTE, J. L. Ensayos Jurídicos. Ob. Cit. 5p.

²¹ Denominada eficacia vertical.

²² Denominada Eficacia horizontal

²³ “Los Jueces y La Ley”, Editorial, El mercurio, 13.08.2003.

ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho a la moral del autor²⁴". Destaca mayormente esta discusión en el ámbito laboral, puesto que es precisamente esta esfera del Derecho, donde existe un desequilibrio entre las voluntades de las partes involucradas en la relación laboral, para hacer exigibles derechos que emanan del contrato de trabajo.

Esta "constitucionalización" del Derecho Laboral es consecuencia directa del desarrollo de las democracias, junto con los cambios políticos, económicos, sociales y culturales que registra la historia del país; y del evidente reconocimiento de la persona como sujeto de derecho, centro y cúspide del ordenamiento jurídico. Es una reacción del Estado, si se quiere, frente a los excesos o abusos por parte del empleador, constituyendo un mecanismo efectivo de tutela del trabajador, reconociéndole una especie de "ciudadanía" al interior de la empresa.

De esta forma, "la Doctrina laboral, la Jurisprudencia y también el legislador han aceptado con entusiasmo la aplicación horizontal de los Derechos Fundamentales, no propiamente laborales, como límite a los poderes del empleador²⁵".

²⁴ UGARTE, J. L. Ensayos Jurídicos. Ob. Cit. 5p.

²⁵ GAMONAL CONTRERAS, S. 2009. Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales. Revista laboral Chilena.<<http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/2009-Eficacia-diagonal.pdf>> [consulta: 05 mayo 2014]

En este orden de ideas, el Derecho Laboral no ha estado exento, al igual que otras ramas del derecho, del fenómeno de la aplicación directa de las normas constitucionales a un contrato de trabajo, que por regla general será entre particulares. En esta relación de trabajo, encontramos un elemento claramente diferenciador respecto del resto de las relaciones de derecho privado: la existencia de subordinación o dependencia, la que de algún modo, quiebra el esquema clásico de las relaciones de derecho privado como una relación de coordinación entre iguales, acercándose a la relación de jerarquía entre subordinante y subordinado, del derecho público. Este elemento es precisamente lo que permite que se susciten distintas situaciones de clara afectación de Derechos Fundamentales²⁶.

El concepto de ciudadanía de la empresa, siguiendo al profesor Gamonal²⁷, ha surgido como una forma más acertada de denominar este fenómeno que dice relación con “aquellos derechos que tiene el trabajador como ciudadano, derechos civiles y políticos que, en cierta forma, quedaban disminuidos en la relación de trabajo, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las

²⁶ UGARTE, J.L.2007. La tutela de Derechos Fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. Revista de Derecho 20 (2): 59.

²⁷ GAMONAL CONTRERAS, S. 2008. El procedimiento de tutela de derechos laborales. 2ª.ed. Santiago. Editorial Legal Publishing. 7p.

condiciones económicas y de trabajo, o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador”.

La doctrina²⁸ ha clasificado los derechos y garantías de que goza el trabajador en las siguientes tres categorías:

1. Los derechos laborales propiamente tales (salarios mínimos, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato), atribuidos al trabajador como contratante débil, que ha permitido asegurar un mínimo socialmente aceptable para los trabajadores.

2. Los Derechos Fundamentales específicos (libertad sindical, derecho a negociación colectiva, huelga) atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad.

3. Los Derechos Fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), atribuidos al trabajador en su

²⁸ UGARTE, J.L.2007. La tutela de Derechos Fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. Revista de Derecho 20 (2): 52.

calidad de ciudadano, han permitido al Derecho del Trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde a un miembro de una sociedad democrática.

El artículo 5° inciso segundo del Código del Trabajo reconoce esta ciudadanía en la empresa, así lo reconoce abundante jurisprudencia de la Dirección del Trabajo²⁹.

Finalmente, los Derechos Fundamentales del trabajador, juegan un rol determinante en la relación laboral, puesto que, al existir un vínculo de subordinación y dependencia, como elemento esencial en el contrato de trabajo,

²⁹ Véase el Dictamen N° 2.210/035 de 5 de junio de 2009 que concluye: 1) De conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, y la doctrina vigente de este Servicio, contenida en el Dictamen 2.328/130 de 19 de julio de 2002, los Derechos Fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, a su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente; 2) Los Derechos Fundamentales del trabajador y trabajadora habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial, y 3) Para conciliar las conclusiones anteriores, existen ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un Derecho Fundamental y que se pueden englobar en la aplicación del denominado “principio de proporcionalidad”, resultando, a partir de éste, que el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los Derechos Fundamentales del trabajador o trabajadora, tendrá que cumplir con el “principio de la adecuación”, que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un Derecho Fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; con el “principio de necesidad”, según el cual la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de manera tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y con el “principio de proporcionalidad en sentido estricto”, a partir del cual se determina si la limitación del Derecho Fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

surge la posibilidad de desequilibrio de poder, y en consecuencia menoscabo de la parte que se encuentra en inferioridad jurídica, resultando trascendental la eficacia directa de nuestra Carta Magna como límite a las potestades de mando del empleador.

1.3. El Recurso de Protección como mecanismo de protección de los Derechos Fundamentales de los trabajadores. Situación antes de la Reforma Laboral

La Excelentísima Corte Suprema de Justicia ha señalado, 37 años después de su establecimiento, que: “el Recurso de Protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye, jurídicamente, una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio”³⁰, debido a que de nada sirve el

³⁰ CORTE SUPREMA, 2 de noviembre de 2005, Rol 2779-05, MJJ8466, < <http://cl.microjuris.com/>>

reconocimiento de Derechos Fundamentales si no existe un mecanismo idóneo de efectiva protección de los mismos^{31 32}.

Hasta la dictación de la reforma laboral en el año 2006, este era el único mecanismo de protección de los Derechos Fundamentales de las personas en el ámbito de la relación de trabajo, con las restricciones que ello implicaba. En efecto, el Recurso de Protección sólo ampara ciertas garantías constitucionales, por lo que el resto de ellas quedaban sin protección.

Frente a tal escenario, las críticas de la doctrina³³ no se hicieron esperar, pues como señala Cristian Melis, el Recurso de Protección solamente protege bienes jurídicos patrimoniales, las demás dimensiones de la personalidad del trabajador (honra, vida privada, integridad psíquica, u otros), prácticamente no gozaban de

³¹ CAAMAÑO, E., 2007. La ley de subcontratación y la tutela de los Derechos Fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios. En: *Ius et Praxis*, N° 2, p. 187; o equivaler “a su no reconocimiento”: Mellis, *Los Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 71. El autor señala que el reconocimiento de los derechos sin los medios idóneos para garantizarlos puede ser interpretado como un sinsentido.

³² CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. 2001. Historia de Ley 20.087. 3 enero 2006. El mensaje del ejecutivo del Proyecto de Ley 20.087 señala: “Sin lugar a dudas, el reconocimiento sustantivo de una serie de derechos no es suficiente para alcanzar un sistema de relaciones laborales equitativo y justo. Se requiere, además, contar con los mecanismos adecuados de tutela y protección jurisdiccional. En esta dirección, el proyecto busca materializar, en el ámbito del proceso laboral, un sistema de garantías procesales que se orienten a dar efectividad al derecho sustantivo”.

³³ UGARTE, J.L.2007. La tutela de Derechos Fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. *Revista de Derecho* 20 (2): 61.

GAMONAL, S y PRADO, P, 2007. *El mobbing o acoso moral laboral*. 2ª.ed. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 138p. En opinión del autor Sergio Gamonal, la Acción de Protección se ha mostrado absolutamente inútil para la protección de los Derechos Fundamentales en la relación laboral, debido a que el Recurso de Protección no acoge los principios del Derecho del Trabajo que dan cuenta de una relación en que el trabajador se encuentra en una posición más débil que el empleador; tampoco se obtiene la declaración de nulidad de los actos lesivos a los derechos o el pago de indemnizaciones, para lo que se requiere un proceso de fondo, y porque se excluye la protección de la discriminación laboral.

protección, por lo que previo a este nuevo procedimiento, el Recurso de Protección servía más para limitar las atribuciones de la Dirección del Trabajo que para proteger las garantías constitucionales de los trabajadores³⁴.

De esta manera, las principales limitaciones que demostraba el Recurso de Protección, como mecanismo de defensa de los Derechos de los trabajadores en el plano laboral, son las siguientes:

- La construcción jurídicamente neutra del Recurso de Protección, y la forma de tramitación establecida en el Auto Acordado complementario, alejados de los principios propios del Derecho del Trabajo.

- Se trata de un remedio judicial extraordinario, motivo por el cual este recurso no resulta efectivo para la protección de los Derechos Fundamentales del trabajador, debido a que ésta requiere para una real eficacia, que se lleve a cabo un proceso de fondo que permita declarar la nulidad de los actos lesivos y que ordene el pago de indemnizaciones a beneficio del trabajador cuyos derechos se han vulnerado.

- La Acción de Protección sólo se encarga de tutelar algunos de los Derechos Fundamentales. Quedaría excluido de esta protección, según una

³⁴ MELLIS, C. 2010. Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Legal Publishing. 29 p.

interpretación muy discutible, la no discriminación laboral contenida en el artículo 19 número 16, inciso tercero.

- El pronunciamiento de la Corte de Apelaciones que conoce de él, es meramente provisional, de ahí que se afirme que el fallo sólo produce cosa juzgada formal, mas no material, lo que se evidencia en la mención expresa del artículo 20 de la Carta Fundamental, al indicar que el recurso se interpone “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. De manera tal que la sentencia no tiene por objeto determinar la titularidad del derecho del recurrente, lo que es propio de una acción de lato conocimiento, y su única finalidad es restablecer el imperio del derecho y dar debida protección al afectado.

La misma Corte Suprema ha dicho de este procedimiento, “que se funda en el respeto y acatamiento directo de las normas constitucionales en las relaciones laborales, que afecten Derechos Fundamentales de los trabajadores contemplados en la Constitución”³⁵.

De esta manera, a pesar de la existencia de un mecanismo de protección contemplado constitucionalmente, el cual reconoce plena vigencia a los

³⁵ **CORTE SUPREMA**, Fuentes Zenteno con Juez del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, 15 de junio de 2009, rol 3779-09, considerando 2°.

Derechos Fundamentales de los trabajadores en la relación laboral, éste resultaba ser inútil, por lo que era evidente la necesidad de encontrar un mecanismo efectivo de Tutela de los Derechos Fundamentales, lo que se evidenciaba justamente en la falta de un proceso idóneo y específico. Así, a modo ejemplar, las cifras estadísticas ³⁶ respecto al Recurso de Protección eran claras en cuanto a qué derechos eran objeto de cobertura de esta acción constitucional, a saber: del total de recursos acogidos en el año 2004, el 70,27% correspondía a la invocación al Derecho a la Propiedad, el 20,27% al Juzgamiento como Juez Natural, y el 14,86% a la Libertad Económica. Por su parte, el porcentaje de otros derechos invocados, referidos a la esfera personal, representaron menos del 10% del total.

En atención a lo anterior, resultaba menester abrir el debate en torno a los mecanismos idóneos de una verdadera defensa de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, para cumplir con el estándar de los países en los cuales se contempla una tutela judicial efectiva sin restricciones.

1.4. Reforma Procesal Laboral: Procedimiento de Tutela Laboral como respuesta a las falencias de la Acción de Protección constitucional

³⁶ UGARTE, J.L. Ensayos Jurídicos. Ob. Cit. 5p.

Como ya se señaló, la poca eficacia del Recurso de Protección respecto de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, hacía evidente la necesidad de contar con un nuevo procedimiento de aplicación general en caso que, en el ámbito de la relación laboral, se produjeran situaciones que conculcaran ilegal o arbitrariamente los Derechos Fundamentales de los trabajadores.

Así, la falta de existencia de un mecanismo de protección idóneo y específico, que estuviera en clara concordancia con los principios del derecho del trabajo, con atribuciones para equilibrar el desequilibrio de poder y protección en el cual se encontraba inmerso el trabajador, estaban presentes a la hora de pensar en mejoras.

Diagnosticadas las falencias, el gobierno convocó a un Foro para la Reforma de la justicia laboral y previsional, el cual trabajó desde el año 2000 hasta el 2002.³⁷

Asistieron ministros de la Corte Suprema (representada por el señor Libedinsky), de Apelaciones de Santiago, (representada por los señores Juica y Cisternas); Jueces del Trabajo de Santiago (representados por la señora Elsa Barrientos), y San Miguel (señora Ana Maria Arratia), Cooperación de la

³⁷HUMERES, H. 2009. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I, 414p.

Organización Internacional del Trabajo, unos 50 abogados especialistas, más funcionarios de los Ministerios de Justicia y del Trabajo, bajo la dirección del profesor Patricio Novoa Fuenzalida.

El objetivo principal fue discutir hacia qué, cuándo y cómo debía cambiar la situación laboral reinante en la época, de manera de garantizar los Derechos Fundamentales inherentes a todo trabajador en el ámbito de la empresa, modernizando un sistema de protección de la parte más débil en la relación laboral.

De esta manera, el proyecto de reforma procesal- laboral estaba siendo desarrollado por el Gobierno junto con el aporte del Foro, quienes ayudaron a construir los pilares de la futura reforma de la justicia laboral, el cual fue establecido a través de tres proyectos³⁸ de ley que se sometieron a discusión parlamentaria, con el claro objetivo de mejorar el Derecho Laboral Chileno.

³⁸ CHILE. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría Del Trabajo. 2005. Ley 20.022: crea los nuevos Tribunales Laborales y de Cobranza Laboral y Previsional. Mayo 2005.; Chile. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría Del Trabajo. 2005. Ley 20.023: crea los Juzgados de Cobranza Previsional. Mayo 2005; Chile. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría Del Trabajo. 2006. Ley 20.087: sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V, del código del trabajo. Enero 2006.

La propuesta de reforma laboral del Gobierno de la época, miró a su par Español, país que había introducido dicho procedimiento en su Estatuto Laboral, tomando en cuenta los mismos cuestionamientos que estaban siendo formulados por las autoridades locales. Principalmente enfocándose en introducir un mecanismo de protección a los trabajadores.

Conforme con lo anterior, señala el propio mensaje presidencial lo siguiente: “Las experiencias comparadas dan cuenta de las ventajas que supone para toda sociedad contar con procedimientos jurisdiccionales, particularmente en el orden laboral, que se caractericen por la celeridad, la inmediatez y la concentración, lográndose en ellos importantes niveles de pacificación de las relaciones laborales y, por sobre todo, alcanzándose un alto nivel de legitimidad entre los justiciables, que ven en los órganos jurisdiccionales un medio adecuado para canalizar los conflictos y lograr la plena efectividad del derecho”. Así, en los objetivos expuestos para introducir este sistema de mejora en las relaciones laborales, en lo pertinente, destaca el objetivo del proyecto de ley, el cual señala expresamente, “Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. Como nos señala el insigne jurista italiano Norberto Bobbio, el “problema de fondo relativo a los Derechos Humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos... continúa su argumentación... Teniendo en cuenta las consideraciones esbozadas, se ha estimado de vital

importancia, siguiendo muy de cerca las experiencias comparadas, diseñar un modelo concreto de tutela de los Derechos Fundamentales al interior de la empresa a través de un procedimiento especial que dé cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección”³⁹

Tal cual lo señaló el profesor Ugarte⁴⁰ a su respecto, “la reforma procesal laboral implementada por la Ley N°20.087 de 2006 y en particular el Procedimiento de Tutela, es el primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio este tipo de derechos de los trabajadores, comenzando poco a poco a desmontarse lo que podríamos denominar el modelo cerrado de empresa donde la acción de los derechos solo quedaba restringida al cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público, expuesto al efecto expansivo de los Derechos Fundamentales”.

De esta manera, se ve concretado, a través de la Dictación de la Ley N°20.087 la incorporación a la Justicia Laboral de un nuevo procedimiento denominado “Tutela Laboral”, siendo éste “la consagración de una vía procesal para hacer efectiva esta garantía de protección que reconoce la Constitución y la ley”⁴¹.

³⁹ Punto 8. 8. Diseñar un modelo concreto de tutela de los Derechos Fundamentales en el seno de las relaciones laborales. Mensaje Presidencial número 4-350.

⁴⁰ UGARTE, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. 20p.

⁴¹ AGUILAR, G. y CONTRERAS, C. 2007. El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile. En: Ius et Praxis. 13 (1) 20 p.

La presentación normativa de este procedimiento tutelar se encuentra en los incisos primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo, el cual describe lo siguiente: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los Derechos Fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4, 5, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6, inciso primero, 12, inciso primero, y 16, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

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

Continúa el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En

igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.”

Luego, y en sentido estricto, el catálogo de derechos protegidos son aquellos contemplados en el artículo 485 del Código del Trabajo, los cuales tienen un origen Constitucional, previstos todos en el artículo 19 de la Carta Magna, y otro de origen legal, los que son incorporados en su protección como novedad en este nuevo procedimiento de reforma laboral, a saber, contamos con el derecho a no ser objeto de represalias laborales, protección a la garantía de Indemnidad Laboral, creado por la Ley N°20.087, y la protección a la Libertad Sindical⁴², en los términos contemplados en el artículo 292 del Código del Trabajo, el cual señala “el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales se sustanciará conforme a las normas establecidas en el párrafo 6°, del Capítulo II, del Título I, del Libro V, del Estatuto Laboral, remitiéndose uniformemente al Procedimiento de Tutela Laboral.

El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador es visto como el advenimiento de la eficacia de la Constitución a las relaciones laborales. El efecto horizontal de los Derechos Fundamentales se verifica ahora también en esta relación entre particulares.

⁴² UGARTE, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. 33 p.

2.- PARALELO ESTRUCTURAL ENTRE AMBOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN

En el marco del Procedimiento de Tutela antes citado, éste aplica respecto de la vulneración de Derechos Inespecíficos, cuando aquellos Derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador; ejercidas en forma arbitraria, desproporcionada o sin respeto al contenido esencial de la garantía tutelada.

De este modo, el Procedimiento de Tutela Laboral se aplicará:

- Respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de normas laborales.
- Que afecten los Derechos Fundamentales de los trabajadores
- Cuando tales derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

Por su parte, el Recurso de Protección, entendido como una acción procesal instaurada en la Constitución Política de la República, cuyo carácter informal y sumarísimo permite al afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal, que provoque privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos señalados en la propia constitución, recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que ésta restablezca el imperio del derecho⁴³. De esta forma, ya se vislumbran las diferencias estructurales que separan estas herramientas cautelares y protectoras de Derechos Fundamentales, las cuales comenzamos a detallar, a continuación:

2.1. Tribunal competente

Precisa recordar que el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. El cumplimiento de estas exigencias, que componen lo que conocemos como Debido Proceso, permite garantizar el correcto respeto de los derechos y obligaciones de las personas, exigencias que deben estar presentes en todos los órganos del Estado que ejercen la función jurisdiccional, según lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴³ Apuntes de Clase, Ríos Lautaro.

2.1.1. Tribunal Competente Acción de Tutela Laboral

Se determina que cada Juez ejercerá su jurisdicción en forma unipersonal respecto de los asuntos que las leyes les encomienden. De esta manera, al referirnos a su competencia, en los términos que prescribe la Ley Orgánica Constitucional⁴⁴ que regula este asunto, identificamos en un primer término el tribunal competente relativamente.

Así, el Tribunal Competente para ejercer la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, conforme lo dispone la regla del artículo 423⁴⁵ del Código del

⁴⁴Artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales. “... es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones.”

⁴⁵Artículo 423 del Código del Trabajo: *Será Juez competente para conocer de estas causas el del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante, sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales.*

La competencia territorial no podrá ser prorrogada expresamente por las partes. Asimismo, podrá interponerse la demanda ante el tribunal del domicilio del demandante, cuando el trabajador haya debido trasladar su residencia con motivo del contrato de trabajo y conste dicha circunstancia en el respectivo instrumento”.

Trabajo, será el Juez del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o hayan prestado los servicios, a elección del demandante. Estableciendo además de forma clara, en su inciso segundo, que la competencia territorial no podrá ser prorrogada expresamente por las partes.

Sin embargo, existe una excepción parcial a las reglas de competencia territorial prevista en el Código Orgánico de Tribunales, contenida en el artículo 71⁴⁶ del Código de Procedimiento Civil, respecto de aquellas actuaciones que se deben practicar en un territorio distinto a aquel en que tiene jurisdicción el tribunal que conoce de la causa.

A su vez, el artículo 422 del Código del Trabajo establece que en las comunas o agrupaciones de comunas donde no existan Juzgados de Letras del Trabajo, conocerán de las materias señaladas en los artículos 420 y 421, los Juzgados de Letras en lo Civil. En este mismo orden de ideas, en cuanto a excepciones a las reglas generales de competencia, el artículo 418 del mismo cuerpo legal, establece que la Corte de Apelaciones de Santiago determinará anualmente las normas que regirán para la distribución de las causas entre los Juzgados de Letras del Trabajo de su jurisdicción⁴⁷.

⁴⁶Artículo 71 inc. 1 Código de Procedimiento Civil. *“Todo tribunal es obligado a practicar o a dar orden para que se practiquen en su territorio, las actuaciones que en él deban ejecutarse y que otro tribunal le encomiende.”*

⁴⁷ HUMERES, H. 2009. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I, 423p.

Luego, el artículo 439 bis del Código del Trabajo dispone que “En las causas laborales, los Juzgados de Letras del Trabajo de Santiago podrán decretar diligencias para cumplirse directamente en las comunas de San Miguel, San Joaquín, La Granja, La Pintana, San Ramón, La Cisterna, El Bosque, Pedro Aguirre Cerda, Lo Espejo, San Bernardo, Calera de Tango, Puente Alto, San José de Maipo y Pirque sin necesidad de exhorto. Continuando en sus incisos 2, 3 y 4 con “Lo dispuesto en el inciso anterior, se aplicará también en los Juzgados de San Miguel y en los Juzgados con competencia laboral de las comunas de San Bernardo y Puente Alto, respecto de las actuaciones que deban practicarse en Santiago o en cualquiera de ellos.

La facultad establecida en el inciso primero regirá, asimismo, entre los Juzgados de La Serena y Coquimbo; de Valparaíso y Viña del Mar; de Concepción y Talcahuano; de Osorno y Río Negro, y de Puerto Montt, Puerto Varas y Calbuco.

Con todo, si en cualquier región del país la cercanía y conectividad de las comunas lo hace aconsejable, se podrán decretar diligencias para ser realizadas sin necesidad de exhorto.”

Finalmente, prescribe el artículo 424 del cuerpo legal antes citado que, “las referencias que las leyes o reglamentos hagan a las Cortes del Trabajo o a los Juzgados del Trabajo, se entenderán efectuadas a las Cortes de Apelaciones o a los Juzgados de Letras del Trabajo o de Cobranza Laboral y Previsional.”

En relación a la competencia absoluta, el inciso primero del artículo 485 del Código del Trabajo establece el procedimiento aplicable a este tipo de denuncias, señalando que: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los Derechos Fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.”

A su vez el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo señala que: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación

suficiente, en forma arbitraria y desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial...”

De conformidad a las reglas generales de competencia absoluta, un factor determinante a considerar será la materia, que para el trabajo en comento, corresponde al ámbito de aplicación del Procedimiento de Tutela, el cual es procedente respecto de las cuestiones suscitadas por aplicación de las normas laborales, cuando los Derechos Humanos que expresamente se mencionan, resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador⁴⁸. De conformidad a la normas antes mencionadas, las garantías constitucionales protegidas son las siguientes: derecho a la vida; integridad física y psíquica, siempre que la vulneración de estas garantías sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; vida privada y honra; inviolabilidad de las comunicaciones privadas; libertad de conciencia y culto; libertad de opinión y libertad de trabajo. Luego, se agrega como garantía protegida, el conocimiento de los actos discriminatorios durante la ejecución y término del contrato de trabajo, excluyendo expresamente las ofertas de trabajo. Asimismo, se integra para su protección, el amparo a la libertad sindical en su esfera colectiva, en cuanto a prácticas desleales y antisindicales.

⁴⁸ GAMONAL CONTRERAS, S. 2008. El procedimiento de tutela de derechos laborales. 2ª.ed. Santiago. Editorial Legal Publishing. 22p.

Se entiende que estos derechos y garantías resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, limite el pleno ejercicio de aquellos, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido identificador.

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, a propósito del nuevo Procedimiento de Tutela Laboral, ha señalado: “1º.- Que uno de los pilares centrales de las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por las leyes números 20.022⁴⁹, 20.023⁵⁰, 20.287⁵¹, 20.260⁵² y 20.087⁵³, se dirigieron entre otros aspectos, a remarcar la vigencia plena de los derechos que el trabajador detenta no sólo en tal calidad, sino también en su condición de persona, estableciendo aquello como eje fundamental en las relaciones laborales, creando nuevos procedimientos más democráticos, como se dijo en el proyecto, generándose al efecto el de tutela laboral”⁵⁴.

⁴⁹ CHILE. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría Del Trabajo. 2005. ley 20.022: Crea Juzgados Laborales y Juzgadas de Cobranza Laboral y Previsional en las comunas que indica. mayo 2005.

⁵⁰ CHILE. Ministerio Del Trabajo Y Previsión Social. 2005. Ley 20.023: Modifica la Ley N°17.322, el Código del Trabajo y el D.L 3.500, de 1980. mayo 2005.

⁵¹ CHILE. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría Del Trabajo. 2008. ley 20.287: Adecua normas sobre Procedimiento Laboral contenidas en el Libro V del Código del Trabajo, modificado por la Ley N°20.087. septiembre 2008.

⁵² CHILE. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría Del Trabajo. 2008. ley 20.260: Modifica el Libro V del Código del Trabajo y la Ley N°20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral. marzo 2008.

⁵³ CHILE. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría Del Trabajo. 2006. ley 20.087: Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. enero 2006.

⁵⁴ Fallo Corte Suprema en Recurso de Amparo, causa rol N°3779 de 2009.

Finalmente, cabe considerar, en lo que respecta a las reglas de competencia del artículo 1 del Código del Trabajo, y tal como lo señaló, en fallo dividido, la Cuarta Sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros Ricardo Blanco, Gloria Ana Chevesich, Carlos Aránguiz y Andrea Muñoz; además del abogado integrante Guillermo Piedrabuena⁵⁵, al acoger un Recurso de Unificación de Jurisprudencia interpuesto en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó la demanda interpuesta por un funcionario de la Central Nacional de Abastecimiento de Salud (Cenabast); los funcionarios públicos no se encuentran limitados por el Estatuto Administrativo para acceder a los procedimientos del Código del Trabajo reformados⁵⁶.

En relación al fallo referenciado en el párrafo anterior, una vez iniciada la Acción de Tutela por despido vulneratorio de derechos por parte del funcionario, el Consejo de Defensa del Estado, en representación de la demandada, invocó, en razón de la materia, la incompetencia absoluta del tribunal, cuestión que fue rechazada en audiencia preparatoria por la Juez Yelica Montengro Galli del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago. Luego de la respectiva audiencia de juicio, el fallo de primera instancia del Juez Álvaro Flores Monardes acoge la tutela, ordenando reincorporar al trabajador a sus funciones, pagarle las

⁵⁵ Voto disidente.

⁵⁶ Fallo Corte Suprema en Recurso de Unificación de Jurisprudencia, causa rol N° 10972 de 2013.

remuneraciones devengadas y publicar la sentencia en la intranet corporativa durante un mes.

En contra de dicha sentencia, el Consejo de Defensa del Estado interpuso Recurso de Nulidad, invocando en forma subsidiaria seis causales distintas. Las tres primeras de éstas se fundaban en la incompetencia del Juzgado del Trabajo por tratarse, en su opinión, de un funcionario público que al estar sujeto a un estatuto especial, estaría excluido de esta acción jurisdiccional y de cualquier otra fundada en su relación laboral con el Estado.

La Corte de Apelaciones de Santiago conociendo del citado recurso, acogió la nulidad por las tres primeras causales –incompetencia en razón de la materia, falta de jurisdicción y falta de legitimación activa- fundadas todas en la incompetencia de la jurisdicción del Trabajo, anulando el fallo y dictando una nueva sentencia de reemplazo que rechazó la Acción de Tutela intentada, fundada en que al estar el actor sometido a un estatuto especial, no le eran aplicables las normas sobre tutela contenidas en el Código del Trabajo⁵⁷.

Finalmente, y habiéndose recurrido en contra de la resolución que falló el Recurso de Nulidad, la Corte Suprema acogió el Recurso de Unificación de

⁵⁷ El fallo contó con el voto disidente del Ministro Leopoldo Llanos, quien presidía la Sala y que estuvo por la competencia del tribunal.

Jurisprudencia presentado por la parte demandante, anulando y reemplazando el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago. En la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema señala que el Juez del Trabajo sí es competente para pronunciarse respecto de una tutela de Derechos Fundamentales interpuesta por un funcionario público.

Así, el artículo 1 del Código del Trabajo establece como regla general el que “Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias”. La excepción, contenida en el inciso segundo, señala que no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Sin embargo, existe a continuación un inciso tercero que se abre a una contra excepción, señalando que, “con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.

En ese sentido, sentencias de la Corte Suprema habían definido que la aplicación del Código del Trabajo correspondía a casos de “vacío legal” en los estatutos especiales, sin olvidar además, que la aplicación de las normas de dicho cuerpo legal no debía resultar contraria a aquellas establecidas en los

estatutos especiales respectivos, por lo que analizado caso a caso, a veces se declaraba y otras no, la aplicación supletoria.

De esta forma, la pregunta se traslada a determinar si en el Estatuto Administrativo⁵⁸, o bien, en el estatuto especial que incida en la situación determinada, existe algún procedimiento que tutele los Derechos Fundamentales del personal que sirve en la Administración Pública, u otra de que se trate

En el citado DFL N°29 encontramos un conjunto de normas que determinan, en primer lugar, las reglas generales en cuanto al ámbito de aplicación del Estatuto, definiciones especiales como las de cargo público, empleo a contrata, planta de personal, carrera funcionaria, etc.; además de los requisitos de ingreso a la administración. Los siguientes párrafos versan sobre la carrera funcionaria, empleo a prueba, capacitación, calificaciones, promoción, obligaciones funcionarias, jornada, destinaciones, comisiones de servicio, subrogación, prohibiciones e incompatibilidades. Luego, desde el artículo 89 al 118, establece una serie de derechos de los funcionarios, a saber, el de estabilidad en el empleo, protección a la maternidad según lo previsto en el Título II, del Libro II del Código del Trabajo y, determinados Derechos Fundamentales, pero en relación a terceros que atenten contra la vida o integridad física del funcionario, con motivo

⁵⁸ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2005. DFL 29: fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n° 18.834, sobre estatuto administrativo. marzo 2005.

del desempeño de sus funciones, o que por la misma razón los injurien o calumnien, en el sentido de establecer el deber de la administración de defender al funcionario y perseguir la responsabilidad civil y criminal de estos terceros. Otros derechos previstos se refieren a remuneraciones, feriados, permisos, licencias médicas, prestaciones sociales, entre otros. A continuación, en el Título V, se regula la responsabilidad administrativa; en el Título VI, la cesación de funciones; en el Título VII, la extinción de la responsabilidad administrativa, y por último, el título final establece el derecho de cualquier funcionario a reclamar ante la Contraloría General de la República, cuando se hubiese producido un vicio de legalidad que afecte alguno de los derechos que le confiere el Estatuto; plazo de prescripción de los derechos y enunciación de los estatutos especiales que regirán a determinados funcionarios.

En suma, las normas del estatuto Administrativo no excluyen la aplicación del Código del Trabajo, no regulando tampoco una forma de remisión, de manera que habrá que regirse por la regla del artículo 1 del mismo y, lo principal, no contiene normativa alguna de protección referida a los Derechos Fundamentales establecidos en el artículo 485. Se trata entonces de un vacío legal que, al ser colmado con la regulación del Código, no genera ninguna incompatibilidad, pues los derechos y deberes establecidos en el estatuto tienen un objeto distinto de protección al de los Derechos Fundamentales.

En consecuencia, en la actualidad, los jueces de la reforma no sólo revisan el artículo 1 del Código del Trabajo para definir su competencia, sino que también acuden a criterios de interpretación propios de los Derechos Fundamentales, declarando que “al tratarse de una norma de garantía de Derechos Fundamentales debe interpretarse bajo la norma Pro civis, esto es, la exégesis debe estar precedida en materia constitucional, en orden de extender de la forma más amplia posible, la protección a los trabajadores tanto del sector público como del sector privado, para el caso de duda ante la hermenéutica debe inclinarse por la más beneficiosa a Tutela de Derechos Fundamentales⁵⁹”, así pues concuerda con Norberto Bobbio en que “el problema de fondo relativo a los Derechos Fundamentales no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos.”

2.1.2. Tribunal Competente Acción de Protección

El Recurso o Acción de Protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas.

⁵⁹ Sentencia Segundo JLT de Santiago del 7 de enero de 2010, RIT T-70-2010.

Esta disposición ha sido criticada por algunos, quienes plantean que sería mucho más razonable que el tribunal competente fuera el del domicilio del perjudicado, a quien no corresponde agravar aún más su situación. Piénsese, por ejemplo, en que el perjudicado se encuentra domiciliado en Punta Arenas y el acto que se intenta impugnar emana de un órgano público de Santiago, la "Corte respectiva" sería por tanto la de Apelaciones de Santiago, en circunstancias que, por motivos de facilitar el acceso a la justicia, debería ser la de Punta Arenas.

Ahora bien, todos los Auto Acordados sobre procedimiento del recurso, señalan como "Corte Respectiva" aquella en "cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal", que cause agravio al recurrente⁶⁰. En otras palabras, bajo la óptica procesal contenciosa, se mira a esta acción como una demanda, al recurrido como un demandado y se sigue la regla general de la competencia relativa conforme a la cual es Juez Competente para conocer de una demanda es el del domicilio del demandado⁶¹. No obstante, el recurso no es una demanda ni el recurrido es un demandado, y hasta eventualmente puede no existir recurrido, puesto que se trata de un procedimiento unilateral, como se estableció en su oportunidad. Cabe más bien en este caso, hablar de interesado que requiere la intervención del juez en un

⁶⁰ CHILE. Corte Suprema. 1992. Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las garantías constitucionales. junio 1992. Art. 1 N°1.

⁶¹ Ver Artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales.

asunto en que no existe contienda entre las partes⁶², y en tal sentido, es oportuno recordar que en los asuntos no contenciosos es juez competente el del domicilio del interesado.

Con todo, no es la existencia o inexistencia de contienda la que distingue esencialmente al Recurso de Protección. Este fue ideado y construido para brindar protección inmediata a una persona dañada en el ejercicio legítimo de ciertos Derechos Fundamentales por un ilícito que desarticula el orden jurídico, el que se debe restablecer brindándose el debido resguardo al afectado. En efecto, tratándose de una acción procesal, y ante la circunstancia que el agraviado tenga su domicilio en un lugar que no corresponda a la jurisdicción de la Corte en la cual se infirió el agravio, se brinda mejor protección al derecho conculcado y a su titular otorgando competencia a la Corte del domicilio de éste, la cual sin duda será mejor que aquella del lugar del agravio, que ordinariamente corresponde al domicilio del agraviante.

2.2. Legitimación activa

2.2.1. Legitimación activa en la Acción de Tutela Laboral

Esta materia dice relación con el sujeto que puede ejercer la Acción de Tutela.

⁶² Ver Artículo 817 del Código de Procedimiento Civil.

A este respecto, el artículo 486 del Código del Trabajo, ha establecido un sistema de titularidad ampliado por la relevancia de los hechos, aún más por el contexto de subordinación en que se desarrolla la relación laboral. La ley ha establecido un sistema de titularidad ampliado que permite reprimir las conductas lesivas y establecer el ejercicio del Derecho Fundamental vulnerado, el cual va más allá del propio trabajador afectado⁶³. De esta forma, pueden ejercer dicha acción: el trabajador afectado, como titular propio de la Acción de Tutela y como titular del derecho; la organización sindical, en tanto la ley reconoce legitimación activa de manera ampliada; y finalmente la Inspección del Trabajo, en caso que en el ámbito de sus atribuciones conozca de la vulneración de Derechos Fundamentales.

1) El trabajador Afectado: Cualquier trabajador, como titular propio de la Acción de Tutela tiene, en primer término, la legitimación activa para acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de su pretensión, la cual para el caso en concreto será la lesión o atentado a sus Derechos Fundamentales comprendidos en el catálogo que se analizará en el Capítulo 3. De esta manera, la titularidad del derecho lleva como consecuencia necesaria la titularidad de la Acción de Tutela.

⁶³ Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. 26p.

Cabe tener presente que el trabajador, como titular del derecho y Acción de Tutela, no se encuentra en ningún caso habilitado para disponer del bien jurídico protegido, toda vez que los Derechos Fundamentales se encuentran consagrados en normas de Derecho Público de rango constitucional, en consecuencia no son disponibles para las partes, ni menos tiene cabida la autonomía privada. Por tanto, los derechos laborales específicos, por disponerlo expresamente el principio de irrenunciabilidad establecido en la ley⁶⁴ y los Derechos Fundamentales del trabajador, sean o no los protegidos por el Procedimiento de Tutela, son irrenunciables⁶⁵.

La legitimación activa en manos del trabajador, tiene como requisitos para que concurra la Acción de Tutela, los siguientes aspectos⁶⁶:

- Deberán invocar un Derecho o Interés Legítimo.
- Deberán considerar lesionados Derechos Fundamentales de aquellos que hemos mencionado.
- La lesión debe llevarse a cabo en el ámbito de las relaciones laborales.
- Esas relaciones jurídicas deben constituir materias cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción laboral.

⁶⁴ Ver artículo 5 del Código del Trabajo

⁶⁵ Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. 26-27p.

⁶⁶ SILVA MONTES, R, 2009. Manual de Procedimiento Laboral. 61p.

2) Las Organizaciones Sindicales: La Acción de Tutela puede ser impetrada por organizaciones sindicales, toda vez que la ley procesal reconoce la titularidad o legitimación activa ampliada. Las organizaciones sindicales en cualquiera de sus variantes reconocidas por la ley, ya sea Sindicato de Empresa- Interempresa- Independientes y Transitorios, incluyendo también a organizaciones de grados superiores como lo son en este caso las confederaciones, federaciones y centrales sindicales, pueden ejercer la titularidad de esta acción.

Destacamos además que pueden hacerse parte en un proceso ya iniciado como terceros coadyuvantes, siempre que el trabajador afectado por una lesión de Derechos Fundamentales haya incoado una acción conforme a las “reglas de este párrafo” explica la ley, es decir debe tratarse de un proceso ya iniciado. En este punto, debe tratarse de una organización sindical a la cual el trabajador esté afiliado, o bien una organización a la cual se encuentra afiliado el sindicato del trabajador afectado. Se agrega como requisito final el que no se haya impetrado una Acción de Protección constitucional.

3) La Inspección del Trabajo: A diferencia de lo que ocurre con las organizaciones sindicales, las cuales no están obligadas a iniciar la Acción

de Tutela; puesto que es considerada como una facultad privativa de ellas, la Inspección del Trabajo por su parte “puede”, y a veces “debe” intervenir iniciando el proceso. El primer caso lo regula el inciso 4 del artículo 486 del Código del Trabajo, el que dispone: “La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. **Podrá**, asimismo, hacerse parte en el proceso.”. Por otro lado, el inciso 5 de la misma disposición, establece el carácter obligatorio de su intervención, al señalar: “Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de Derechos Fundamentales, **deberá** denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente.”⁶⁷. De esta manera, la intervención de dicho organismo, presenta las siguientes características:

- Ejercerá esta acción sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras.
- Deberá actuar dentro del ámbito de sus atribuciones.
- Debe haber tomado conocimiento de los hechos.
- Dichos hechos deben constituir una vulneración de algunos de los

Derechos Fundamentales.

⁶⁷ Destacado por autoría de las alumnas tesistas.

- Deberá denunciarlo ante el tribunal que es competente conforme las reglas generales.
- Deberá confeccionar un informe de fiscalización, el cual debe acompañar a la denuncia. Esta denuncia se entiende como suficiente para efectos de iniciar el Procedimiento de Tutela Laboral.
- Podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable. Sin embargo, cabe tener presente que puede no perseverar en la Acción de Tutela, lo cual tendrá lugar cuando ocurra una mediación previa entre las partes a “fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”. Sólo en el caso que la mediación fracase, la Inspección del Trabajo procederá a efectuar la denuncia en los términos anotados.

Finalmente, cabe tener presente que la amplitud en la titularidad de la Acción de Tutela, consagrada en el artículo 486 del Código del Trabajo, tiene una excepción que se encuentra prevista en el artículo 489 del mismo cuerpo normativo, al establecer que si la vulneración de Derechos Fundamentales a que hace alusión el artículo antes citado, se produce con **ocasión del despido**, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía de este procedimiento, corresponderá **exclusivamente al trabajador afectado**⁶⁸.

2.2.2. Legitimación activa en la Acción de Protección

⁶⁸ Destacado por autoría de las alumnas tesistas.

El Recurso de Protección, según lo dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República, puede ser ejercido por el propio afectado o por cualquiera a su nombre.

Cuando el afectado ejerce el recurso por sí, se habla de una "legitimación ordinaria", ya que quien lo ejerce es, a su vez, el afectado por la acción u omisión a la que se intenta hacer frente; en cambio, cuando el Recurso de Protección es ejercido por cualquier otra persona distinta al afectado, pero a nombre de éste, estamos frente a una "legitimación extraordinaria", es decir, quien ejerce la acción es alguien distinto del afectado por la acción u omisión.

Con respecto a quienes son titulares de esta acción, no existe discusión acerca de que se encuentran amparadas por la protección del recurso tanto las personas naturales como las personas jurídicas. Es más, en muchos casos el recurso puede ser interpuesto por un grupo o comunidad de personas, aun cuando no estén constituidos a través de una entidad con personalidad jurídica propia. En la práctica, se han dado todas estas posibilidades, sin embargo, la única gran limitación estaría representada por el hecho que "nadie puede reclamar un derecho genéricamente, por simple amor al mismo, sino que debe sufrir menoscabo o amenaza alguna persona determinada".

En función de lo anterior, las protecciones impetradas en favor de grupos indeterminados de personas han sido rechazadas, argumentando para ello que "el recurrente debe expresar en forma precisa en nombre de quién recurre, toda vez que es indispensable para que prospere la acción determinar quiénes son objeto del acto arbitrario o ilegal del recurrido", y descartándose, atendido los términos del artículo 20 de la Constitución Política de la Republica, "toda posibilidad de accionar en nombre de la sociedad toda o de los miles de personas supuestamente afectadas, pues ni la una ni los otros –tomados como un todo— son titulares de la acción".

2.3. Legitimación Pasiva

2.3.1. Legitimación pasiva en la Acción de Tutela Laboral

Esta materia dice relación con el sujeto contra quien puede ser ejercida la Acción de Tutela.

Corresponderá, en principio, al empleador o a quien ejerza sus facultades⁶⁹, entendido éste como la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de

⁶⁹ Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. 30p.

trabajo. Sin embargo, es posible advertir que la ley no acota o restringe la legitimación pasiva de la Acción de Tutela al empleador.

En este sentido, el artículo 485 del Código del Trabajo, que delimita el ámbito de aplicación del Procedimiento de Tutela Laboral, es explícito y señala que “el procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los Derechos Fundamentales de los trabajadores”, y que por ello entiende “cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”. Asimismo, dicho artículo señala que “se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando en el ejercicio de las facultades que la **ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial**”.

En consecuencia, cabe señalar que existen otros sujetos, distintos al empleador, que pueden ejercer las facultades que le son propias a él. En este contexto, se puede explicar la situación antes descrita bajo las relaciones laborales triangulares, o más bien sobre la base de un esquema triangular en el que interactúan empresa principal⁷⁰ (subcontrato) o usuaria (suministro); empresa subcontratista (subcontrato) o suministradora (suministro); y

⁷⁰ La Ley N°20.123, cambia la denominación de la empresa mandante por empresa principal.

trabajadores contratistas (subcontrato) o suministrados (suministro). Así, se puede accionar en contra del empleador o en contra de la empresa de servicios transitorios o de la empresa usuaria definidas en las letras a) y b) del artículo 183-F de la Ley N°20.123⁷¹.

Conforme lo anterior, tanto la empresa de servicios transitorios como la empresa usuaria, tienen la calidad de “coempleadores”, ya que la primera es quien contrata al trabajador⁷², y asume diversas obligaciones clásicas del empleador, y a su vez la empresa usuaria será quien asuma las potestades clásicas del empleador⁷³.

En este sentido, se destaca lo señalado por el profesor Caamaño⁷⁴, en el sentido que el régimen legal previsto en la ley de subcontratación “origina que el trabajador transitorio se encuentre en una especial posición de sujeción frente a la empresa usuaria, con quien no le une vínculo contractual alguno, sino una situación de hecho puntual, cual es la circunstancia de tener que prestar servicios para ella. Esto último adquiere un mayor énfasis si se considera que el trabajador transitorio quedará también sujeto al reglamento interno de la usuaria, conforme

⁷¹ CHILE. Ministerio Del Trabajo Y Previsión Social. 2006. Ley 20.123: Regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Octubre 2006.

⁷² Ver artículos 183-R – V-AD , Ley N°20.123

⁷³ Ver artículos 183- W-X y AB. Ley N°20.123

⁷⁴ CAAMAÑO, E., 2007. La ley de subcontratación y la tutela de los Derechos Fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios. En: Ius et Praxis, N° 13, Talca. p. 182.

a lo prescrito por el artículo 183 X, inciso 1, frase 2. Es así, como la ausencia de condiciones particulares referidas a la situación del trabajador en la empresa usuaria, salvo las generales que contiene el contrato de puesta a disposición en materia de jornada de trabajo, descansos, naturaleza de los servicios o el lugar en que deben prestarse, genera una suerte de zona gris propicia a los excesos de control de la actividad laboral por la empresa usuaria, todo lo cual puede repercutir negativamente en la situación personal y profesional del trabajador”.

Cabe tener presente la situación que puede ocurrir respecto a la empresa principal, puesto que en principio no procedería accionar contra ella mediante el Procedimiento de Tutela Laboral, toda vez que “quien se relaciona con el trabajador es la empresa contratista, pues, como lo señala el artículo 183 –A del Código del Trabajo, la subordinación y mando del trabajador, en régimen de subcontratación, corresponde exclusivamente a la empresa contratista en su calidad de empleador, y la empresa principal es un tercero beneficiario de los servicios del trabajador, pero a quien la ley no le reconoce facultades propias de la potestad de mando laboral.”⁷⁵

En este sentido, no procedería de manera formal aplicar el Procedimiento de Tutela Laboral, toda vez que existe una desconexión legal de la empresa principal con las facultades propias del empleador, esto por disposición expresa de las

⁷⁵ Sentencia JLT de San Felipe del 19 de octubre de 2009, RIT T-12-2009.

reglas dispuestas para la regulación de la subcontratación en Chile, sin embargo, y bajo el razonamiento que realiza el profesor Ugarte⁷⁶, sí procedería de forma excepcional.

La primera de estas excepciones, la encontramos en las restricciones a los Derechos Fundamentales del trabajador, que vengan impuestas por la empresa principal **en materia de higiene y seguridad, ya** que en ese caso, la empresa principal, por expresa disposición legal, esta puesta en una situación de responsabilidad directa respecto de los trabajadores contratistas.

Como segunda excepción encontramos el caso de **ejercicio ilegal de facultades propias del empleador por parte de la empresa principal**. En efecto, la empresa principal ha alterado el régimen legal de subcontratación laboral y se ha arrogado facultades propias del empleador, fijando normas y directrices que legalmente no le corresponden y que, por ende, lo sitúan dentro de la hipótesis de sujeto pasivo de la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador.

⁷⁶ Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. 32p.

2.3.2. Legitimación pasiva en la Acción de Protección

La legitimación pasiva del Recurso de Protección recae sobre el autor del acto u omisión ilegal o arbitraria que ha vulnerado una garantía constitucional. Al respecto, el Auto Acordado de 1992 contempla el deber del tribunal llamado a conocer de la protección, de requerir informe de la persona o personas, funcionarios o autoridad que, según el recurrente o en concepto de la Corte, fueren los causantes del acto o de la omisión denunciada⁷⁷.

Es por ello que los tribunales han exigido, en la mayoría de los casos, la determinación del agresor. Empero, en casos excepcionales se ha declarado que no resulta procedente el Recurso de Protección por no indicarse precisamente la persona o autoridad contra la que se recurre. Se ha dicho al respecto, que autorizada constitucionalmente la Corte para adoptar las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, no se divisa cómo la falta de determinación del agresor pudiere impedir la adopción de tales medidas. Ese ha sido el criterio a utilizar, por ejemplo, en materia de secuestro.

⁷⁷ Ver artículo 3° del Auto Acordado de la Corte Suprema, de 24 de junio de 1992.

En doctrina, esta peculiar característica del Recurso de Protección ha sido denominada la "unilateralidad", como carácter particularísimo de esta Acción, por cuanto este mecanismo existe para restablecer el imperio del derecho y dar al agraviado la protección debida, la cual no requiere la existencia ni la presencia de contraparte, ya que ninguna prestación se pide contra alguien.

El procedimiento del Recurso de Protección es unilateral, porque está establecido en beneficio del titular de esta acción y en resguardo de sus derechos, sin otra consideración respecto del agresor, que requerir su informe como tercero ajeno al proceso. Naturalmente, lo anterior no obsta a que el responsable del acto u omisión agravante, respecto del cual se solicitaran ordinariamente medidas protectoras, se haga parte⁷⁸ en el recurso y pueda ejercer, desde ese instante, los derechos procesales que incumben a quienes invisten este carácter, tales como alegar, suspender la vista de la causa, o interponer recursos contra la sentencia definitiva.

2.4.Plazos

La Acción de Tutela es aquella que permitirá tanto al trabajador, a la organización sindical como a la Inspección del Trabajo, el resguardo y protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales inespecíficos del trabajador.

⁷⁸ Ver artículo 4° Ídem.

Por su parte, la Acción de Protección se ha caracterizado por constituir un remedio pronto y eficaz para amparar en forma inmediata al afectado, cuando una garantía o Derecho Fundamental esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones ilegales o arbitrarias de una autoridad o de particulares⁷⁹. Bajo esta lógica, ambas acciones requieren para su eficacia una tramitación rápida, lo cual se ve reflejado directamente en el régimen temporal que revisaremos.

2.4.1. Plazo en la Acción de Tutela Laboral

El plazo de interposición de la denuncia o requerimiento es de sesenta días contados desde que se ha producido la vulneración de derechos. Dicho plazo se suspende toda vez que el afectado recurra ante la Inspección del Trabajo, caso en que dicho plazo no podrá superar los noventa días hábiles desde la vulneración denunciada⁸⁰.

Es pertinente señalar la situación que plantea el profesor Ugarte⁸¹, en relación a las conductas lesivas continuadas, y cuyo comienzo de ejecución fue anterior

⁷⁹ SOTO KLOSS, E. 1982. El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia, 1° ed. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 14p.

⁸⁰ Ver artículo 168 del Código del Trabajo.

⁸¹ Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. 32p.

a los 60 días señalados. En estos casos, igualmente se debe considerar el plazo previsto anteriormente, sin embargo, este se computa desde el momento en que la conducta lesiva concluyó, atendido a que se trata de una lesión continua de los derechos considerados básicos por la sociedad. En caso de vulneraciones permanentes, como sucede con el mobbing o el acoso sexual, el plazo se contabilizará desde la última actuación constitutiva de vulneración de Derechos Fundamentales.

En caso de una denuncia en que la vulneración de los Derechos Fundamentales se hubiere producido “con ocasión del despido”, el plazo de sesenta días se contará desde la fecha de la desvinculación, y se suspenderá de la misma forma que en los otros casos.

Cabe recordar, que esta Acción de Tutela es incompatible con la Acción de Protección, toda vez que ambas acciones sean ejercidas por los mismos hechos. Asimismo, tampoco procederá su acumulación con otras acciones, ya que está prevista para el supuesto de vulneración de Derechos Fundamentales de aquellos contemplados en el artículo 485 del Código del Trabajo. En consecuencia directa de lo anterior, no se puede interponer con acciones de otra naturaleza, o bien con pretensiones idénticas, pero con fundamento jurídico diverso.

2.4.2. Plazo en la Acción de Protección

Bajo el texto original, el plazo para interponer el recurso era de 15 días corridos, y se contaba secamente desde la fecha en sé que había “cometido el acto” o “incurrido en la omisión” que motivaba el recurso.

En ocasiones, la jurisprudencia llegó a ser drásticamente restrictiva. En los casos de actos continuados o reiterados, consideró solo el primero de ellos para el cómputo del plazo, aun cuando hubiera evidencia que la actuación injustamente perjudicial continuaba vigente al interponerse el recurso. En situaciones de violación de derechos provenientes de la aplicación de un acto administrativo dictado con anterioridad a las actuaciones lesivas, a veces se tomó en consideración la fecha de emisión del tal acto, sin entrar a considerar la falta de conocimiento o de comunicación del mismo al agraviado.

Especial importancia revestía lo anterior en el caso de actos administrativos que no se notifican a los terceros posteriormente agraviados por sus efectos materiales y, aun mas, cuando tales efectos lesivos no pueden advertirse inicialmente, como ocurre frecuentemente en la construcción de obras amparadas en los correspondientes permisos de edificación, que adolecen de infracción a las normas urbanísticas o producen a los vecinos perjuicios que se

manifiestan mucho después de extinguido el plazo, si este se contabilizara desde la fecha del permiso.

Así pues, la jurisprudencia fue evolucionando progresivamente, ya sea exigiendo la comunicación efectiva del acto lesivo como requisito previo para iniciar el cómputo del plazo, o formulando la teoría del conocimiento cierto de los hechos como presupuesto de la iniciación del plazo para presentar el recurso, razonamiento este último que cumple con el fin garantista del mismo, evitando de esta manera la frustración injusta del agraviado.

El nuevo texto que regula el Recurso de Protección, disminuyó, en su momento, la drástica consecuencia extintiva del breve plazo concedido para la interposición del mismo, cuando el acto o la omisión motivante no había llegado de inmediato al conocimiento del afectado, y ayudó, a la interpretación más favorable a la admisibilidad del recurso en estos casos.

Finalmente, la redacción del Auto Acordado de 25 de mayo de 2007, ya en una posición más favorable al recurrente, aumentó el plazo a 30 días corridos para su interposición⁸², los cuales se cuentan desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya

⁸² Ver artículo 1° Auto Acordado sobre tramitación Recurso de Protección, Corte Suprema, junio 1992

tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos.

2.5. Tramitación

2.5.1. Tramitación en la Acción Tutela Laboral⁸³

Cabe señalar, que este nuevo sistema de protección de tutela laboral, no cuenta con un procedimiento especial con reglas propias, sino que frente a situaciones de vulneración de Derechos Fundamentales protegidos, procede aplicar el Procedimiento Ordinario. Lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 491 de nuestro Estatuto Laboral, el cual señala que, “admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo 3º”.

Sin perjuicio de la aplicación del procedimiento de aplicación general, de carácter oral, es posible distinguir ciertos matices, tales como los titulares de la acción, el objeto de la misma, la carga de la prueba y la estructura de la sentencia definitiva, manteniéndose la estructura de la doble audiencia, tanto preparatoria como la de juicio. Además, de conformidad al artículo 488 del Código del Trabajo,

⁸³ MONTES SILVA, R. 2009. Manual de Procedimiento Laboral. 35p.

gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal, al igual que los recursos que se interpongan.

De conformidad al artículo 432 y siguientes del Código del Trabajo, el procedimiento de aplicación general es declarativo ordinario, y ha de servir como fuente supletoria a todos los otros procedimientos laborales, y solo subsidiariamente se aplicarán las reglas de los libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

El procedimiento de aplicación general, cuenta con la estructura clásica de triple fase, esto es, fase de discusión, fase probatoria, y fase de sentencia, las cuales se distribuyen en un sistema de doble audiencia como regla general.

El inicio del proceso ordinario puede comenzar mediante medida prejudicial, o bien a través de demanda. Cumplidos los requisitos exigidos para este último caso, el juez examinará la demanda, frente a lo cual puede: a) **Declararla Inadmisible**: el Juez no dará curso a la demanda cuando esta adolezca de defectos de carácter formal y mientras ellos no sean subsanados. De esta manera, una vez subsanados los defectos el Juez proveerá convenientemente la demanda, dando curso progresivo a los autos⁸⁴; b) **Declararla Improcedente**: en

⁸⁴ Ejemplo común de tal circunstancia se presenta toda vez que el escrito de demanda no acompaña los documentos que señala en un otrosí.

este caso la demanda adolece de un defecto insubsanable, por lo que el Juez no la admitirá a tramitación⁸⁵; o c) **Declararla Admisible**: en caso de cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley, el Juez deberá proveer, en primer término, admitiéndola a tramitación, y citando a las partes a una audiencia preparatoria, fijando, para tal efecto, dentro de los treinta y cinco días siguientes a la fecha de la resolución, el día y hora para su celebración, debiendo mediar entre la notificación de la demanda y citación, y celebración de la audiencia, a lo menos, quince días.

Por su parte, frente a una demanda interpuesta en su contra, el demandado puede asumir diversas actitudes: a) **Rebeldía**: el demandado puede asumir una actitud contumaz y no comparecer al juicio, lo cual le va a acarrear una serie de desventajas en materia de onus probandi o carga probatoria; b) **Allanarse**: en este caso, el demandado aceptará en términos formales y explícitos la pretensión del demandante. El juez podrá dictar la sentencia de inmediato, concluyendo el juicio de esta manera; c) **Interponer Excepciones Dilatorias**: estas excepciones deberán oponerse conjuntamente en el escrito de contestación de la demanda, señalando los hechos en que se fundan. Se tramitan con la cuestión principal y se fallarán en la sentencia definitiva; d) **Interponer Excepciones Perentorias y Defensas**: éstas deberán oponerse en la contestación de la demanda, señalando

⁸⁵ Ejemplo común de tal circunstancia concurre al momento de presentar una demanda en forma extemporánea.

los hechos en que se fundan. Serán resueltas por regla general en la sentencia definitiva; e) **Reconvenir**: el demandado podrá formular la pretensión que a su vez tenga en contra del demandante, cumpliendo con los requisitos señalados en la ley; o f) **Contestar**: es el principal acto de defensa del juicio, y constituye precisamente aquel en que se deberán oponer las excepciones dilatorias y perentorias, en el que podrá producirse un allanamiento, ya sea total o parcial, en el que se podrá reconvenir, y donde el demandado formulará sus alegaciones y defensas.

Posteriormente, conforme lo dispone el artículo 451 del Código Laboral, la audiencia preparatoria se realizará con las partes que asistan, por lo que ante la rebeldía de alguna de ellas, igualmente se seguirá adelante con el proceso. Si ninguna de las partes concurre, podrán pedir, de forma conjunta o separadamente, dentro de los cinco días siguientes, contados desde la fecha en que debió efectuarse la audiencia, y por una sola vez, nuevo día y hora para su realización. Si nuevamente no concurren, el Juez procederá a archivar los antecedentes.

La audiencia preparatoria comenzará con la relación somera del Juez de los siguientes puntos:

- Los contenidos de la demanda;
- Los contenidos de la contestación;

- Los contenidos de la reconvención, si la hubiese; y
- De las excepciones interpuestas.

Luego, en caso de ser procedente, y en directa relación con el principio de bilateralidad de la audiencia, se otorgará traslado a la contraparte para ejercer su derecho a defensa.

Es pertinente señalar que existe dentro del proceso un llamado obligatorio a conciliación, el que tiene lugar dentro de la audiencia preparatoria, pero al término de la “etapa de discusión”, y en virtud del cual el Juez, por mandato legal, tiene el deber de proponer las bases de arreglo para un posible acuerdo entre las partes, sin que sus opiniones sean causales de inhabilitación.

Continuando en la audiencia preparatoria, nos encontramos con el momento procesal denominado “etapa de prueba”, cuyo inicio estará dado por la dictación de la sentencia interlocutoria de prueba. El Juez deberá ponderar si considera que existen o no hechos substanciales, pertinentes y controvertidos; en caso afirmativo, procederá a recibir la causa a prueba, fijando los hechos a probar por las partes.

En este momento de la audiencia, las partes ofrecerán la prueba, pudiendo ofrecer cualquier medio de prueba que estimen pertinente, y que sea regulado

por la ley. El Código del Trabajo ha regulado varios medios de prueba, contemplando la particularidad que existe un *numerus apertus* de medios de prueba, así lo establece expresamente el artículo 453 número 4 del Código del Trabajo al indicar "...las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente".

El término de la audiencia preparatoria, puede ser de dos maneras; la forma ordinaria implica el levantamiento de un acta en que se recogerá todo lo obrado, y que deberá contener las indicaciones establecidas por el numeral 10 del artículo 453 del Código del Trabajo. Por otra parte, la forma extraordinaria de término, corresponde a las hipótesis antes vistas, tales como allanamiento, conciliación, etc.

Siguiendo en la fase de prueba, pero en otro momento procesal, se deberá proceder a la celebración de la audiencia de juicio, la que de conformidad al artículo 454 del Código del Trabajo, tendrá dos objetivos principales, el primero de ellos será recibir la prueba⁸⁶ ofrecida por las partes en la audiencia preparatoria y el segundo, la dictación de sentencia.

⁸⁶ Será tratada en el punto 2.8.- Prueba.

Por su parte, la dictación de la sentencia⁸⁷ podrá ocurrir en dos momentos distintos: a) Al término de la audiencia de juicio, en cuyo caso las partes se entenderán notificadas de la misma en tal momento, hayan o no asistido. En caso de no concurrir una de las partes, igualmente se entiende que es una resolución que produce efectos sin necesidad de notificación para que sea eficaz, lo que constituye una regla excepcional a lo dispuesto por el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil; o b) Dentro del plazo de décimo día, contado desde la realización de la audiencia de juicio, caso en el cual se citará a las partes para notificarlas del fallo, fijando día y hora al efecto, dentro del mismo plazo.

Los requisitos de la sentencia definitiva se encuentran regulados en el artículo 495 del Código del Trabajo, debiendo el juez declarar si existió o no la lesión los Derechos Fundamentales señalados en la denuncia; en caso afirmativo, debe ordenar el cese inmediato del comportamiento antijurídico, en caso de persistir; indicar las medidas necesarias para reparar las consecuencias derivadas de la lesión declarada y, aplicará, en su caso, las multas que estime pertinentes.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha entendido que, al momento de dictar sentencia, el juez deberá también dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 456 del Código del Trabajo, esto es: a) **Deberá expresar las razones, en cuya virtud asigne valor probatorio, o desestime, las pruebas rendidas en juicio.**

⁸⁷ Ver artículo 494 y 457 del Código del Trabajo.

Ahora bien, esas razones no pueden ser de cualquier especie, sino que necesariamente han de ser: Jurídicas, Simplemente Lógicas, Científicas, Técnicas o de Experiencia; b) **Deberá tomar en especial consideración los siguientes aspectos: Multiplicidad, Gravedad, Precisión, Concordancia y Conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que se utilicen.** Regla esta última que debe ser armonizada con lo prescrito en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, en lo que respecta “al mérito del proceso”⁸⁸.

En concordancia con el principio de inmediación, será el Juez que presidió la audiencia quien deberá dictar sentencia, bajo sanción de tener que realizarse ésta de nuevo en caso de infracción de este requisito⁸⁹.

Finalmente, cabe tener presente que la sentencia definitiva deberá pronunciarse sobre todas las acciones y excepciones deducidas que no se hubieren resuelto con anterioridad, y sobre los incidentes, en su caso, con especial mención de los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes, además de las consideraciones jurídicas y los principios de equidad en que se funde el fallo.

⁸⁸ Art. 160 Código de Procedimiento Civil: “Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”.

⁸⁹ Ver artículo 460 del Código del Trabajo.

2.5.2. Tramitación en la Acción de Protección:

Una vez producido el acto u omisión agravante de un Derecho Fundamental protegido, el agraviado dispone del plazo fatal de treinta días corridos para ejercitar la acción.

Presentado el Recurso de Protección, el tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si menciona hechos que pueden constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la Republica. Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisibile desde luego, por resolución fundada, la que será susceptible de Recurso de Reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día.

Si bien es cierto que esta disposición tiende a evitar la tramitación de recursos improcedentes, sea por su extemporaneidad o por no señalar hechos que vulneren uno o más de los derechos y garantías protegidas, no se entiende la negación de todo recurso jerárquico en contra de una resolución que pudiera ser errónea o arbitraria y que, en tales casos, dejaría al recurrente en completa

indefensión frente a ella, privando de esta manera al Recurso de Protección de toda su eficacia.

Luego, se puede señalar una fase inquisitiva⁹⁰ que tiene por objeto la verificación de los requisitos necesarios para la estimación o rechazo del recurso. La duración de esta fase dependerá de la vía más rápida y efectiva que el tribunal elija para recabar el informe y los antecedentes que debe proporcionarle el supuesto agravante, y del plazo breve y perentorio que le señale para remitirlos a la Corte, la que podrá prescindir del informe, y de los antecedentes señalados si no los recibe en la oportunidad debida⁹¹. Esta fase puede prolongarse por dos circunstancias, la primera de ellas será por disposición de trámites indispensables, y previos a la vista de la causa, y la segunda, debido a la dictación, antes del acuerdo, de medidas para el mejor acierto del fallo.

La vista del recurso goza de tratamiento preferente, mediante su agregación extraordinaria a la tabla, de la sala que corresponda⁹², del día subsiguiente⁹³ al de recepción del informe, previo sorteo, en la Corte de Apelaciones de más de una sala. En este sentido, cabe destacar que, aunque parezca un detalle irrelevante la agregación al “día subsiguiente” al de recepción del informe, esta

⁹⁰ Ríos, Lautaro, “El Recurso de Protección y sus innovaciones procesales”, pg. 7 y ss.

⁹¹ Ver Número 3° incisos 1° y 2° del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las garantías constitucionales. junio 1992.

⁹² Ver N° 3 Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las garantías constitucionales. junio 1992.

⁹³ Texto original contemplaba “día siguiente”.

agregación permite al recurrente disponer de un plazo más holgado para hacerse cargo del examen de documentación, a veces un tanto extenso, que remita a la Corte el recurrido y de los argumentos que este invoque en dicho informe, por lo que este plazo, en ningún caso será en directo desmedro de la brevedad del proceso.

La fase de decisión es muy breve. A este respecto, tanto el tribunal de primera instancia como el de segunda, disponen del plazo fatal de cinco días hábiles, desde que la causa se halle en estado de acuerdo, para fallar el Recurso de Protección o su apelación, respectivamente. Sin embargo, este plazo se reducirá a dos días cuando el Recurso haya recaído en el derecho a la vida, y a la integridad de la persona, en la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, en la libertad de expresión o en el derecho de reunión.

Al momento de dictar sentencia, el tribunal puede adoptar toda y cualquier clase de medidas tendientes a obtener los objetivos que por su esencia busca el Recurso de Protección, esto es restablecer el imperio del derecho y asegurar al agraviado la debida protección, aunque no aparezcan establecidas en ningún código ni hayan sido solicitadas por el recurrente.

La apelación se interpondrá en el término fatal de cinco días hábiles contados desde la notificación por el estado diario de la sentencia que resuelva el Recurso

de Protección. El procedimiento en segunda instancia es aún más breve y concentrado, debido a la inexistencia de una fase inquisitiva, así como también por el conocimiento ordinario del recurso “en cuenta preferente”, toda vez que la vista de la apelación ha pasado a ser excepcional.

En este mismo orden de ideas, es pertinente traer a colación la Institución Procesal denominada Orden de No Innovar⁹⁴.

En innumerables casos, y no obstante la necesidad imperiosa de asegurar la suerte del recurso, los tribunales se resistieron a decretar esta medida, u otras similares, utilizando como argumento concluyente para la improcedencia de la orden de no innovar en el Recurso de Protección, el que un tribunal solo tiene las facultades que expresamente se le conceden; y que además no se podía dar igual trato al titular de un recurso que contemplara dicha garantía procesal, que al titular de otro en que estaba ausente.

Actualmente, se atribuye al Juez, por expresa mención del número 3 del Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección, la facultad de decretar la orden de no innovar cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso.

⁹⁴ En el comienzo de la tramitación del Recurso de Protección (AA de 1977), dicha figura procesal no estaba contemplada.

2.6. Garantías protegidas

2.6.1. Garantías protegidas por la Acción de Tutela Laboral

El Procedimiento de Tutela Laboral es un mecanismo de protección o de tutela calificada, que solo protege un tipo de derechos: los Derechos Fundamentales del trabajador, pero no cualquier derecho, sino aquellos expresamente previstos en el artículo 485 del Código del Trabajo, los que corresponden a garantías tanto de origen constitucional como legal.

El Derecho del Trabajo, junto con la jurisprudencia y doctrina laboral, han aceptado la aplicación de la horizontalidad de los Derechos Fundamentales, no propiamente laborales, como límites a los poderes del empleador. Así, el Derecho del Trabajo se ha preocupado de la protección de los Derechos de los trabajadores en diversos planos, a saber:

- Los Derechos Laborales propiamente tales: estos son aquellos atribuidos al trabajador como contratante débil, permitiendo asegurar un mínimo socialmente aceptable para los trabajadores.
- Los Derechos Fundamentales Específicos: atribuidos estos al trabajador como miembro de una organización de representación de

intereses, permitiendo al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y en algún modo, de la propia sociedad.

- Los Derechos Fundamentales Inespecíficos: atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, permitiendo al Derecho del Trabajo garantizar, al interior de las empresas, un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática⁹⁵.

Así, estos últimos derechos comprenden el concepto de Ciudadanía de la Empresa y el principio de vinculación directa de los Derechos Constitucionales entre particulares, ambos resguardados por el Procedimiento de Tutela, apoyándose en los Derechos Civiles y Políticos del trabajador como individuo frente al empleador, comprendiendo que acá se encierra una relación entre privados.

En este sentido, los Derechos Fundamentales del trabajador comprenden este concepto de Derechos Inespecíficos, que corresponden a “aquellos que sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo, en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador y que son, por tanto,

⁹⁵ Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. 4p.

distintos de aquellos Derechos propiamente laborales o Derechos Específicos, que en nuestra legislación son regulados por el Código del Trabajo”⁹⁶.

De acuerdo con la normativa laboral actual, el artículo 485 del Código del Trabajo establece el reconocimiento y protección, a través del Procedimiento de Tutela Laboral, de los siguientes derechos:

1. El Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.
2. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.
3. La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.
4. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.
5. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.
6. La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección.

⁹⁶ Código del Trabajo comentado, 2009, 958p.

7. El principio de no discriminación, sancionando los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del Código del Trabajo.

8. La acción de indemnidad laboral por reclamos de los trabajadores ante la Dirección del Trabajo o los Tribunales de Justicia.

9. La libertad sindical, a través de la protección de las prácticas desleales y antisindicales.

En el ámbito general y en particular en el laboral, como señala el profesor Valdes Dal-Re, “el reconocimiento por un texto normativo, preferentemente constitucional, de los derechos vinculados a la persona del trabajador es desde luego, la condición necesaria para el disfrute de los mismos en el concreto ámbito de la empresa”.

Al respecto, es posible afirmar que en nuestro país se cumple dicha condición en la Constitución, al contemplarse en ella no sólo Derechos Fundamentales de carácter específicamente laborales, tales como la negociación colectiva y libertad sindical, sino que además la titularidad del trabajador respecto de otros derechos denominados personales o inespecíficos.

Siguiendo la misma línea, el jurista Norberto Bobbio al hablar de Constituciones señala que, “si no se reconocen Derechos Fundamentales dentro de la fábrica estaríamos ante constituciones antidemocráticas”.

2.6.2. Garantías protegidas por la Acción de Protección

La eficacia jurídica de los derechos públicos subjetivos no radica tanto en su declaración en la Carta Fundamental, ni en las garantías que resguardan su ejercicio, sino que principalmente, en la tutela que pueda obtenerse por parte de los Tribunales de Justicia, ante cualquier agravio, así sea en grado de amenaza.

El Recurso de Protección constituye la tutela judicial por excelencia de cada uno de los Derechos Fundamentales protegidos por esta acción. El artículo 20 de la Constitución Política de la República consagra este recurso como un medio que nos permite proteger las garantías constitucionales tanto frente al Estado como frente a particulares.

Nuestra Carta Fundamental garantiza a todas las personas el respeto de los Derechos Fundamentales, cuyo catálogo se encuentra establecido en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, y que se caracteriza por su taxatividad. Estos derechos corresponden a:

1. Garantía a no ser juzgado por comisiones especiales, sino que por el tribunal que señale la ley, establecido con anterioridad por ésta.

2. Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.
3. Inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada.
4. Libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.
5. Libertad personal y a la seguridad individual.
6. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
7. Derecho a la protección de la salud.
8. Derecho a la educación.
9. Libertad de enseñanza.
10. Libertad de emitir opinión y la de informar.
11. Derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.
12. El derecho de presentar peticiones a la autoridad.
13. Derecho de asociarse sin permiso previo.
14. Libertad de trabajo y su protección.
15. Admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.
16. Derecho a la seguridad social.
17. Derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley.
18. Igual repartición de los tributos.
19. Derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

20. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

21. Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

22. Derecho de propiedad.

23. Libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas.

24. Seguridad que los preceptos legales no afectarán los derechos en su esencia.

La Acción de Protección sólo se encarga de tutelar algunos de los Derechos Fundamentales, quedando por ejemplo excluida de esta protección, según una interpretación muy discutible, la no discriminación laboral contenida en el artículo 19, número 16, inciso tercero.

2.7. Formalidades

2.7.1. Formalidades Acción de Tutela Laboral

La Acción de Tutela Laboral se puede iniciar mediante la presentación de una medida prejudicial, la que deberá contener los requisitos establecidos en el

artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, y particularmente, la debida individualización del futuro demandado.

Asimismo, podrá iniciarse, conforme lo dispone el artículo 446 del Código del Trabajo, a través de una denuncia, la que debe presentarse por escrito, y contener los requisitos generales que establece la disposición citada, junto con “la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamente”⁹⁷.

En el caso particular del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, si bien existe una remisión a las normas del procedimiento ordinario, éste cuenta con ciertas particularidades formales que destacamos a continuación:

- La denuncia o requerimiento, en su caso, deberá interponerse dentro del plazo fatal de sesenta días, contados desde que se produzca la vulneración alegada.
- Se deben acompañar documentos como regla especial, puesto que la ley exige que se acompañen todos los antecedentes en se fundamenta la denuncia. Para el caso que no se contengan, se establece un plazo fatal de cinco días para acompañarlos.

⁹⁷ Ver artículo 490 del Código del Trabajo.

- Como ya se señaló, además de los propios requisitos del artículo 446 del Código del Trabajo, se agrega la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada.
- Si el proceso es iniciado mediante requerimiento de alguna de las Inspecciones del Trabajo, se deberá acompañar el acta de mediación correspondiente. En estricto rigor, antes de formular la denuncia ante los Tribunales de Justicia, la Inspección del Trabajo deberá intentar un proceso de mediación, y solo en el evento en que esta fracase, podría formular el requerimiento respectivo. Razón por la cual se deberá acompañar un acta o alguna certificación dando cuenta del hecho de haberse intentado, y fracasado, dicha instancia.

2.7.2. Formalidades Acción de Protección

Sin llegar a ser oral, el Recurso de Protección, puede redactarse en papel simple, o en acta levantada en la Secretaría del Tribunal y, aún, puede interponerse a distancia, por telégrafo o por Télex. Puede presentarse por el propio afectado o por otra persona a su nombre, y no necesita patrocinio de

abogado. Resulta difícil concebir mayor informalidad en el ejercicio de una acción de tanta importancia.⁹⁸

2.8.La prueba

2.8.1. La prueba en la Acción de Tutela

En el derecho comparado existe ya una idea consolidada sobre el difícil escenario probatorio que el trabajador debe enfrentar en las denuncias por violación o lesión de Derechos Fundamentales.⁹⁹ Para obtener una Tutela Judicial efectiva, en los términos acuñados por tratadistas españoles, es menester reducir la carga de la prueba en los procesos tutelares.

El fundamento principal, como lo ha destacado la doctrina, esgrime que “sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto

⁹⁸ Ver Número 2 del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales. Corte Suprema. junio 1992.

⁹⁹ UGARTE, J. L. 2007. El nuevo derecho del trabajo. Chile. Lexis Nexis.156p.

de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio¹⁰⁰

Bajo el razonamiento antes descrito, los sistemas procesales en materia laboral han tendido a reconocer que para el trabajador resulta más difícil contar con una prueba tan completa que permita eliminar todas las dudas, bastando un estándar de prueba de menor envergadura, para efectos de probar los antecedentes de vulneración.

De esta manera, en el Procedimiento de Tutela se consagra una prueba indiciaria. Es decir, basta un indicio de prueba para que se estime que está suficientemente probado por el trabajador, o la persona afectada, la vulneración del derecho de que se trate; y el denunciado, que ordinariamente va a ser el empleador, tiene que explicar los fundamentos y la proporcionalidad de la medida que él adoptó, en relación con el objetivo de ella.¹⁰¹

La prueba indiciaria puede ser entendida como un estándar probatorio que exige una prueba mínima de la vulneración de un Derecho Fundamental del trabajador subordinado, para que sea el empleador quien deba justificar la licitud

¹⁰⁰ BAYLOS, A. 1998. La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva, Revista del Colegio de Abogados de Concepción (5): 46p.

¹⁰¹ Ver artículo 493 del Código del Trabajo.

de su actuación¹⁰². De esta manera se explica lo dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo, “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de Derechos Fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

En este contexto es preciso señalar al menos tres cuestiones previas, a saber:

a) **Reducción probatoria de la norma en comento:** En este caso existe, en estricto rigor, una alteración al objeto de prueba, más no una inversión de la carga de la prueba. En este sentido, el denunciante no está completamente liberado de prueba, sino que debe de igual manera acreditar al menos la existencia de indicios suficientes de la efectividad de la conducta lesiva alegada, para que, bajo esa premisa, se traslade al demandado la obligación de probar que su conducta fue objetiva y razonable, tal como exige el legislador. Así, se alivia la perspectiva del trabajador, toda vez que solo deberá acreditar indicios de la conducta lesiva, y no la conducta lesiva en sí misma, mientras que se sobre exige al empleador, puesto que en caso de estar acreditados esos indicios,

¹⁰² GAMONAL CONTRERAS, S. 2008. El procedimiento de tutela de derechos laborales. 2ª.ed. Santiago. Editorial Legal Publishing. 28p.

deberá alegar la existencia de motivos razonables y proporcionales en que se fundó su conducta.

b) **Que debe probar el trabajador:** El denunciante, que corresponderá en primer término al trabajador, deberá probar la existencia de **indicios suficientes** de que se ha producido la vulneración de los Derechos Fundamentales protegidos por este procedimiento, entendiendo por indicios suficientes aquellos que han de generar en el Juez, al menos, la sospecha fundada de que ha existido lesión de Derechos Fundamentales¹⁰³.

El profesor Gamonal¹⁰⁴ considera como elementos por medio de los cuales el Juez logra la convicción de plausibilidad exigida por el estándar probatorio del Procedimiento de Tutela Laboral los siguientes: a) número, b) concordancia, c) plausibilidad, y d) coherencia.

En este mismo orden de ideas, el informe emanado, ya sea por la Dirección del Trabajo como por los Inspectores del Trabajo, se entiende emitido por un ministro de fe, lo que le otorga fuerza suficiente para su presentación.

¹⁰³ UGARTE, J. L. 2007. El nuevo derecho del trabajo. Chile. Lexis Nexis.159p.

¹⁰⁴ GAMONAL CONTRERAS, S. 2008. El procedimiento de tutela de derechos laborales. 2ª.ed. Santiago. Editorial Legal Publishing. 31p.

c) **Condición del empleador frente a la reducción de prueba para el trabajador:** de conformidad al artículo 493 del Código del Trabajo, el denunciado deberá "...explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". El empleador debe aportar la prueba que considere necesaria y suficiente, para efectos de acreditar que el comportamiento denunciado como lesivo, se enmarcó dentro del ejercicio de las facultades que inviste como empleador, que responde a medidas objetivas, razonables y proporcionales, y que no afectó en ningún caso, los Derechos Fundamentales del trabajador. De esta manera, lo que debe acreditar el empleador mediante elementos que aporte al juicio, es que su conducta obedece a motivos razonables, destruyendo de esta manera los indicios aportados por el denunciante.

En forma adicional a lo comentado en los párrafos precedentes, cabe tener en consideración las siguientes características en cuanto a la etapa probatoria en materia procesal laboral:

- En cuanto a la admisión de medios de prueba, rige un criterio aperturista. Es decir, un criterio de numerus apertus en donde, aplicando el principio de analogía, se aceptan los medios atípicos de prueba, debiendo regirse por las normas de los medios típicos con los cuales guarden mayor analogía. De esta forma, las partes podrán ofrecer

cualquier medio de prueba regulado por la ley. Adicionalmente, el propio Código del Trabajo agrega que las partes podrán ofrecer “cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente”.

- En cuanto a la valoración de la prueba, el artículo 456 del Código del Trabajo expresamente señala que “El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

2.8.2. La prueba en la Acción de Protección

En relación a la prueba, y aun cuando el procedimiento no contempla una fase ni un periodo probatorio, su carácter inquisitivo se refleja en el deber del tribunal de primera instancia, de indagar los actos u omisiones denunciadas, su carácter arbitrario o ilegal, y el agravio que ellos pueden haber producido al legítimo ejercicio del derecho invocado por el recurrente. Esta información, así como

todos aquellos antecedentes que digan relación con el asunto, son requeridos por el tribunal ordenando que la persona o entidad a quien se atribuye el acto u omisión agravante, remita a la Corte el informe y los antecedentes referidos dentro de plazo breve y perentorio que le señale.

De esta manera, el recurrente tiene la oportunidad de probar su derecho, así como el acto u omisión agravante y su origen, al presentar su recurso, y hasta antes de la vista de la causa, mientras que el recurrido, tendrá oportunidad de defenderse mediante la emisión de su informe y también hasta antes de la vista de la causa.

La Corte Suprema, en cambio, oficiando como tribunal de segunda instancia, tiene la facultad indagatoria, sea para entrar al conocimiento de la apelación, o bien para un mejor acierto del fallo, de poder solicitar, a cualquier autoridad o persona, los antecedentes que considere necesarios para tales efectos¹⁰⁵.

En relación al grado de convicción que el respectivo tribunal debe adquirir acerca de los hechos que servirán de base a su decisión, es oportuno señalar que el mérito probatorio de todos los antecedentes que se alleguen en el proceso,

¹⁰⁵ Ver Número 8° de Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo de Recurso de Protección de las garantías Constitucionales. Corte Suprema. 1992.

o del resultado de las diligencias y trámites que se produzcan, será apreciado por el tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

De esta manera, quedan liberados de la fuerza vinculante de las normas que regulan el mérito y el valor comparativo de los medios de prueba, pero no de su obligación de justificar con criterio libre, pero racional, es decir, en forma convincente, los hechos y las circunstancias que le servirán de base para estimar o rechazar el Recurso.

2.9. Efectos de la sentencia

2.9.1. Efectos de la Sentencia en la Acción de Tutela

El juez laboral deberá ponderar entre Derechos Fundamentales del trabajador y del empleador. Para estos efectos, deberá considerar que el inciso primero del artículo 5º del Código del Trabajo, limita el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador al tenor de las garantías constitucionales del trabajador, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos.¹⁰⁶

¹⁰⁶ GAMONAL CONTRERAS, S. 2008. El procedimiento de tutela de derechos laborales. 2ª.ed. Santiago. Editorial Legal Publishing. 7p.

Además, deberá considerar el rol de los Derechos Humanos garantizados por los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. En este sentido, el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución, señala que dichos derechos limitan el pleno ejercicio de la soberanía y, en consecuencia, es deber de los órganos del Estado su respeto y promoción.

El artículo 485, inciso tercero, del Código del Trabajo, será un precepto obligatorio de análisis por parte del juez, por lo que podrá haber límites a los Derechos Fundamentales del trabajador, en la medida que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Debe existir justificación suficiente;
- b) La medida que limita no puede ser arbitraria o desproporcionada;
- c) No debe afectarse el contenido esencial del derecho; y
- d) No puede tratarse de una represalia.

La ponderación de Derechos Fundamentales alude a la colisión de principios, caso en el cual, deben analizarse los principios en juego, y cuál de ellos debe ceder frente al otro.

La valoración que debe realizar el juez no es en abstracto, sino que considerando el posible impacto de su aplicación en el caso concreto, por lo que en otro caso, las conclusiones podrían ser distintas. En consecuencia, la

jerarquía establecida entre dos principios, es una jerarquía móvil, mutable, en palabras de Guastini.

La ponderación de derechos en el juicio laboral, para el caso de existir colisión, será esencialmente casuística, por lo que el juez laboral deberá considerar que esta ponderando Derechos Fundamentales, en cuantos principios constitucionales.

El objetivo principal de acudir al órgano jurisdiccional corresponde a la tutela y el resguardo de las garantías de cada trabajador, el que sólo se logrará mediante la dictación de una sentencia.

2.9.1.1. Colisión y Ponderación de derechos en la Tutela Laboral

Como ya señalamos, la ponderación de Derechos Fundamentales dice relación con la eventual colisión de principios que pueda existir en la Acción de Tutela, debiendo analizar en cada caso en concreto, cual debe ceder frente al otro.

Así, el catedrático Robert Alexy hace la distinción entre reglas y principios¹⁰⁷, señalando que si bien ambas son normas, su diferencia radica en que las primeras son normas que, o son cumplidas o no, en cambio los principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado.

En cuanto a la colisión de reglas, ésta podrá ser resuelta mediante la introducción de cláusulas de excepción, y si aun de esta forma no es posible su resolución, se buscará la solución aplicando los criterios de jerarquía, temporalidad o de especialidad.

En cuanto a la colisión de principios, la ponderación de cuál de ellos deberá ceder frente al otro, debe hacerse considerando el caso concreto. Alexy explica que deben considerarse las circunstancias propias del caso, estableciendo una relación de precedencia condicionada entre los principios, es decir, tomar el caso concreto e indicar las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Para lo anterior, el juez debe realizar un juicio de valor sacrificando un principio determinado mediante la aplicación de otro.

¹⁰⁷ ALEXY, R. 2002. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 82 p.

La ponderación que debe realizar el juez se encuentra orientada por el principio de proporcionalidad, el que se manifiesta a su vez en tres subprincipios:

a) **Adecuación:** El legislador establece que la medida o conducta adoptada por el empleador debe ser idónea, es decir, apta para el fin perseguido por el mismo, de lo contrario la medida será arbitraria.

b) **Necesidad:** Siempre deberán preferirse aquellas medidas que no resulten invasoras de los Derechos Fundamentales del trabajador, de lo contrario, la medida no gozará de justificación suficiente. En este sentido, el examen de necesidad debe cumplir los siguientes requisitos:

- **Necesidad material;** el medio utilizado debe ser el que afecte en menor medida el bien jurídico protegido.
- **Exigibilidad espacial;** el medio utilizado deberá ser aquel que limite en menor medida los derechos.
- **Exigibilidad temporal;** la medida deberá regir el menor tiempo posible.
- **Exigibilidad personal;** la medida deberá afectar al menor número de personas posible.

c) **Proporcionalidad en sentido estricto:** El límite a los Derechos Fundamentales debe ser racional, tanto respecto del objeto de la medida como

en cuanto a sus efectos. La racionalidad respecto del objeto se vincula con el fin perseguido en el contrato de trabajo, aludiendo a que no se afecte la esencia del Derecho Fundamental del trabajador. La limitación al derecho debe resultar equilibrada en relación al objeto perseguido.

La limitación de los Derechos Fundamentales del trabajador deberá cumplir con los requisitos antes señalados, por lo que éstos deberán ser interpretados de manera extensiva respecto del trabajador, por cuanto es titular de un Derecho Fundamental que puede ser limitado por un contrato de trabajo.

Respecto de los parámetros que deben ser ponderados por el juez, la doctrina ha elaborado una técnica de aplicación escalonada que consiste en determinar lo siguiente: primero, si la medida persigue un fin constitucional legítimo; segundo, si la medida resulta adecuada; tercero, si cumple con los estándares de necesidad; y cuarto, si se dan los elementos de la proporcionalidad en sentido estricto.

Por lo tanto, la ponderación de derechos en el juicio laboral será esencialmente casuística, por lo que el juez laboral deberá considerar qué está ponderando entre dos o más Derechos Fundamentales, no aplicándose, para estos efectos, las normas de interpretación de los artículos 19 y siguientes del Código Civil.

2.9.1.2. La Sentencia de Tutela de Derechos Fundamentales

Las sentencias dictadas sobre posibles vulneraciones de Derechos Fundamentales son de tipo complejo, ya que en su parte resolutive deberá contener diversos pronunciamientos de manera simultánea. Lo anterior, precisamente, porque la acción ejercida persigue satisfacer varias pretensiones relacionadas entre sí.

La parte resolutive de la sentencia dictada en un Procedimiento de Tutela, debe determinar en primer lugar, si existió o no la conducta lesiva de Derechos Fundamentales denunciada. En caso de considerarla inexistente, deberá justificar su decisión absolutoria del empleador, de acuerdo a las normas generales sobre sentencias dictadas dentro de un procedimiento laboral ordinario, establecidas en el artículo 459 del Código del Trabajo.

En caso de acoger la denuncia y, consecuentemente declarar la existencia de la conducta lesiva, el juez deberá ordenar, por exigencia expresa del artículo 495 del Código del Trabajo, la realización de conductas tendientes a lograr que el derecho vulnerado sea restaurado en su totalidad, de manera íntegra, quedando el trabajador con plena libertad en el ejercicio del mismo. En este sentido, la

sentencia que declara la efectividad de la lesión de Derechos Fundamentales, deberá pronunciarse también sobre las siguientes materias:

a) El Cese del Comportamiento Antijurídico: la Nulidad del Acto Lesivo

La conducta antijurídica está constituida por la vulneración de un derecho constitucional del trabajador, en consecuencia, lo que procede en este caso será ordenar la restitución íntegra del ejercicio pleno del derecho vulnerado, lo que supone dos áreas:

- **El cese de la conducta propiamente tal:** consistente en la orden judicial dirigida a poner término de inmediato, bajo apercibimiento legal¹⁰⁸, a la conducta lesiva en caso que esta persista al momento de dictarse la sentencia. Contra la resolución que ordena dicho cese no procede recurso alguno.

- **La nulidad del o los actos lesivos:** al momento de dictar sentencia, y junto con la resolución que ordena el cese inmediato de la conducta lesiva, el juez deberá decretar la nulidad del acto o conducta lesiva de Derechos Fundamentales, cumpliendo de esta manera el

¹⁰⁸ Ver artículo 495 N°2 del Código del Trabajo, en concordancia con el 492 del mismo cuerpo legal.

mandato legal en el sentido de “deberá velar porque se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada”

b) La Reparación de las Consecuencias de la Conducta Lesiva

El mandato laboral prescribe en el numeral 2 del artículo 495, que la sentencia que declara la existencia de la lesión de Derechos Fundamentales, deberá contener “las medidas concretas a que se encuentre obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de Derechos Fundamentales, incluidas las indemnizaciones que procedan”.

La conducta lesiva del empleador puede haber provocado perjuicios que no se solucionan con el solo cese del comportamiento denunciado, sino que por el contrario, requieren la realización de medidas reparatorias que permitan el restablecimiento del ejercicio pleno del Derecho Fundamental lesionado.

Esta reparación deberá ser integral, tanto en lo que concierne al daño ocasionado, como también a la intensidad del mismo. De esta forma, la conducta reparatoria del empleador deberá estar enfocada a dos áreas: la primera, de carácter material o económico y la segunda, de carácter inmaterial o jurídico propiamente tal.

La primera de ellas será reparada mediante alguna medida que subsane el daño al Derecho Fundamental, y permita, de esta manera, que su titular vuelva a ejercerlo. La segunda, en cambio, dependerá del tipo de conducta y del derecho lesionado, lo que se deberá determinar al interior del proceso respectivo, consecuencia de lo cual, el juez estará dotado de amplias facultades para determinar de qué manera es posible la reparación de dicho daño de carácter jurídico.

c) La Aplicación de las Multas respectivas

La principal sanción utilizada por la norma laboral quedó como sanción accesoria, esto debido a que la vulneración de un derecho considerado de carácter fundamental impone la necesidad de una respuesta inmediata, categórica y no meramente simbólica, como ocurre con las multas. De esta forma, el actual estatuto sancionatorio que establece la norma laboral se enfoca principalmente en que las sanciones tengan por objeto hacer efectiva la protección de los derechos y disuadir las eventuales conductas lesivas.

2.9.1.3. El Despido y la Lesión de Derechos Fundamentales

El despido lesivo corresponde a una nueva figura que se ha originado en esta materia, entendido como “aquel que se funda o se motiva en una conducta del empleador que vulnera o restringe desproporcionadamente un Derecho Fundamental del trabajador de aquellos protegidos por la acción de tutela”.

Ahora bien, si con ocasión del despido se produce una conducta lesiva, sus consecuencias quedarán sometidas a una norma especial que establece la aplicación de ciertas sumas de dinero por concepto de indemnizaciones

De esta forma, como característica particular de este procedimiento, si el Juez acoge la denuncia interpuesta con motivo del despido con vulneración de derechos, ordenará, en primer término, el pago de las siguientes indemnizaciones:

- a) Indemnización del artículo 162, inciso 4°; sustitutiva por aviso previo.
- b) Indemnización del artículo 163; por años de servicios.
- c) Eventuales recargos del artículo 168: 30%, 50%, 80% o 100%.

d) Indemnización adicional que fijará el Juez, la cual no podrá ser inferior a 6 meses ni superior a 11 meses.

Si el Juez estimare, por resolución fundada, que el despido es discriminatorio y grave, y se invoca alguna de las causales del inciso 4, artículo 2 del Código del Trabajo (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicalización, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación), el trabajador podrá optar entre la reincorporación o la indemnización a que nos referimos previamente¹⁰⁹.

2.9.2. Los Efectos de la Sentencia Acción de Protección

No cabe duda que la resolución que decide un Recurso de Protección, tiene el carácter de una sentencia definitiva; esto no sólo por la aplicación analógica de la definición que de ésta nos da el artículo 158 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, sino también porque así se desprende de los números 5 y 6 del Auto Acordado sobre tramitación de este Recurso.

¹⁰⁹ THAYER ARTEAGA, W. 2013. Texto comentado y jurisprudencia del Código del Trabajo. 3°ed. Chile. Ediciones UC. 544p.

Sin embargo, el efecto de Cosa Juzgada que emana de ella solo es de carácter formal y no material o substancial, debido a que la parte final del primer inciso del artículo 20 de la Carta Fundamental, previene que el Recurso de Protección, y lo que la Corte decida a su respecto es “sin perjuicio de los demás derechos que (el agraviado) pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. El efecto formal de la Cosa Juzgada impide que pueda deducirse un nuevo Recurso de Protección, si, con respecto al primero, existe la denominada triple identidad, esto es, identidad de personas, cosa pedida y causa de pedir. Sin embargo, precisamente por tratarse de un procedimiento de emergencia, carente de un periodo de prueba y de un principio contradictorio, en que se trata de proteger o restablecer el status quo preexistente a la agresión que lo origina, impidiendo a un tiempo la auto tutela jurídica y la violación flagrante o inminente de un derecho probado y protegido, la Constitución ha debido dejar a salvo el derecho de discutir el fondo de la cuestión que ha motivado la estimación del recurso, o su rechazo, en un juicio de lato conocimiento o por otra vía administrativa o jurisdiccional que sea procedente, lo que refleja su naturaleza provisoria, como toda resolución de emergencia.

2.10. Recursos

2.10.1. Recursos Acción de Tutela

Los recursos se regirán por las normas establecidas en el artículo 474 y siguientes del Código del Trabajo, aplicándose de forma supletoria las normas del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

Los medios de impugnación que proceden respecto de la sentencia dictada en un Procedimiento de Tutela, son los siguientes:

- a) Recurso de Reposición.
- b) Recurso de Apelación.
- c) Recurso de Nulidad.
- d) Recurso de Unificación de Jurisprudencia.

1. Recurso de Reposición¹¹⁰

Se mantiene la regla general que aplica en materia civil, esto es, procede en contra de autos y decretos. De forma excepcional, procederá contra sentencias

¹¹⁰ Ver artículo 475 del Código del Trabajo.

interlocutorias, siempre que no pongan término al juicio o hagan imposible su continuación¹¹¹. (en tal caso procede el recurso de apelación).

En materia procesal laboral podemos identificar, dependiendo de la oportunidad en que se interpongan, dos tipos de Recurso de Reposición. En un primer caso encontramos el Recurso de Reposición que se presenta de forma verbal, en contra de la resolución dictada en audiencia, debiendo interponerse inmediatamente pronunciada la resolución que se impugna, y resolviéndose en el acto. El segundo caso corresponde al Recurso de Reposición presentado por escrito, el que debe interponerse dentro de tercero día de notificada la resolución que se impugna, a menos que dentro de dicho término tenga lugar una audiencia, en cuyo caso deberá interponerse a su inicio, y será resuelta en el acto, contemplándose de forma muy excepcional la necesidad de escuchar a la contraparte.

2. Recurso de Apelación¹¹²

El Recurso de Apelación sólo procederá, y de manera restringida, respecto de las siguientes resoluciones:

¹¹¹ Ejemplo de este tipo de sentencia interlocutoria es la resolución que recibe la causa a prueba. Ver artículo 453 N° 3 del Código del Trabajo.

¹¹² Ver artículo 476 del Código del Trabajo.

- a) Sentencias interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación;
- b) Resoluciones que se pronuncien sobre medidas cautelares; y
- c) Resoluciones que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

Se precisa señalar que las sentencias definitivas son inapelables.

Se debe tener presente que la resolución en contra de la cual se pretende recurrir debe cumplir con los requisitos generales establecidos por el Código de Procedimiento Civil, es decir, debe tratarse de una resolución impugnabile por este recurso y debe causar agravio al apelante.

En materia laboral, la regla general es que el recurso sea concedido en ambos efectos¹¹³, otorgándose de manera excepcional en el solo efecto devolutivo en aquellos casos en que procede contra las resoluciones que se dicten en las siguientes materias; a) otorguen medidas cautelares, b) rechacen su alzamiento, y c) las que fijen liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

¹¹³ No existe norma en contrario que impida solicitar Orden de No innovar.

Finalmente, y de conformidad a la remisión que hace el artículo 474 del Código del Trabajo, la figura de “adhesión a la apelación”, se regirá conforme las reglas generales.

3. Recurso de Nulidad¹¹⁴:

El Recurso de Nulidad tiene por objeto invalidar, total o parcialmente, el procedimiento, conjuntamente con la sentencia definitiva, o solo esta última, según corresponda.

Es el único recurso que procede en contra de las sentencias definitivas, sin embargo, no procederá en contra de aquellas resoluciones dictadas en un nuevo juicio, que se realizó como consecuencia de haberse acogido un Recurso de Nulidad previo¹¹⁵.

En la especie, se trata de un recurso de derecho estricto, por lo que procede exclusivamente por las causales expresamente señaladas en la ley. En este sentido, las causales contempladas en la ley, tanto de fondo como de forma; son las siguientes:

¹¹⁴ Ver artículos 477 y ss. del Código del Trabajo.

¹¹⁵ Ver artículo 482 inc. 4 del Código del Trabajo.

A. Infracción “sustancial” a derechos o garantías constitucionales.

B. La infracción sustancial puede haberse producido durante la tramitación del juicio, o en la sentencia misma. En caso que la infracción se cometa durante la tramitación del juicio, será necesaria la preparación del recurso, bajo sanción de ser declarado inadmisibile.¹¹⁶ **Sentencia dictada con infracción de ley, siempre que dicha infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.**

En este sentido, el artículo 477 del Código del Trabajo establece que “no producirán nulidad aquellos defectos que no influyan en lo dispositivo del fallo, sin perjuicio de la facultad de corregir de oficio que tiene la Corte durante el conocimiento del recurso”.

C. Otras causales¹¹⁷:

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 478 del Código del Trabajo, las otras causales respecto de las cuales procede el Recurso de Nulidad, son las siguientes:

- a) Cuando la sentencia haya sido pronunciada por juez **incompetente**, legalmente **implicado**, o cuya **recusación** se

¹¹⁶ Ver artículo 478 inc. 3 del Código del Trabajo.

¹¹⁷ Ver artículo 478 del Código del Trabajo.

encuentre pendiente o haya sido declarada por tribunal competente;

b) Cuando haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la **apreciación de la prueba** conforme a las reglas de la sana crítica;

c) Cuando sea necesaria la **alteración de la calificación jurídica de los hechos**, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior;

d) Cuando en el juicio hubieren sido **violadas las disposiciones establecidas por la ley** sobre inmediación o cualquier otro requisito para los cuales la ley haya previsto expresamente la nulidad o lo haya declarado como esencial expresamente;

e) Cuando la sentencia se hubiere dictado con **omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 ó 501, inciso final**, de este Código, según corresponda; **contuviese decisiones contradictorias**;

otorgare más allá de lo pedido por las partes, o se extendiere a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de las facultades para fallar de oficio que la ley expresamente otorgue, y

f) Cuando la sentencia haya sido dictada **contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada** y hubiere sido ello alegado oportunamente en el juicio.”

En cuanto a su tramitación, intervendrán en ella dos tribunales: a) El tribunal a quo, que es el que dicta la sentencia definitiva que se impugna, y ante quien se interpone el recurso, y b) El tribunal ad quem, superior jerárquico del anterior, que conoce y falla el recurso.

Una vez interpuesto el recurso, el recurrente no podrá invocar causales diversas de aquellas por las que fue interpuesto. Con todo, como hemos advertido, la Corte podrá, de oficio, acoger un recurso deducido por un motivo distinto del invocado por el recurrente, cuando aquel corresponda a alguno de los señalados en el artículo 478 (otras causales) del Código del Trabajo.

Como requisitos generales del Recurso de Nulidad, encontramos los siguientes:

- a) Preparación del Recurso;
- b) Causa legal contemplada;
- c) Debe interponerse dentro de 10 días desde la notificación respectiva de la parte que lo entabla, ante el tribunal que dictó la sentencia y para el conocimiento del tribunal superior;
- d) Debe interponerse siempre por escrito, señalando expresamente; i) la causal legal en que se funda, en caso de ser varias indicar si son interpuesta de forma conjunta o subsidiaria; ii) el vicio o infracción de garantías constitucionales o de la ley que se reclama. En el último caso se deberá señalar, además, en qué modo dichas infracciones influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo; iii) los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, y iv) deberá formular peticiones concretas.

El recurso deberá fallarse dentro de cinco días, contados desde el término de la vista de la causa. De conformidad al inciso 2, del artículo 478, el tribunal ad quem, al acoger un recurso de nulidad fundado en las causales relativas a infracción de leyes reguladoras de la prueba; alteración jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal a quo; omisión a los requisitos de la sentencia; decisiones contradictorias; ultrapetita; extrapetita; y finalmente infracción a la cosa juzgada oportunamente alegada, deberá por mandato legal

expreso dictar la correspondiente sentencia de reemplazo. En los demás casos, se producirá el efecto de reenvió, esto implica que el tribunal ad quem, en la misma resolución, determinará el estado en que queda el proceso, y ordenará la remisión de los antecedentes al tribunal correspondiente.

Finalmente, cabe tener presente el efecto extensivo de la sentencia, el cual procede en el caso que una o más partes entablaran el Recurso de Nulidad. En este caso, la decisión favorable que se dictare respecto de uno de los recurrentes, aprovechará a los demás, salvo cuando el fundamento tenido en consideración para acoger el recurso, haya sido de índole personal del recurrente, debiendo el tribunal en este caso, declararlo así en la misma sentencia.

Concluye el artículo 482 del Código del Trabajo disponiendo que no procederá medio de impugnación alguno contra de la resolución que falle el Recurso de Nulidad, sin embargo, excepcionalmente podrá ser objeto del Recurso de Unificación de Jurisprudencia. De igual forma, se hace extensiva la norma sobre improcedencia de nuevos recurso en la dictación de resoluciones del nuevo juicio.

4. Recurso de Unificación de Jurisprudencia¹¹⁸:

El presente recurso, cuyo conocimiento esta entregado en forma exclusiva a la Corte Suprema y es de carácter extraordinario, tiene por objeto intentar la homologación de criterios y tendencias de la jurisprudencia que emana de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

No obstante el efecto relativo de las sentencias, consagrado en el artículo 3 del Código Civil, y reiterado expresamente por el Código del Trabajo a propósito de esta materia, este recurso dará, en la práctica, a las Cortes de Apelaciones y Tribunales Inferiores de Justicia, directrices y criterios de interpretación para la aplicación de la legislación laboral. Lo anterior considerando que, difícilmente, un Juez o una Corte de Apelaciones fallará de manera diversa a lo que vaya sosteniendo la “Jurisprudencia Unificada” emanada de la Corte Suprema.

Es un recurso extraordinario, puesto que procede excepcionalmente y solamente en contra de determinadas resoluciones judiciales. En este sentido, y de forma casi exclusiva, solo procederá contra la resolución que falle el Recurso de Nulidad, siempre y cuando reúna los siguientes requisitos:

¹¹⁸ Ver artículos 483 y ss. del Código del Trabajo.

- a) Cuando, respecto de la materia objeto del juicio, existieren distintas interpretaciones;
- b) Que ellas hayan sido sostenidas en sentencias que se encuentren ejecutoriadas; y
- c) Que las mismas hayan emanado de los Tribunales Superiores de Justicia.

Los requisitos para la interposición del presente recurso son:

- a) Se debe estar en presencia de una resolución susceptible de ser impugnada por esta vía;
- b) Debe interponerse dentro de quince días, contados desde la fecha de notificación de la sentencia en contra de la que se recurre;
- c) Debe interponerse por escrito, señalando el motivo en que se funda, incluyendo una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de las materias de derecho objeto de la sentencia, sostenidas en diversos fallos emanados de los Tribunales Superiores de Justicia; y
- d) Acompañar, como requisito esencial, copia del o los fallos que se invocan como fundamento.

Al acoger el recurso, la Corte Suprema dictará, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia.

La sentencia que falle el recurso, así como la eventual sentencia de reemplazo, no serán susceptibles de recurso alguno, salvo, y de manera muy restringida, el de Aclaración, Rectificación o Enmienda.

Finalmente, el fallo que se pronuncie sobre el recurso sólo tendrá efecto en la causa respectiva, y en ningún caso afectará a las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirvan de antecedentes.

2.10.2. Recursos Acción de Protección

En cuanto a la Acción de Protección, la posibilidad de recurrir en contra de la resolución que resuelve el conflicto, queda reducida a la interposición del recurso de apelación. Como se recordará, en la regulación original de este recurso, el plazo para apelar era de apenas veinticuatro horas. El artículo N° 6 del AA. de 1998, en su inciso 2° dispuso: “La apelación se interpondrá dentro del término fatal de cinco días hábiles, contados desde la notificación de la sentencia a la parte que entabla el recurso, y deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en se apoya y las peticiones concretas que se formulen al tribunal”.¹¹⁹

¹¹⁹ Ver Número 6° Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo de Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales. Corte Suprema. 1992.

La reforma introducida por el AA. de 2007 sustituyó este inciso por el siguiente “la apelación se interpondrá en el término fatal de cinco días hábiles contados desde la notificación por el Estado Diario de la sentencia que decide el recurso”.

De esta manera, el plazo para apelar paso a ser común para todas las partes y también para los terceros considerados como tales; se suprimió la notificación personal de la sentencia y se eliminó la obligación del apelante de fundar el recurso y de formular peticiones concretas en él.

La última reforma en esta materia, también eliminó el inciso tercero del número 6, que sancionaba con la inadmisibilidad del recurso, por parte del tribunal a quo, si éste era extemporáneo, no estaba fundado o no contenía peticiones concretas. La modificación del inciso 2° y la eliminación del inciso 3° son coherentes con el propósito expresado por la Excma. Corte en el encabezamiento del AA. del 25 de mayo de 2007, de efectuar los ajustes necesarios a la tramitación del recurso, con la finalidad de darle mayor flexibilidad y expedición, posibilitando con ello una tutela judicial efectiva a quienes reclamen la intervención de la magistratura prevista en la Carta Fundamental.

En resumen, el nuevo número 6 contiene dos reglas de suma importancia en materia recursiva, a saber: a) La sentencia definitiva de primer grado deberá notificarse por el estado diario, tanto a quien hubieren deducido el recurso, como

a los recurridos y terceros que se hubieren hecho parte en él; y b) Otorga a las partes un plazo fatal de cinco días hábiles para interponer la apelación, el que se cuenta desde la notificación practicada en la forma referida.

En relación a la tramitación del Recurso de Apelación deducido en contra de la sentencia que resuelve un Recurso de Protección, señala el número 7 del AA. que “recibidos los autos en la secretaria de la Corte Suprema, el presidente del Tribunal ordenará dar cuenta preferente del recurso en la sala que corresponda, la cual, si lo estima conveniente y se le solicita con fundamento plausible, y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento, podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer lo autos en relación, evento en el cual el recurso se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala que corresponda.

Se critica por parte de la doctrina que, atendida la naturaleza garantista de este recurso, se prive, por regla general, al apelante de la posibilidad de alegar el recurso en el momento culminante de su conocimiento, como es el de su decisión en la instancia suprema, con la circunstancia agravante de que el fallo definitivo de segunda instancia no es susceptible de recurso.

3. CATÁLOGO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

La regulación y protección de los derechos laborales y sociales en Chile se encuentra en diversos cuerpos normativos, como la Constitución Política de la República, los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y vigentes en Chile, el Código del Trabajo, el Estatuto Administrativo, los dictámenes de la Inspección del Trabajo y la jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General.

En este mismo sentido, el bien jurídico de los trabajadores, protegido y resguardado a través del Procedimiento de Tutela Laboral, corresponde a aquellos derechos denominados inespecíficos, los cuales, a través de la judicialización de la contienda jurídica buscan, entre otras cosas, el restablecimiento en el ejercicio del derecho lesionado y la reparación del daño producido en la vulneración, siempre y cuando dicha lesión provenga del ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador.

Luego, y en sentido estricto, nos encontramos con el catálogo de derechos protegidos por este mecanismo, el que se encuentra regulado en el artículo 485 del Código del Trabajo, y que tiene un origen tanto Constitucional, previstos tales

derechos en el artículo 19 de la Carta Magna, como también legal, a saber, se incluye el derecho a no ser objeto de represalias laborales, protección a la garantía de Indemnidad Laboral, creado por la Ley N°20.087, y la protección a la Libertad Sindical¹²⁰, en los términos señalados en el artículo 292 del Código del Trabajo, el cual señala que “el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales se sustanciará conforme a las normas establecidas en el párrafo 6°, del Capítulo II, del Título I, del Libro V, del presente código”, remitiéndose uniformemente al Procedimiento de Tutela Laboral.

Para efectos de determinar el contenido de la mayoría de los derechos contemplados en el artículo 485 del Código del Trabajo, es necesario remitirse a la Constitución Política de la República. Por su parte, los demás derechos no contemplados en el artículo 19, se regulan directamente a través del Código del Trabajo.

Finalmente, a partir de la asimilación de la denominada “ciudadanía en la empresa”, se ha logrado avanzar en materia de protección de los Derechos Fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), los que tal como al respecto sostiene el profesor José Luis Ugarte C., “atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al derecho

¹²⁰ UGARTE, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. Santiago. Legal Publishing. 33p.

del trabajo garantizar al interior de las empresas, un trato digno y acorde como un miembro de una sociedad democrática.”

Los Derechos Fundamentales emergen ante el contrato de trabajo como límites a las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador, a saber, su poder de dirección, comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu, como el disciplinario, el que tiene su fundamento último en la libre iniciativa en materia económica y en el derecho de propiedad –artículos 19, N^{os} 21 y 24 de la Constitución, respectivamente–, garantías constitucionales que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa empresarial, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad. Es decir, le asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial, pero con un límite, cual es el respeto a los Derechos Fundamentales de los trabajadores.

A continuación se analizará y complementará con análisis jurisprudencial, el catálogo de derechos contemplados en el artículo 485 del Código del Trabajo.

3.1. DERECHO A LA VIDA (19 N°1).

3.1.1. Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela

Comienza el artículo 485 del Código del Trabajo con la siguiente frase “El procedimiento contenido en este párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los Derechos Fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por estos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, número 1, inciso primero¹²¹, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral (...)”.

Luego, señala el artículo 20 de la Constitución Política de la República, al regular la Acción de Protección, lo siguiente: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1, (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de

¹²¹ Capítulo III DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES. Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Así las cosas, el Derecho a la Vida el cual se encuentra protegido a través de dos figuras jurídicas, por un lado, la Acción de Protección y por otro, el Procedimiento de Tutela Laboral, las cuales de forma uniforme, resguardan dicho derecho con los alcances que cada una requiere para el caso particular.

En términos generales, es posible afirmar que la dogmática nacional no se ha ocupado de proporcionar y, analizar, una definición del derecho a la vida. En efecto, si revisamos cualquier manual de derecho constitucional constataremos que no aparece una definición de qué es o qué significa el derecho a la vida. Asimismo, las revistas de derecho nacionales prácticamente no contienen artículos dedicados a esclarecer dicho concepto. Existen artículos dedicados al nasciturus, que se refieren básicamente a su categoría de persona y que declaran que posee derecho a la vida, pero no se refieren principalmente al concepto de derecho a la vida. En estas circunstancias, se buscará una idea central para aplicar las herramientas jurídicas al bien jurídico protegido vida.

No obstante que en la literatura nacional, en general¹²², no es posible hallar un concepto o definición explícita sobre el derecho a la vida, sí es posible encontrar, en algunos autores, declaraciones que permiten construir una noción sobre este derecho. Si a esas declaraciones que exhibe cierta literatura nacional, le sumamos algunos aportes de literatura extranjera, podemos identificar cinco acepciones sobre el derecho a la vida: 1) Una de ellas sostiene que el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida. 2) Otra sugiere que consiste en el derecho a vivir bien, o vivir con dignidad. 3) Una tercera propone que el derecho a la vida consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato. 4) Una cuarta concepción propone entender el derecho a la vida simplemente como el derecho a que no nos maten. Finalmente, 5) una quinta postura suscribe la idea de que este derecho consiste en que no nos maten arbitrariamente.

De estas cinco acepciones, las indicadas en los números 1), 2), 4) y 5) han tenido alguna recepción en la literatura nacional.

El derecho a la vida, como un derecho subjetivo, implica tener un título jurídico que nos permite reclamar algo de alguien. De acuerdo a ese concepto, tener

¹²² FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R. 2008. CONCEPTO DE DERECHO A LA VIDA. *Ius et Praxis*, 14(1), 261-300. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100010&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122008000100010.> [consulta: 14 noviembre 2014]

derecho a la vida significaría tener una especie de poder para reclamar la vida a alguien, y sabemos que ello no es posible. En otras palabras, “de haber un derecho a la vida, necesariamente tendría que existir un sujeto obligado a darnos el soplo vital, deudor que, a nivel humano, es imposible determinar”.

De esta manera, la falta de determinación del sujeto pasivo impide que podamos hablar propiamente del “derecho a la vida”; pareciera entonces más acertado hablar “del deber de respetar la vida” que del “derecho a la vida”. Con todo, lo anterior no significa que no exista un derecho subjetivo para reclamar el cumplimiento de ese deber, ni tampoco que se excluya la legitimidad y la necesidad de ciertas prestaciones positivas que se puedan reclamar al Estado para la conservación material de la vida propia (v.gr., el otorgamiento de ciertas prestaciones sanitarias mínimas, o bien elementos de seguridad); lo importante es señalar que la existencia de dichas facultades o prestaciones, son parte esencial de esa condición que reconocemos como atributo preexistente a la autoridad, presupuesto de todo derecho y generador de un estado de inmunidad y deberes correlativos de respeto a ella.

En definitiva, como ha señalado el profesor Hugo Herrera, “el derecho a la vida consiste en la facultad para exigir el respeto a la vida humana. Así por ejemplo, si bien un enfermo terminal no puede exigir al médico la vida misma, sí le puede exigir, en cambio, que respete su vida y no atente contra ella durante la

enfermedad. Así, también en virtud de este derecho a la vida, un tercero está facultado para impedir al suicida consumir su intento de eliminarse”.

¿Qué es la vida?

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice que la vida es “la fuerza o actividad interna sustancial mediante la que obra el ser que la posee”.

Sin embargo y, de modo preliminar, podemos sostener que el derecho a la vida significa:

- a) La obligación primaria negativa de no matar arbitrariamente a otro.
- b) Obligaciones positivas secundarias, necesarias para prevenir que se mate arbitrariamente a otro. Estas obligaciones son muchas y deben determinarse, por ejemplo, disponer de un Código Penal que sancione el homicidio, disponer de Fiscalías que persigan, y Tribunales que sancionen a los infractores, disponer de cárceles, disponer de policía que efectúe labores preventivas, y una serie de otras acciones que tengan que ver con las causas o condiciones que llevan a alguien a matar a otro.
- c) Eventualmente, obligaciones positivas destinadas a satisfacer-cumplir el derecho, que habría que determinar.

Por otro lado, cabe tener presente la característica que está inmersa en este nuevo Procedimiento de Tutela Laboral, toda vez que suelen ir relacionados el Derecho a la Vida, con el Derecho a la Integridad Física y Psíquica del Trabajador. Por un lado, encontramos los daños causados por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, en adelante “infortunios laborales”¹²³, y por otro, el acoso moral, tratándose en ambos de afectación de la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador.

En materia de seguridad social, la responsabilidad del empresario no se agota en la protección de la misma, toda vez que puede ocurrir que un dependiente sufra un accidente o más bien infortunio laboral. En este sentido, la regulación en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, deja abierta al trabajador la posibilidad de demandar las otras indemnizaciones que proceden de acuerdo al derecho común. Así, la norma de seguridad social que protege al trabajador accidentado en el trabajo, actúa como cobertura mínima, especialmente en casos en que el trabajador ha resultado con secuelas invalidantes o la muerte, y es posible atribuir culpa o dolo al responsable de tales secuelas.

¹²³ GAJARDO HARBOE, M. C. 2009. Nuevo procedimiento de Tutela Laboral. Los Derechos Protegidos. Revista Laboral.

Actualmente, nuestro diseño en materia de seguridad social, y en especial la responsabilidad por daños en materia de accidentes del trabajo, se determina en base al principio de complementariedad de las indemnizaciones, por cuanto aquellas provenientes del sistema de seguridad social junto a las que eventualmente concedan los tribunales de justicia conforme al derecho común, deben en conjunto representar la reparación del daño causado por el accidente del trabajo, y no más.

Finalmente, cabe recordar el precepto legal que establece el deber del empleador en el siguiente tenor: “Art. 184. El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.” Norma emanada del Código del Trabajo, la cual consagra expresamente, el deber del empleador de velar por la protección del derecho a la vida.

3.1.2. Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía

En la medida que un infortunio laboral cause un daño a la vida, a la integridad física o psíquica del trabajador, puede considerarse que afecta a la garantía

consagrada en el artículo 19, número 1 de la Constitución Política de la República, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, conforme lo exige el citado artículo 485 del Código del Trabajo.

De esta manera, dentro de las indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador víctima de un infortunio laboral, podemos señalar: a) Provenientes de la Responsabilidad Civil, sea de origen contractual o extracontractual, por parte de quien causa el daño a otro, b) Indemnizaciones provenientes en el marco de la aplicación del Procedimiento de Tutela Laboral, conforme lo dispone el artículo 489, inciso tercero, del Código del Trabajo.

3.1.3. Jurisprudencia

Se desprende indiscutidamente, que esta garantía sanciona cualquier atentado en contra de la vida del trabajador. Desde la normativa que existe en el Estatuto Laboral, se explicita en el artículo 184 que “el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores”.

Luego, se entiende vulnerada esta garantía, toda vez que estemos frente al fallecimiento del trabajador, ya que si éste solamente resulta lesionado, se entiende vulnerado el derecho a la integridad física del mismo, buscando su protección desde esa esfera.

En caso de fallecimiento del trabajador en su lugar de prestación de servicios, o bien en el trayecto a dicho lugar, entendemos que aplicaría la Ley N°16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, la cual contempla en su artículo 4 el ámbito de aplicación de la misma, señalando al respecto que “Para los efectos de esta ley se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte. Son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo, y aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro. Se considerarán también accidentes del trabajo los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales.”

En consecuencia, de lo anterior, y sin perjuicio de lo señalado por la profesora María Cristina Gajardo Harboe, toda vez que exista una vulneración al derecho a

la vida del trabajador, ésta inmediatamente se buscará relacionar con la Ley N°16.744 antes señalada, puesto que regula un régimen indemnizatorio mayor al contemplado en el Procedimiento de Tutela Laboral del Trabajador, razón por la cual se explica la falta de jurisprudencia para este caso en específico, y conlleva a que se regule y sancione bajo la garantía de la integridad física, en caso de ser vulnerada bajo las normas laborales.

3.2. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA (19 N°1)

3.2.1. Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela

La pretensión de la Acción de Tutela corresponde a la protección y resguardo de cierto tipo de derechos de los trabajadores, doctrinariamente denominados fundamentales inespecíficos, buscando restablecer el ejercicio del derecho lesionado y la reparación del daño producido por su vulneración, cuando dicha afectación provenga del ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tal como lo sostiene el profesor Ugarte.

El artículo 19 N°1 de la Constitución asegura a todas las personas “El derecho a la integridad física y psíquica”, siendo ésta una garantía que escapa al ámbito

propio del Derecho del Trabajo, constituyendo una garantía fundamental inherente a todo ser humano, reflejo propio de la constitucionalización del Derecho del Trabajo. Por este motivo, el derecho a la integridad física y psíquica adquiere un reconocimiento de carácter supranacional, siendo consagrado ampliamente en diversos instrumentos internacionales. En este sentido, cabe citar el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dispone: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona “.

A su vez, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 son resguardados, entre otros, la libre determinación de los pueblos, tanto económica como política, la no discriminación en cualquiera de sus facetas, las libertades y derechos individuales, tanto de hombres como mujeres, el derecho a la vida, integridad física y síquica, educación, trabajo, justicia, expresión, etc.

Toda esta normativa internacional pasa a ser norma interna, y en consecuencia obligatoria para todos los habitantes del país, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2° de nuestra carta fundamental que establece: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

El artículo 485 del Código del Trabajo, establece específicamente la protección al derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, lo que significa, en otros términos, que se prohíbe al empleador realizar conductas que en sí mismas constituyan un atentado a la integridad física y psíquica del trabajador. La existencia de este comportamiento implica un incumplimiento del empleador a sus obligaciones legales de protección de la salud y seguridad de los trabajadores y prevención de riesgos laborales, señalada en forma genérica en el artículo 184 del Código del Trabajo, el cual contiene el deber de protección que la ley le impone al empleador, en cuya virtud, éste se encuentra obligado a adoptar todas las medidas que le permitan proporcionar al trabajador una protección eficaz mientras desempeña sus funciones. No basta que el empleador tome medidas, es indispensable que esas medidas sean eficaces, o que efectivamente a través de ellas, se proteja la vida e integridad del trabajador.

El carácter imperativo del artículo 184 es claro, y no cabe duda que la responsabilidad primaria por la prevención recae en el empleador. Esta disposición de orden laboral, contenida en el Código del Trabajo, reconoce que, con toda la complejidad técnica que plantean cuestiones como tomar todas las

medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, mantener las condiciones adecuadas de higiene y seguridad o prevenir los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ellas son materias que forman parte de la relación laboral. Así, mediante Dictamen N°4336/262 del 25 de agosto de 1993, la Dirección del Trabajo dispuso al tratar la materia, que es indudable que la prestación de servicios a que el trabajador se obliga por el contrato de trabajo debe efectuarse en condiciones materiales y técnicas que salvaguarden plenamente su integridad física y salud. En efecto, al estar vinculados los trabajadores con su empleador por una relación de subordinación y dependencia, motivados por una necesidad económica de mantener su empleo y salario, nuestra legislación reconoce que el primer responsable por la prevención debe ser el empleador.

La conducta lesiva del empleador es un ilícito de resultado, pudiendo adoptar cualquier forma y contenido, pero con un resultado específico: restringir desproporcionadamente alguno de los Derechos Fundamentales protegidos del trabajador.¹²⁴

¹²⁴ UGARTE, J. L. 2006. Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela laboral. En: Ensayos jurídicos. Chile. Universidad Alberto Hurtado. N°2. 17p.

Referencia al Acoso Moral o Mobbing:

Para los efectos de este estudio se entiende por acoso psíquico en el trabajo, aquellos actos de agresión, múltiples y reiterados en el tiempo, instigados o ejecutados por el empleador, sus representantes y/o por uno o más compañeros de trabajo, que tienen como consecuencia producir un ambiente laboral degradante y dañino para la víctima¹²⁵.

Señala el profesor Palavecino, que, desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales del sujeto afectado, el acoso psíquico es un comportamiento pluriofensivo, y si bien, cuesta encontrar otras conductas que, en sede laboral, signifiquen la violación simultánea de tantos Derechos Fundamentales reconocidos constitucional y legalmente, no está demás observar que buena parte de esos derechos son inmediatas proyecciones de la dignidad de la persona humana, de manera que el acoso psíquico configura, en última instancia, un agravio contra este valor supremo.

Conviene pues, detenerse a examinar qué Derechos Fundamentales son vulnerados por esta conducta y de qué manera se configura la lesión.

¹²⁵ PALAVECINO CÁCERES, C. 2004. La Protección Contra el Acoso Psíquico Laboral en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Revista de derecho Valdivia. 17: 63-89p. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000200003&script=sci_arttext> [consulta: 3 octubre 2014].

El resultado, luego de estudiar sus efectos sobre la salud de la víctima, nos permite afirmar, sin vacilaciones, que el acoso psíquico laboral afecta, ante todo, “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona” (art. 19 N°1, CPR).

No obstante, sus posibilidades ofensivas no se agotan con la lesión de estos derechos. Así, cuando el ataque se usa como método de acoso contra la dignidad profesional o personal del trabajador, también puede verse lesionado su derecho a la honra (art. 19 N°4, CPR), o bien, cuando lo que se persigue con el hostigamiento es aislar o estigmatizar al trabajador por su sexo, preferencia sexual, origen social o racial, apariencia física, convicciones religiosas o políticas, puede configurarse una trasgresión de la prohibición constitucional de discriminación laboral (art. 19 N°16, inc. 3º, CPR), una intromisión en la vida privada (art. 19 N°4, CPR) o un atentado contra la libertad de conciencia (art. 19 N°6, CPR), etc.

Finalmente, se puede señalar que en todos los casos de acoso laboral se producirá, al menos, un detrimento¹²⁶ a la integridad psíquica de la persona. En efecto, ello se evidencia en primer término, en el hecho que para cierta jurisprudencia comparada, entre ellas la española, necesariamente existe una

¹²⁶ GAMONAL, S y PRADO, P, 2007. El mobbing o acoso moral laboral. 2ª.ed. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 42p.

vulneración a la integridad psíquica de la persona demandante, por los efectos que este produce en la víctima, tales como depresión, estrés, o bien otro tipo de perturbaciones psicológicas derivadas directamente del mobbing, lo que consecuentemente constituye un detrimento al derecho tutelado. Luego, como consecuencia directa del ilícito civil que constituye el acoso laboral, distinguimos lo que el profesor Hernán Corral denomina perjuicio emocional, y que comprende dos aspectos: a) el dolor físico producido por la lesión y, b) la amargura o angustia moral por haberla padecido, es decir identificamos tanto un daño emocional como físico.

3.2.2. Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía

Existe un bloque de constitucionalidad como límite al poder empresarial. En este sentido, un gran triunfo de los tiempos que corren es el distingo teórico entre la relación laboral -en la cual se intercambian los servicios personales del trabajador con una remuneración como contraprestación- y otras formas de trabajo pretéritas, en las cuales el sometimiento de quien prestaba sus servicios no se condecía con su calidad de persona, y – al final del día - de sujeto de derecho.

En dicho hilo de ideas, es que hoy existe consenso en la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, existiendo la posibilidad que los particulares esgriman en contra de otros particulares, en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos y garantías de los cuales son titulares al alero del denominado bloque de constitucionalidad, conformado no sólo por las normas directas de la Constitución Política de la República de Chile, sino que también por aquellas contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a los que nuestro Estado se adscribe. Así las cosas, en el ámbito laboral se ha acuñado la noción de ciudadanía en la empresa, precisamente para destacar que el trabajador, en cuanto tal, no deja de ser ciudadano, y por tanto, sujeto de derecho titular de dignidad y beneficiario de todo el plexo de garantías fundamentales en el ejercicio de su rol como trabajador dependiente de un empleador con poder de mando. Así las cosas, el poder empresarial del empleador tiene como límite infranqueable el respeto de las garantías y Derechos Fundamentales del trabajador.

En consecuencia, la afectación al derecho a la integridad física se concreta, entre otras, en las siguientes situaciones:(i) afectación directa del resguardo corporal propiamente tal; y (ii) en la omisión directa de los deberes empresariales de protección eficaz de la vida y salud del trabajador. De esta forma, pueden ser conductas tanto de carácter omisivas como activas, lo que se configura toda vez

que no exista un claro respeto y protección de los derechos consagrados por la Constitución Política de la Republica.

3.2.3. Jurisprudencia

l).- Caso de Jurisprudencia. Vulneración al Derecho a la Integridad Física y Psíquica¹²⁷.

Rol: T- 186- 2014.

Partes: Bustos Tapia, Marcelo A. c/ Anovo Andes S.A.

Tribunal: Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Fecha: 14 de julio de 2014.

1.- Se acoge la denuncia de tutela y se declara que el empleador ha vulnerado el derecho a la integridad física y psíquica y a la honra del actor, por cuanto el hecho de interrogar al trabajador entre tres personas en actitud intimidatoria, imputándole un ilícito, siendo posteriormente trasladado a una Notaría para que renunciara, en el vehículo de la propia empresa, por un dependiente de ésta, usando lenguaje soez, violento e injurioso al reputarlo como «ladrón», luego darle como opción el llamar a carabineros o su renuncia y finalmente salir de la

¹²⁷ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

empresa escoltado por carabineros, sólo puede calificarse como una grave afectación al derecho a la honra, protegido por el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República y amparado por la Acción de Tutela Laboral conforme al artículo 485 del Código del Trabajo.

2.- No sólo se considera que existen vulneraciones al derecho a la honra y a la integridad psíquica del actor, sino también física, al haberse acreditado que éste posee un diagnóstico de epilepsia y se encuentra con medicamentos, ya que si bien la situación vivenciada por éste puede descompensar a cualquiera, más aun a una persona con dicha enfermedad. Por otra parte, sin perjuicio de haber existido las vulneraciones antes esgrimidas, también existen claros indicios de vulneración al derecho consagrado en el artículo 19 N°3, inciso 5° de la CPR, a pesar de no estar contemplado dentro de las garantías protegidas por el Procedimiento de Tutela, puesto que se considerará para determinar el monto.

3.- El hecho acreditado y llevado a cabo por el actor, esto es, encontrar un celular, guardarlo y después regresarlo a su dueña, es del todo atípico, toda vez que nunca se acreditó que dicha acción desplegada por el actor hubiere sido con «animo de señor y dueño», faltando un claro elemento del tipo, en cualquiera de los ilícitos imputados al actor, tales como hurto o un eventual hurto de hallazgo. Ahora bien, bastaba con denunciar el hecho al Ministerio Público y esperar la investigación oficial ante un posible ilícito penal, pero no es necesario, lícito ni

admisible, que en el marco de la relación laboral se efectúen ese tipo de imputaciones y menos aún mantener a una persona por más de 5 horas privada de su libertad, hostigándola, amedrentadora e injuriándola, como se procedió con el actor de autos. De esta manera, no hay justificación en cuanto al obrar del empleador, sobre todo si se reconoce que dicho actuar constituye una conducta reiterada en este tipo de situaciones, de modo que no se ha superado el análisis de proporcionalidad que propone la doctrina a efectos de ponderar la afectación de los Derechos Fundamentales de los trabajadores.

II).- Caso de Jurisprudencia. Acoso Laboral o Mobbing¹²⁸.

Partes: Leviche Zapata, José c/ Comunidad Edificio Country Club Plaza.

Tribunal: Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Fecha: 7 de julio de 2014

ROL: T- 190-2014.

1.- Corresponde acoger la demanda de tutela interpuesta, por cuanto la demandada ha vulnerado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°1 de la Constitución, como también ha infringido el artículo 2 del Código del Trabajo, toda vez que desde el arribo de un nuevo representante legal de la

¹²⁸ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

demandada, comenzaron en contra del demandante una serie de actos de hostigamiento hacia su persona, actos que se traducen y evidencian en la práctica a través de la rebaja de la remuneración diaria del demandante, junto con el maltrato verbal proferido en contra del demandante, al referirse al trabajador con garabatos. Sin duda alguna este actuar de parte del representante legal de la demandada implica en la persona del trabajador verse disminuido al interior de la empresa, y además, verse obligado a soportar la conducta del empleador respecto de su persona, sólo con la finalidad de mantener su fuente de ingresos.

2.- Correspondiendo a la empresa denunciada explicar los fundamentos de la medida adoptada y su proporcionalidad, a juicio de la sentenciadora, los antecedentes probatorios incorporados no resultan suficientes para la explicación esperada. La rebaja en el monto de la remuneración diaria del demandante, cuyo valor si bien no fue significativo, demuestra una imposición unilateral de parte del empleador que no reviste motivación alguna, siendo en este caso más cuestionable en razón que fue el mismo representante legal de la empresa demandada quien reconoció que con sus 16 años de trayectoria en la misma labor, de administrador, sabe que respecto de cualquier modificación en el contrato de trabajo de sus dependientes debe existir un anexo de contrato que así lo debe, situación que en el caso en cuestión no se dio.

3.3 DERECHO A LA INTIMIDAD Y RESPETO A LA VIDA PRIVADA (19 N°4)

3.3.1.- Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.

Como parte del contenido del derecho a la intimidad, toda persona tiene la posibilidad de mantener en su esfera privada, fuera del alcance del conocimiento de los demás, lo relativo a su persona, valores, creencias, y opciones respecto de su cuerpo. El derecho a la intimidad será precisamente el que le permite a todo ser humano desarrollarse como tal, encontrando un espacio de recogimiento intelectual y moral¹²⁹. Según señala la doctrina, este espacio de reserva del trabajador no se limita únicamente a la necesaria privacidad para atender los requerimientos fisiológicos (baños), o para guardar y mantener objetos personales (casilleros o cajones de escritorio), sino que también se extiende a las relaciones con los compañeros de trabajo, a la actividad sindical y a las comunicaciones (correos electrónicos o escritos, conversaciones telefónicas, etc.).

En general, numerosas son las definiciones que se han formulado respecto al derecho a la intimidad, las que en su mayoría lo conciben como un poder de exclusión, como una manifestación de la libertad en el sentido negativo, como el

¹²⁹ RÍOS LABBE, S. 2003. La protección Civil del Derecho a la Intimidad. Lexis Nexis. 3p.

derecho a ser dejado en paz, solo y tranquilo. En la actualidad, se impone una concepción respecto de la intimidad, que pone el énfasis en su carácter de derecho humano y libertad fundamental que arranca de la dignidad de la persona. En tal sentido, se le ha definido como aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, que debe quedar preservado de injerencias ilegítimas, y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en sociedad¹³⁰.

En relación a este derecho, nuestra Excelentísima Corte Suprema ha señalado “que dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de que se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero éste no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación (Corte Suprema Rol 5.232/2005).

Por otra parte, el respeto a la vida privada se sustenta, como casi todos los Derechos Fundamentales de primera generación, en la dignidad de la persona, la que consiste, a su vez, –según el neoconstitucionalista Günter Durig- en el

¹³⁰ GÓMEZ PAVÓN, P. 1989. La intimidad como objeto de protección penal. Madrid, Akal S.A. 35p.

hecho que cada ser humano es humano por fuerza de su espíritu, lo que lo distingue de la naturaleza impersonal y que lo capacita para, con base en su propia decisión, volverse consciente de sí mismo, de auto determinar su conducta y dar forma a su existencia y al medio que lo rodea. Todo individuo humano es un ser que desarrolla su libertad y autonomía, auto determinando su conducta. Como sostiene Humberto Nogueira Alcalá, la dignidad del ser humano es el minimum invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico, debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.

Ahora bien, el derecho a la vida privada tradicionalmente se compone por dos facetas, a saber: su faceta interna y su faceta externa. La primera de ellas, se refiere a todos aspectos de la personalidad que el titular de la garantía excluye del conocimiento e intromisión de terceros, siendo esta quizás la acepción más clásica. La segunda de ellas, que se entronca directamente con la libertad personal, autodeterminación, y dignidad como principio rector; se refiere a ciertos aspectos de la persona humana que, si bien son compartidos y exhibidos en el ámbito de lo público, son de exclusiva determinación del sujeto de derecho.

En general, tanto la doctrina iusfundamentalista como laboralista, se han referido al contenido de dicha garantía. En efecto, en cuanto al contenido del Derecho Fundamental consistente en el respeto y protección de la vida privada

del trabajador, podemos decir que José Luis Cea lo ha conceptualizado como "el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos, que el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo". Sergio Gamonal Contreras, al referirse a la vida privada y la honra de las personas, manifiesta la existencia de tres esferas: la intimidad, la vida privada y la honra. La intimidad se situaría en el nivel más profundo de la vida psíquica del individuo, el que permanece generalmente escondido bajo las apariencias, impenetrable a la observación externa, donde se articulan y desarticulan ideas, pensamientos, sentimientos, ilusiones, deseos, angustias y temores. La honra, por su parte, protege a las personas frente al desprecio o menoscabo de su personalidad frente a terceros, e independiente de cualquier valoración acerca de su posición social, el mérito y de cualquier otra circunstancia. Finalmente, la vida privada, entendida como autonomía o autodeterminación individual para adoptar decisiones referidas a sí mismo o un espacio de exclusión a terceros. Por su parte Eduardo Caamaño Rojo, al referirse a esta garantía constitucional, manifiesta que, en términos generales, se puede afirmar que la intimidad es el derecho en virtud del cual se excluye a todas o determinadas personas del conocimiento de nuestros pensamientos, sentimientos, sensaciones o emociones. Agrega que es el derecho a vivir en soledad aquella parte de la vida que no se desea compartir con los demás, en otros términos, es el derecho a tener un sector personal reservado, el que es inaccesible al público sin la voluntad del interesado. Por lo tanto, la intimidad es

la esfera secreta de la vida del individuo en que tiene el poder legal de evitar los demás.

Congruente con la protección que la constitución le brinda a la vida privada, la Ley N°19.628, del 28 de agosto de 1999, sobre Protección de la Vida Privada, ha dispuesto que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la referida ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (art. 4, inciso 1°), entendiéndose por datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (art. 2). Agrega la ley en comento, que no pueden ser objeto de tratamiento aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares (art. 10). Llevado esto al ámbito laboral, el legislador ampara este derecho, a través de los artículos N°s 5, 154 bis y 183, todos del Código del Trabajo.

3.3.2.- Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía

En relación a esta materia, la causa sobre Acción Constitucional de Protección Rol 1575-2003, además de recoger la proyección de los Derechos Fundamentales en la empresa (ciudadanía en la empresa), concluye que la ciber vigilancia sólo se justifica por razones técnicas o de seguridad, pero jamás podrá aceptarse como método de control de la labor de los trabajadores. En un fallo más reciente, y conociendo de un Recurso de Protección, la Excelentísima Corte Suprema establece que para resolver si el actuar de la recurrente ha vulnerado la garantía que señala el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, es preciso determinar qué es el derecho a la intimidad y cuál es su esfera de protección; señalando nuestro máximo tribunal que etimológicamente intimidad proviene del latín Intimus, que significa lo más recóndito, interior, secreto, profundo, interno, es decir aquella parte personalísima o reservada de una persona o cosa. Por su parte, la expresión privacidad, deriva del latín Privatus, sinónimo de particular, propio, individual y personal.

3.3.3.- Jurisprudencia.

l).- Caso de Jurisprudencia. Vulneración Derecho a la Intimidad y Vida Privada¹³¹. Rechazo Tutela Laboral.

Partes: Cabello Vergara, Jorge c/ Sodimac S.A.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Fecha: 27 de febrero de 2009.

Rol: T-4-08.

1.- El actor funda su pretensión en que se le ha despedido vulnerándosele Derechos Fundamentales, puesto que su empleador, para invocar la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que estipula el contrato, extrajo de un artefacto de almacenamiento electrónico de datos, de propiedad del actor, un video donde aparece éste. Por su parte, la demandada argumenta que las imágenes las obtuvo de YOUTUBE y que el trabajador al realizar el video, dañó la mercadería que estaba para la venta, además tenía puesto el uniforme de trabajo, la acción se hizo en horario de funcionamiento de la tienda, y en definitiva, se puso en riesgo su integridad física como la de los clientes, infringiendo las normas y políticas de la compañía y configurando la causal del

¹³¹ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

artículo 160 N°7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

2.- Corresponde rechazar la denuncia de Tutela Laboral y la indemnización adicional del inciso 2° del artículo 489 del Código del Trabajo, por no haberse probado en la especie la vulneración de la garantía constitucional contemplada en el N°5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en circunstancias que no logró determinarse si la grabación en cuestión se obtuvo del dispositivo de almacenamiento personal del trabajador, sino más bien, se acreditó su acceso a través de un medio masivo de comunicación como es YOUTUBE. Por consiguiente, no habiéndose en la especie vulnerado la garantía constitucional, se deberá rechazar la Acción de Tutela y la indemnización adicional solicitada, dado que se ha llegado a la convicción que efectivamente no se logró probar en juicio que el denunciado tomó conocimiento de la grabación a través de un pendrive de propiedad del trabajador, sino por el contrario, se acreditó que se accedió a ella a través de un medio de comunicación público y de carácter universal.

3.- Corresponde acoger la demanda de despido injustificado deducida por el actor en contra de la empresa demandada, y dar lugar a las indemnizaciones reclamadas, toda vez que no existiendo en la especie un hecho grave, que justifique plenamente el cese de la relación contractual y teniendo además

presente el carácter ocasional de la infracción, los años de servicio prestados por el demandante y que no hubo incidencia en la marcha de la empresa, corresponde acoger la demanda en cuanto declara injustificado el despido, en circunstancias que se ha llegado al convencimiento que el actor, al lanzarse sobre una espuma aislante, no incumplió gravemente las obligaciones impuestas por el contrato y por el Reglamento de la empresa, puesto que con dicha actuación no puso en riesgo su integridad física ni la de otras personas, ni dañó gravemente dicho producto, como tampoco fue él quien grabó el video y lo subió al portal de internet. En consecuencia, se condena al demandando a pagar al actor indemnización sustitutiva por falta de aviso previo, indemnización por años de servicio y el recargo de un 80 % conforme a lo dispuesto en la letra c), del artículo 168 del Código del Trabajo. No obstante, corresponde desestimar la demanda de nulidad toda vez que, en juicio, se ha llegado a la convicción que el demandado, al despedir al actor, cumplió con lo dispuesto en el artículo 162 inciso 5° del Código del ramo, razón por la cual la demanda de nulidad ha de ser desechada.

II).- **Caso de Jurisprudencia. Vulneración Derecho a la Intimidad y Vida Privada**¹³².

Partes: Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso c/ París Administradora Norte Ltda.

¹³² Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Fecha: 12 de octubre de 2010.

ROL: T- 24-10.

1.- Corresponde acoger la denuncia por vulneración del derecho a la honra realizada por la Inspección de Trabajo. Ello porque se ha podido acreditar que la empresa denunciada, en el marco de una auditoría interna, realizó una entrevista de carácter pre policial a la trabajadora afectada en la cual se le solicitó información personal, comercial y familiar relacionada con su abuela, por hechos en los que habría tenido una supuesta participación. Sin que además, ninguno de los procedimientos realizados estuviera publicado en el Reglamento Interno de la empresa. Con todo lo anterior, se pone en juego el derecho al respeto y a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, porque sin derecho alguno, el empleador se inmiscuye en la esfera más íntima de la vida del trabajador, cual es, su conciencia y su derecho a reservarse información.

2.- Son los órganos públicos especialmente habilitados, los únicos facultados por la Constitución y la ley para cumplir la función de investigación de delitos. Los ciudadanos no pueden atribuirse tales funciones porque les está prohibido. Además, como en el caso en cuestión, al erigirse la empresa en investigadora afecta los derechos de sus trabajadores. El deber de los ciudadanos en este ámbito es preventivo y muy limitado, y en la práctica, se reduce a la difusión

privada y pública de la observancia y respeto de la ley, pues, claramente, no tienen derecho para, en el ejercicio de ese deber genérico, vulnerar los derechos de las personas, tales como la honra y la intimidad.

3.- En el ámbito nacional es posible afirmar que existe un claro reconocimiento de la idea de ciudadanía en la empresa, al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo Derechos Fundamentales de corte específicamente laboral -por ejemplo, la libertad sindical- sino que también la titularidad por el trabajador de Derechos Fundamentales, los que, sin ser netamente laborales, se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, entre los que se encuentran el derecho a la honra y la protección de la vida privada, así como también otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía, según lo establece el artículo 5, inciso 2°, de la Constitución Política.

3.4 DERECHO AL HONOR (19 N°4)

3.4.1 Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.

El derecho a la honra encuentra un reconocimiento de carácter supranacional, consagrándose ampliamente en diversos instrumentos internacionales. En este sentido, cabe citar el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra en su artículo 17 lo siguiente “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”.

La honra, en una sutil distinción, alude más bien al honor en sentido objetivo, esto es, como crédito o reputación de una persona. Es una especie del género honor, que incluye también el honor subjetivo, o sentimiento de la propia valía. El bien jurídico protegido es el auto concepto que se construye socialmente, por medio de las relaciones intersubjetivas y que en el caso de los lugares de trabajo se elabora por medio de las valoraciones de los superiores y de los compañeros.

Lo primero que debemos advertir es que “el derecho a la honra no prohíbe la intromisión en la vida de la persona, la que se encuentra sancionada por el derecho al respeto y protección de la vida privada de la persona y su familia, sino la violación del buen nombre de la persona o su familia, como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida de las personas que por su naturaleza afectan su reputación. En una perspectiva positiva, el derecho a la honra implica la posibilidad real de preservar la integridad y verdad sobre la persona y no ser humillado o vejado por terceros”¹³³.

Por su parte, el profesor Cea señala que por honra “entendemos el honor en sentido objetivo. Es claro entonces, que en su concepto no se trata el sentido subjetivo de esa palabra, pues este corresponde a la autoestima, la consideración, o quién sabe, si al orgullo que cada cual tiene de sí mismo. La honra, por ende, es la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social, es decir, ante el prójimo o los terceros en general. Como se comprende, la honra se halla íntima e indisolublemente unida a la dignidad de la persona y a su integridad, sobre todo de naturaleza psíquica. Por eso es acertado también calificarla como un elemento del patrimonio moral del sujeto, un derecho de índole personalísimo”¹³⁴.

¹³³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2008. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Santiago, Librotecnia. Tomo I. 667p.

¹³⁴ CEA EGAÑA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno: Derechos, Deberes y Garantías. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. 176p.

Como se señaló anteriormente, la honra protege a las personas frente al desprecio o menoscabo de su personalidad frente a terceros, independiente de cualquier valoración que se haga respecto de su posición social, el mérito y de cualquier otra circunstancia. El derecho a la honra implica el derecho que tiene toda persona a no ser objeto de atentados a su buena fama, a su crédito o al prestigio ganado en la sociedad.

Un atentado a la honra de la persona no solamente lo denigra en su integridad psíquica, sino que también puede traer aparejado la vulneración de otros derechos como la libertad de trabajo o el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas.

Referencia a las Cámaras de Seguridad

La doctrina de la Dirección del Trabajo y la jurisprudencia de nuestros Tribunales del Trabajo, han sido consistentes al señalar los Derechos Fundamentales como límite a los poderes del empleador en general, y sobre las cámaras de vigilancia en particular.

Así, la sentencia emanada del Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, con fecha 26 de agosto de 2010, en causa Rol: T-3-2010, dispone que la Dirección del Trabajo ha señalado que la utilización del sistema de cámaras de seguridad

"como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad".

Continúa la sentencia señalando que la doctrina del Servicio agrega que "sólo resulta procedente la utilización de sistemas de control visual en la medida que tengan por finalidad velar por la seguridad de las personas o de las instalaciones o cuando el proceso productivo, desde el punto de vista técnico, así lo exija. Se trata pues, de supuestos en los cuales la instalación de mecanismos de control audiovisual, tiene como fundamento motivaciones diferentes al control laboral, siendo su razón de ser la prevención de situaciones de riesgo consideradas preponderantes en atención a los bienes jurídicos protegidos".

"Ahora bien, como consecuencia de la posibilidad de instalar o emplazar videocámaras por razones técnico productivas o de seguridad, se puede llegar a un control o vigilancia de la actividad del trabajador, ello como una consecuencia

técnica necesaria e inevitable del sistema implementado, pero accidental, en cuanto constituye un efecto secundario.

“En el caso en análisis se desprende claramente que la finalidad principal buscada por el empleador con la instalación de dispositivos de control audiovisual en el interior de las instalaciones se orienta a controlar el quehacer laboral de los trabajadores...”

"Este control sujeta a los trabajadores a una exasperante e irritante presión. Tales controles continuados importarían en el trabajador un verdadero temor reverencial frente a su empleador, haciendo inexistente toda esfera de libertad y dignidad.”

"El control permanente por las cámaras constituye un atentado desproporcionado a la intimidad del trabajador, ya que permite también evidenciar aspectos de la conducta del trabajador que no dicen relación con la actividad laborativa, es decir, con la actividad desarrollada para el cumplimiento de la prestación de trabajo (strictu sensu), sino que obedecen a situaciones, que si bien se verifican en el puesto de trabajo o con ocasión de la prestación de los servicios, se expresan en las naturales pausas que toda actividad humana supone, denominadas por la doctrina «licencias comportamentales», y que como tales no tienen por qué ser conocidas por el empleador."

En otra oportunidad, en un pronunciamiento relativo a cámaras de seguridad, concluye la Dirección del Trabajo que "la adopción de dispositivos de control audiovisual exclusivamente dirigidos al control de la actividad del trabajador, han de suponer irremediablemente un atentado al derecho a la intimidad, vida privada y honra del trabajador, que como sabemos, constituyen un límite infranqueable al ejercicio de las facultades empresariales (inciso primero, del artículo 5) .Por su parte, es necesario hacer presente que en la actualidad, el propio Código del Trabajo, haciendo suya una doctrina consolidada de este Servicio, resalta, en el inciso final del artículo 154, la prevalencia que la dignidad del trabajador tiene respecto de los mecanismos de control, de donde se concluye que resulta ilícita la utilización de mecanismos de control audiovisual cuando ellos supongan atentados de tal magnitud que afecten el contenido esencial de la garantía constitucional."

También, respecto de la aplicación del referido Derecho Fundamental en la empresa, se ha dictaminado que "las medidas de revisión y control de los trabajadores, de sus efectos privados o de sus casilleros importan un límite a la privacidad de las personas, que amerita, entre otras condiciones, que se incorpore en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad".

¿Se puede extender el derecho al respeto y protección de la honra a las personas jurídicas?

Ya hemos dicho en alguna oportunidad que hay algunos derechos que por su naturaleza solo pueden pertenecer a las personas naturales, como el derecho a la vida o el derecho a la salud. En cambio, otros Derechos Humanos pueden ser potestades tanto de personas naturales como jurídicas, como sucede con el derecho de propiedad por ejemplo.

Nuestra Corte Suprema sostuvo, por medio de sentencia dictada en la causa caratulada “Mago Chic Aseo Industrial S.A. con Priscila Rode Marín Letelier¹³⁵, de fecha 4 de junio de 2008, que “Los derechos que asegura el artículo 19 de la Constitución alcanzan a “todas las personas”, esto es, tanto a las naturales como a las jurídicas, pero respecto de estas últimas, sólo en la medida que los derechos correspondientes sean conciliables con su particular naturaleza”, de manera que el derecho a la propia estimación o el buen nombre o reputación, no es un patrimonio exclusivo de las personas individualmente consideradas, sino también alcanza a las personas jurídicas, las que están facultadas por nuestro ordenamiento constitucional para accionar judicialmente en defensa de su reputación, por cuanto para el cumplimiento de sus fines específicos requieren

¹³⁵ N° Legal Publishing: 39195. Referencia.

de un buen nombre y prestigio, que no sería debidamente cautelado si se les marginara de la titularidad de la garantía constitucional del artículo 19 N°4.

Si bien el derecho a la honra, garantizado en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, ampara a las personas jurídicas en su derecho a la reputación o prestigio, como facetas objetivas de la honra, tal derecho no está protegido penalmente a su respecto, por cuanto no todo bien jurídico o derecho reconocido por la Constitución tiene aparejado un tipo penal. En efecto, sólo las personas naturales pueden ser autoras o víctimas de injuria, quedando excluidas las personas jurídicas del alcance que la voz “personas” tiene en el Título donde está previsto este ilícito.

El respeto al derecho y protección a la vida privada y a la honra, es extendido también a la familia del individuo. Por un lado, esta decisión del constituyente resulta armónica con el inciso segundo del artículo 1 de la Constitución, pero por otro lado, nos lleva a discutir sobre la concepción de familia que existe en nuestra Carta Fundamental.

3.4.2 Jurisprudencia

1).- Caso de Jurisprudencia. Vulneración del Derecho al Honor¹³⁶.

¹³⁶ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

Partes: Rivera Castillo, Isabel c/ Vida Tres S.A.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso

Fecha: 19 de Marzo de 2010.

ROL: T- 62-2010.

1.- Tratándose la presente acción de una de Tutela Laboral con ocasión del despido, no resultan atendibles los hechos o actos que pudieron acontecer durante la vigencia de la relación laboral entre las partes, por cuanto ha sido la actora quien ha denunciado la violación de sus Derechos Fundamentales, a la integridad física y psíquica y a la honra, ocurrida con ocasión del despido, en consecuencia, no se ponderarán ni evaluarán los hechos, circunstancias y pormenores que hubieren ocurrido mientras se encontró vigente el vínculo contractual entre las partes, sino que únicamente los que se derivan del despido sufrido por la demandante.

2.- Los hechos imputados a la actora en la carta de despido lesionan manifiestamente su derecho a la honra, puesto que la circunstancia de involucrarla, aunque sea de una manera indirecta, a una afiliación en la isapre que fue objeto de peritajes caligráficos y a la existencia de firmas falsas en la documentación de un cliente de la demandada, sin duda ha atentado en contra del derecho al honor de la trabajadora, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N°4 de nuestra Carta Fundamental, más aun considerando los años

en que aquella se prestó servicios a la demandada y las circunstancias que rodearon su desvinculación. Del mismo modo, a raíz de la situación vivida por la actora, y fundamentalmente a consecuencia de su desvinculación de la empresa, se ha afectado sensiblemente su autoestima y su salud, tanto física como psíquica, toda vez que se encuentra atravesando por una depresión mayor o trastorno mixto angustioso depresivo, circunstancias que a juicio de este tribunal, lesionan el derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental, esto es, la integridad física y psíquica de la demandante. En consecuencia, se declara que el despido de la demandante es lesivo de sus Derechos Fundamentales.

3.5.DERECHO A LA INVOLABILIDAD A TODA FORMA DE COMUNICACIÓN PRIVADA (Art. 19, N°5).

3.5.1 Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.

De acuerdo a las enseñanzas del profesor José Luis Cea, “esta disposición asegura atributos públicos subjetivos íntimamente vinculados a la dignidad de la persona humana y a su libertad esencial. En términos generales, puede afirmarse que está consagrada en Chile desde la Constitución de 1828 y no ha dado lugar

a problemas graves ni a interpretaciones rebuscadas. Sin embargo, tuvo razón la Comisión de Estudio al infundirle un significado amplio y abierto, pues sólo así quedan comprendidos en ella, por ejemplo, los dispositivos electrónicos ultra sensibles con los cuales se puede violar el hogar y las comunicaciones privadas”.

Como bien señala el profesor Cea Egaña, este derecho “es una proyección de los atributos personalísimos del individuo en la familia, el trabajo y otras expresiones de su personalidad. Como tal, esa inviolabilidad integra el núcleo de lo íntimo, secreto o confidencial que toda persona tiene y con base en lo cual puede proyectar su vida e infundirle un sello característico propio, irrepetible, superando la idea de un sujeto más en una masa indiferenciada. Trátese de un atributo muy cercano a la dignidad humana”.

“La inviolabilidad rige igualmente para toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos”.¹³⁷

¹³⁷ CEA EGAÑA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno: Derechos, Deberes y Garantías. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. 195p.

“Cuando el constituyente resguarda y protege las comunicaciones privadas, está sin lugar a dudas pensando en cualquier forma de comunicación entre personas, ya epistolar, telefónica, vía correo electrónico, etc.

Con la expresión privada se desea precisar, a juicio del profesor Silva Bascuñán, aquel tipo de comunicación en que el remitente escoge singularizadamente la persona que la recibe; quien da a conocer la comunicación elige soberanamente la persona del destinatario, con el evidente propósito de que sólo él la reciba”.¹³⁸

Por consiguiente, diremos que el núcleo esencial de este derecho consiste en que ningún tercero está facultado para interceptar, abrir o registrar documentos privados, sin el consentimiento expreso de las personas directamente involucradas o en los demás casos y formas autorizados por el ordenamiento jurídico.

Respecto a los límites al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, se ha establecido que los Derechos Humanos no son absolutos, pudiendo estar afectos a límites en su ejercicio. En este sentido, algunas

¹³⁸ VIVANCO, M. A. 2006. Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. 364p.

limitaciones al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, serían las siguientes:

✓ El antiguo procedimiento contemplado en la Ley de Quiebras disponía que la sentencia definitiva que declarara la quiebra debía contener la orden que las oficinas de correos y telégrafos entregaran al síndico la correspondencia y despachos telegráficos cuyo destinatario fuese el deudor fallido, para los efectos de abrir la correspondencia de éste último con intervención del tribunal, y retener las cartas y documentos que tengan relación con los negocios de la quiebra. Actualmente, el artículo 129 N°4 de la Ley N°20.720 sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, también regula esta materia, señalando que la resolución de liquidación contendrá: “4) La orden para que las oficinas de correos entreguen al Liquidador la correspondencia cuyo destinatario sea el Deudor.”

✓ El artículo 24 de la Ley N°20.000 que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, dispone en su artículo 24 que “Las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena

que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, no regirá lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 de ese Código, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren”.

✓ La Ley N°18.314, que “Determina las Conductas Terroristas y su Penalidad”, prescribe en su artículo que “En los casos del artículo 1 de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, además, por resolución fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:

3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica”.

3.5.2 Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía

En relación a esta materia, podemos mencionar la causa Rol 4135-2008, “Andrea Anguita Ramírez; Juan José Parada Rogazy con María Pilar Villarroel

Gallardo Juez Titular del Tribunal de Familia de Viña del Mar; Rodrigo Delgado Zirpel”, en que la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en primera instancia y la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, debieron conocer de un Recurso de Protección deducido en contra de una Jueza del Tribunal de Familia de Viña del Mar y la contra parte en un proceso de divorcio.

Los hechos de la causa consistían en un proceso de divorcio entre Andrea Anguita y Rodrigo Delgado, en que este último acompaña, como medio de prueba para acreditar la infidelidad de su cónyuge, 60 correos electrónicos de ella con su supuesto amante. Es del caso que la Jueza recurrida acepta estos documentos como medios de prueba válidos en el proceso, los que serían usados en la audiencia de Juicio Oral que sucede a la audiencia preparatoria.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló: “Noveno: Que conforme lo razonado precedentemente, la presentación futura en juicio de divorcio de copias impresas de comunicaciones electrónicas propias de la recurrente doña Paula Andrea Anguita Ramírez, obtenidas sin su autorización, constituye un acto ilegal que atenta en contra del ejercicio legítimo de los derechos que la Constitución Política le reconoce y garantiza. Consagrados en los números 4º y 5º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que el Recurso de Protección deberá ser acogido”.

3.5.3 Jurisprudencia

l).- **Caso de Jurisprudencia. Vulneración del Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. (primera sentencia de Tutela Laboral dictada en el marco de la nueva reforma laboral¹³⁹).**

Partes: Madrid Obregón, María N. c/ Sociedad de Profesionales Kronos Ltda.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

Fecha: 15 de Septiembre de 2008.

ROL: T- 1-2008.

1.-Corresponde acoger la denuncia de tutela de garantías constitucionales contra el empleador, pues éste no ha dado suficientes fundamentos de las medidas adoptadas -en el caso, publicación de información confidencial y privada del trabajador- y su proporcionalidad, por lo que necesariamente deberá instarse por la protección del Derecho Fundamental del trabajador, materializando con ello la tutela judicial efectiva del mandato contenido en el inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo, el que dispone que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos.

¹³⁹ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

2.- Es desproporcionado que se haya decidido pasar por alto que la información que esgrime el empleador como fundamento del despido del trabajador, estaba contenida en un respaldo accidental de una conversación electrónica privada, para luego leerla completamente e invocarla como causa del despido, toda vez que la gravedad invocada en el supuesto actuar de la trabajadora y la necesidad de protección de la empresa frente a ello, no se condice de ningún modo con la protección esperable hacia la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

3.- No habiéndose manifestado el consentimiento de hacer público el contenido de una comunicación privada, lo prudente habría sido cerrar dicha comunicación y haber dado cuenta al trabajador de la configuración accidental de tal respaldo de información, lo que no aconteció, por lo que tal situación se constituyó en el fundamento de la desconfianza y la consecuente pérdida de la fuente laboral.

4.- La actividad del empleador no sólo es cuestionable por hacer público el contenido de una comunicación privada, sino también porque luego de revisar el contenido de todas las conversaciones respaldadas del trabajador, sin su consentimiento, se dispone a utilizar éstas en su contra, según la demandada por la gravedad de los hechos que contenían y que significaron una pérdida de

confianza intolerable, ya que ellos tenían estrategias importantes que no podían ser desviadas a canales externos.

5.- Carece de justificación el accionar del empleador en el ejercicio de sus facultades legales -leer el respaldo de una conversación privada y luego utilizarla públicamente-, siendo inaceptable esta vulneración al trabajador -inviolabilidad de toda comunicación privada- amparado en sus Derechos Fundamentales, esto es, en aquellos derechos que por su trascendencia y jerarquía dentro del conjunto de los que son atribuidos a la persona, constituyen un núcleo central, esencial, que debe ser protegido de manera especial y fuerte frente al ataque de terceros, de lo contrario, el empleador debió, al menos, haberlo previsto en los reglamentos internos, lo que no aconteció en el caso.

3.6 DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, MANIFESTACIÓN DE LAS CREENCIAS Y EL LIBRE EJERCICIO DE TODOS LOS CULTOS (19 N°6)

3.6.1 Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.

Si bien, el poder del Estado, la política y el derecho, no pueden inmiscuirse en el ámbito propio del fuero interno del ser humano, si les es exigible que respeten y fomenten su desarrollo.

Los aspectos que más nos diferencian con el resto de los seres vivos son la racionalidad, espiritualidad y el sentido de la existencia. Sólo el hombre puede decidir, elegir entre las diversas opciones que se le presentan y prever la o las posibles consecuencias de sus actos; sólo el hombre está en condiciones de saber qué es, qué existe; sólo el hombre puede plantearse como meta conocer la verdad. Pues bien, es dentro de este contexto donde debemos circunscribir los llamados derechos vinculados a la racionalidad del hombre, estos son: la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad religiosa.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, consagra en su artículo 12, la Libertad de Conciencia y de Religión, señalando al respecto:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos, consagra en su artículo 9 la Libertad de Pensamiento, de Conciencia y de Religión, señalando al respecto:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la

protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

En el mismo sentido, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

Como se puede observar de la sola lectura de estas normas, es posible distinguir entre la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad religiosa. Derechos que, desde luego, no apuntan a lo mismo.

Por un lado, la libertad de pensamiento puede ser definida como aquél derecho que asegura a su titular inmunidad de coacción al momento de formar y manifestar su particular opinión del mundo y de las cosas y personas que en él se encuentran. “Así, por ejemplo, una persona puede ser surrealista en pintura, partidario de las propuestas arquitectónicas de la Bauhaus o pensar que las tesis

acerca de la nulidad de Derecho Público sostenidas por el profesor Soto Kloss y sus discípulos son erradas”.¹⁴⁰

La libertad de conciencia implica, por su parte, inmunidad de coacción en la búsqueda de verdades morales y en su exteriorización.

“El hombre también se forma juicios acerca de lo bueno y lo malo. La posibilidad de buscar la verdad en materias morales sin ser perturbado está protegida por la libertad de creencias o, como se dice en otros textos, de conciencia. La conciencia, en efecto, es esa voz interior que nos ayuda a descubrir la bondad o maldad de nuestros actos. En virtud de esta libertad una persona puede considerar que la pena de muerte es inmoral o que no es lícito recurrir a una guerra ofensiva o realizar cualesquiera otros juicios acerca de lo bueno y lo malo sin sufrir coacción”.¹⁴¹

Por último tenemos la libertad religiosa, y que consiste en la inmunidad de coacción cuando nos manifestamos respecto de la existencia de Dios, rendirle culto y practicar una determinada religión.

¹⁴⁰ GARCÍA HUIDOBRO, J. 1997. Derecho y Derechos Humanos: El Derecho de Libertad Religiosa y los otros derechos vinculados a la Racionalidad. En: Lecciones de Derechos Humanos. Valparaíso, EDEVAL. 201p.

¹⁴¹ CEA EGAÑA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno: Derechos, Deberes y Garantías. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. 207p.

Luego, la redacción del numeral 6 del artículo 19 no sigue la misma tipología utilizada en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que sin embargo, no significa que no los reconozca, tal como lo veremos más adelante.

Derecho a la libertad de conciencia

“La conciencia es, primeramente, la facultad del intelecto humano de percatarse de algo, sea interno o externo al sujeto o al yo. Pero también ella cubre un segundo sentido, más restringido, cual es la conciencia moral. Esta es la facultad del espíritu humano que le permite diferenciar entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto; discernir lo moral de lo inmoral y asumir una conducta que sea coherente con la distinción hecha por la inteligencia”.¹⁴²

En la obra de la profesora Ángela Vivanco se dice que la libertad de conciencia es el aspecto más íntimo del pensar humano. Se refiere a la capacidad de cada persona de formar sus ideas, hacer sus propios juicios, calificar su conducta o la de otros y de establecer parámetros morales internos. La conciencia implica la formación personal de valores y pertenece a la intimidad de la persona y no le

¹⁴² CEA EGAÑA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno: Derechos, Deberes y Garantías. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. 207p.

corresponde al Derecho entrometerse; por ello, sólo le corresponde proteger la conciencia y asegurar que sea libre, incluso de influencia del propio Estado.

Así, consta de las Actas de la Comisión Ortuzar, que para el comisionado Guzmán, la libertad de conciencia era “la libertad del fuero interno, que entiende siempre en forma absoluta e inviolable, en la cual nadie puede penetrar y a la cual la esfera del derecho no alcanza. Libertad que se extiende a materias religiosas en forma prioritaria, pero que se puede extender a otras materias”.

Cuando los productos de la conciencia se exteriorizan, se está en presencia de otras garantías constitucionales”.¹⁴³

Para el profesor Humberto Nogueira “la libertad de conciencia protege el proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias, sean estas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas o de cualquier otra naturaleza, como asimismo a rechazar aquellas que considera erróneas; proceso que corresponde al fuero interno de la persona que tiene un carácter inviolable, el cual plantea una exigencia de comportarse exteriormente de acuerdo a tales concepciones. En definitiva, es la facultad de toda persona para formarse su propio juicio, sin ningún

¹⁴³ VIVANCO, M. A. 2006. Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. 366p.

tipo de interferencias, el derecho de pensar con plena libertad, lo que posibilita la propia selección o determinación de valores de acuerdo con los cuales formula su proyecto de vida y la conformación a dicho pensamiento de su actividad externa personal y social”.¹⁴⁴

En consecuencia, podemos señalar que el derecho a la libertad de conciencia, de la manera como se encuentra consagrado en nuestra Constitución, contiene tanto la libertad de pensamiento como la libertad de conciencia propiamente tal.

Resumiendo las ideas que hemos expuesto en las líneas precedentes, es posible afirmar que la libertad de conciencia, como Derecho Humano, reconoce los siguientes contenidos:

1. La libertad de exteriorizar, sin coacción alguna, todas las ideas, opiniones y convicciones, morales o no, formadas en el fuero interno de la persona. La libertad de conciencia incluye la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia en sentido estricto.

2. Actuar de acuerdo a sus propias convicciones, sin sufrir consecuencias negativas por ello, ya sea provenientes del Estado o de los particulares.

¹⁴⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2008. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Santiago, Librotecnia. Tomo II. 10p.

3. No ser obligado a actuar en contra de los más íntimos deseos y convicciones de la persona. El profesor Nogueira concluye lo mismo: “La libertad de conciencia implica también ante un auténtico conflicto de conciencia, el obedecerse a sí mismo antes que al Estado, negándose a actuar en contra de sus valores y creencias (...)”.¹⁴⁵

Derecho a la libertad religiosa

La Carta Fundamental no utiliza la expresión “libertad religiosa” sino que asegura a todas las personas “el derecho a manifestar todas las creencias”. “Estas se refieren a la fe, o al credo que la persona tiene sobre la divinidad”¹⁴⁶.

Como se dijo anteriormente, este derecho asegura la inmunidad de coacción para pronunciarse acerca de la divinidad, y es una consecuencia muy directa de la dignidad humana. Es propio del hombre buscar la verdad, y dentro de esta búsqueda de la verdad un lugar muy importante lo ocupa el problema de Dios.

Podemos decir que se trata de una pregunta no sólo importante, sino ineludible, cuya respuesta se halla vinculada al sentido mismo de nuestra existencia. Por eso no parece congruente con la dignidad personal el que los

¹⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. Ob. Cit. 12p.

¹⁴⁶ CEA EGAÑA, J. L. Ob. Cit. 207p.

hombres sufran violencia para que adhieran o abandonen determinadas concepciones. El aceptar el principio de libertad religiosa no significa pensar que todas las religiones son igualmente verdaderas, sino sólo decir que la búsqueda de la verdad en materia religiosa debe ser responsabilidad de cada uno. En este campo se puede dialogar, argumentar o incluso –si alguno lo prefiere– debatir, pero nunca forzar.

La libertad de culto

Como ya hemos dicho, la libertad religiosa, en su sentido positivo, es el derecho que asegura a las persona inmunidad de coacción cuando manifiestan su posición de creencia respecto de la existencia de una divinidad. Pues bien, es del todo lógico que además las personas que creen en la divinidad puedan manifestarlo, ya sea en forma pública o privada, mediante actos de homenaje y adoración. Es acá donde aparece la libertad de culto.

Por culto debemos entender “el conjunto de actos, ceremonias y ritos con que la persona humana tributa homenaje reverente a Dios o a los bienaventurados”.¹⁴⁷

¹⁴⁷ CEA EGAÑA, J. L. Ob. Cit. 208p.

En consecuencia, la libertad de culto “se refiere a la facultad de la persona para participar en ceremonias y ritos que pertenezcan a un culto religioso determinado, ya sea como oficiantes o como partícipes, por ello no sólo es manifestar lo que se cree, sino que intervenir en una serie de actos que significan profesión de fe, que es parte de los deberes de un creyente con su propia religión”.¹⁴⁸

Referencia al Proyecto de Ley que modifica el Código del Trabajo en materia de protección al trabajador que se desempeña como pastor religioso o ministro de culto¹⁴⁹:

La moción iniciada en la cámara de diputados con fecha 24 de septiembre del 2014, se encuentra en el primer trámite constitucional.

La idea matriz del Proyecto en análisis, pretende reconocer la labor pastoral de los ministros de culto, los cuales, además de desempeñar esta tarea son, en su gran mayoría, trabajadores dependientes, otorgándoles protección en dos aspectos laborales:

1. Compatibilizar la jornada laboral con el cumplimiento de las labores propias del ministerio pastoral, y

¹⁴⁸ VIVANCO, M. A. Ob. Cit. 367p.

¹⁴⁹ Boletín 9603-13.

2. Establecer una presunción de gravedad a favor del trabajador, cuando ha sufrido un acto discriminatorio por motivos religiosos, en el evento que sea pastor o ministro de culto.

3.6.2 Jurisprudencia

Sobre el particular, cabe tener presente que la garantía constitucional tratada en este punto, ha tenido su protección absoluta en materia laboral, sin embargo, su vulneración en este ámbito, ha sido tratada desde el punto del Derecho a no ser discriminado en razón de religión.

Correlato de lo anterior, toda vez que ha sido tratada esta garantía, lo es desde el punto de vista del derecho a no ser discriminado, lo que explica la ausencia de jurisprudencia en específico sobre esta garantía. De esta forma, la vulneración de esta garantía en el marco del Procedimiento de Tutela Laboral, será tratada en el acápite sobre garantía a la no discriminación en razón de religión.

Consecuente con lo anterior, las situaciones de vulneración de esta garantía se pueden visualizar desde un punto de discriminación, más no en el impedimento del ejercicio pleno del derecho.

3.7 DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, OPINIÓN E INFORMACIÓN SIN CENSURA PREVIA (19 N°12 inc. 1°)

3.7.1 Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.

La Constitución Política de la República, en su Capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales, específicamente en el artículo 19, N°12, asegura a todas las personas la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”.

De la norma constitucional antes referida, se desprenden los siguientes conceptos:

- 1) El derecho a la libertad de expresión.
- 2) El rol del Estado frente a este derecho.
- 3) La titularidad del dominio sobre los medios de comunicación social.

La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un Derecho Fundamental inalienable, inherente a todas las personas. Es, además,

un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

El respeto y protección de la libertad de expresión adquiere una función primordial dentro de cualquier sociedad, ya que sin ella es imposible que se desarrollen todos los elementos para el fortalecimiento democrático y el respeto a los Derechos Humanos. El derecho y respeto de la libertad de expresión se erige como instrumento que permite el intercambio libre de ideas y funciona como ente fortalecedor de los procesos democráticos, a la vez que otorga a la ciudadanía una herramienta básica de participación. Asimismo, a través de los comunicadores sociales, la ciudadanía adquiere el poder de participar y/o controlar el desempeño de las acciones de los funcionarios públicos.

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública, logrando que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre. La libertad de

expresión es por lo tanto no sólo un derecho de los individuos, sino de la sociedad misma¹⁵⁰.

Nuestra Constitución no utiliza la frase “Libertad de Expresión”, si no que consagra específicamente la “libertad de opinión y de información sin censura previa”, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades.

Según señala Humberto Nogueira¹⁵¹, “por libertad de opinión se entiende la facultad de que disponen las personas, para expresar por cualquier medio y forma, sin censura, lo que creen, piensan, saben o sienten, a través de ideas o juicios de valor, los que son por su naturaleza de carácter subjetivo, pudiendo además intercambiar dichas ideas y debatirlas con otras personas, teniendo como límite el no emitir expresiones vejatorias o insultantes”.

La libertad de opinión reconoce varios aspectos:

- ✓ Faz íntima.
- ✓ Faz externa.

¹⁵⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Relatoría especial para Libertad de Expresión. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2.%20Organizaci%C3%B3n%20de%20los%20Estados%20Americanos.>> [consulta: 09 septiembre 2014].

¹⁵¹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2008. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo II. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Tomo II. 62p.

- ✓ Un sentido negativo.

Por su parte, la libertad de información “es el caudal de conocimientos que incluyen, tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos, caricaturas, estadísticas, relatos y comentarios, sean subjetivos o no”.

Algunos de los principales aspectos de la libertad de información, son los siguientes:

1. La información es el supuesto de la formación de una adecuada opinión. Es la regla general.
2. El informante tiene el derecho de comentar los hechos que da a conocer, es decir, dar su opinión sobre aquellos, como también sobre sus causas y consecuencias.
3. La libertad de información también admite una faz negativa.
4. El respeto a la facultad de informar es particularmente importante respecto de los medios de comunicación social, especialmente en los regímenes democráticos, pero no es exclusivo de ellos.

Finalmente, y de conformidad a lo establecido en el artículo 1 de la Ley N°19.733 sobre “Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo”¹⁵², podemos señalar que la libertad de información, comprende tanto el derecho de informar como el derecho de ser informado.

Referencia a La libertad de expresión y la censura previa

Recordemos que nuestra Constitución asegura a todas las personas “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

El núcleo esencial entonces de este derecho, radica en la plena libertad que tienen tanto las personas naturales y jurídicas para opinar e informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

Así, la libertad de expresión es fundamental para que los individuos puedan participar activamente en la vida nacional y por tanto en el quehacer político

¹⁵² La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley.

nacional. Este derecho se ejerce sin censura previa, es decir, “ninguna autoridad puede decidir anticipadamente, sobre qué puede opinarse y que no, y cuáles manifestaciones del intelecto humano pueden ser conocidas y esparcidas en el medio social y a cuáles les está vedado el proceso”.¹⁵³

Entendemos por censura “aquel método preventivo de control de las informaciones y opiniones, que se aplica a los mensajes antes que sean emitidos al público, que se realiza de manera regular por funcionarios del Estado y tiene por fin examinar estos mensajes de acuerdo a parámetros valóricos preestablecidos y determinar si el mensaje puede transmitirse o no”.

Por otro lado, el inciso final del numeral 12 del artículo 19, dispone que: “La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”.

Antes de analizar algunos aspectos esenciales de esta normativa es menester señalar que el texto original de la Carta Fundamental disponía lo siguiente: “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas”.

¹⁵³ EVANS DE LA CUADRA, E. 1999. Los Derechos Constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. 20p.

Como consecuencia del mandato constitucional establecido en el inciso final del numeral 12, la Ley N°19.846, sobre “Calificación de la Producción Cinematográfica”, establece un sistema de calificación destinado a la comercialización, exhibición y distribución públicas de las producciones, el que se realiza por edades, considerando el contenido de las producciones cinematográficas y propendiendo siempre a la protección de la infancia y de la adolescencia y a su desarrollo psicológico y social”. En igual sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, permite que ciertos espectáculos públicos estén sometidos por ley a censura previa, con el objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

Cuando la Carta Fundamental señala que el derecho a la libertad de expresión se puede ejercer en “cualquier forma”, está haciendo alusión a que las personas pueden expresarse ya sea oralmente o por escrito, en público o privado, mediante un lenguaje gestual, etc. Mientras que cuando señala que se podrá ejercer por “cualquier medio”, se está refiriendo a radiodifusoras, televisión, prensa escrita, libros, folletos, Internet, etc.

Referencia a los límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión

La propia Constitución se encarga de establecer que el ejercicio de este derecho “es sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan

en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

Así, por ejemplo, si bien el Título III, de la Ley N°19.733 antes citada, artículos 9 al 15, se encarga de establecer las formalidades para el ejercicio de este derecho por parte de los medios de comunicación social, posteriormente, en sus artículos 39 y 40, señala que la responsabilidad penal y civil por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de las libertades que consagra el inciso primero del número 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se determinarán por las normas de esta ley y las de los Códigos respectivos.

De esta forma, se consagra expresamente la posibilidad de recurrir a una acción civil para obtener indemnización por los daños y perjuicios derivados de delitos penados por la ley referida, la que se regirá por las reglas generales.

Adicionalmente, el inciso tercero, del numeral 12 en comento establece que “toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”.

Lo anterior, consiste en el derecho que la Constitución y la ley reconoce, cuando un medio de comunicación social ofende a una persona o la alude injustamente, para que ésta pueda responder de la información que se ha dado a su respecto.

Así, los artículos 16 al 21 de la misma Ley N°19.733, establecen en favor de toda persona que hubiese sido ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación, el derecho de aclaración y rectificación. Pudiendo exigir, como consecuencia de su ejercicio, la publicación en forma gratuita de su aclaración o rectificación.

Referencia a la limitación de la Libertad de Expresión: El derecho a la honra.

Ante la consagración de la libertad de expresión, resulta necesario que también se contemple la existencia de las correlativas responsabilidades que pueden generar su ejercicio y que puedan afectar, particularmente, al derecho a la honra, consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

Tal como lo vimos en el acápite referente a la protección de esta garantía, Cruz-Coke Ossa¹⁵⁴ señala que, desde el punto de vista doctrinal, existen dos acepciones de honra, pero la protección constitucional sólo alcanza a la acepción objetiva de la honra, esto es, la reputación de la personas desde el punto de vista de otros, es decir, la apreciación o estima que realizan terceros respecto de nuestras cualidades morales y nuestro valor social.

La protección al derecho a la honra se manifiesta en sede civil o penal, en cuanto se debe responder por los delitos o abusos que se cometan en el ejercicio de la libertad de expresión, dando lugar a las respectivas responsabilidades. En sede penal, el abuso del derecho a la libertad de expresión da lugar a la comisión de los delitos de injuria y calumnias.

3.7.2 Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía

En los términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la libertad de expresión se analiza en dos dimensiones, las que se reclaman y sustentan mutuamente. Por una parte, existe la llamada dimensión individual, que asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para

¹⁵⁴ CRUZ-COKE OSSA, C. 2009. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Ediciones Finis Terrae. 399p.

difundir el pensamiento propio y llevarlo al conocimiento de los demás. Los receptores potenciales o actuales del mensaje tienen, a su vez, el derecho de recibirlo, concretando este último la dimensión social de la libertad de expresión. Ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente. Cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra.

Lo anterior implica que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.¹⁵⁵

Bajo esta perspectiva, y alcance con connotación internacional, los parámetros para entender que estamos frente a una vulneración a esta garantía constitucional, se reflejan, de manera expresa, en todas aquellas situaciones, circunstancias, órdenes o instrucciones del empleador, que prohíban, restrinjan o limiten los alcances de la libertad de expresión en su esfera, tanto individual, como social.

¹⁵⁵ CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Libertad de Expresión. [en línea] http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/libertad_expresion3.pdf [consulta: 06 julio 2014]

3.7.3 Jurisprudencia

l).- Caso de Jurisprudencia. Vulneración Derecho a la Libertad de Expresión, Opinión e Información sin censura previa¹⁵⁶.

Partes: Rojas León, Yolanda C. c/ Conservas y Congelados de Puerto Montt S.A.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt.

Fecha: 9 de julio de 2012.

ROL: T- 5-2012.

1.- La empresa atenta contra la garantía de libertad de expresión de la trabajadora al despedirla, basando su argumento en la falsedad e irresponsabilidad de la denuncia que ella realiza a un canal de televisión. La falsedad objetiva es irrelevante en este caso, mientras lo emitido sea realizado con la necesaria diligencia y buena fe.

2.- Corresponde acoger la Acción de Tutela Laboral interpuesta contra el despido, motivado por la denuncia realizada por una trabajadora a un canal de televisión. Esto, ya que se atenta contra la libertad de expresión, siendo este derecho objeto de tutela al estar comprendido en el inciso primero del artículo

¹⁵⁶ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

485 del Código del Trabajo, que se remite al artículo 19 N°12, inciso primero de la Constitución Política de la República, ya que el motivo del despido, según la misma empresa reconoce, en la carta de despido y en las instancias procesales posteriores, es la denuncia que realiza la trabajadora recurrente respecto a la cadena de producción de la misma.

3.- En la especie, no se advierte ni se ha acreditado la intención de engañar con dolo o mala fe por parte de la actora. Por ello, la actora ejerció su derecho a la libertad de expresión en forma legítima, por cuanto la libertad de información protege las visiones razonables de los hechos, con toda la dimensión personal a través de la cual pasa la respectiva narración. Lo relevante para determinar el ejercicio legítimo de este derecho es la veracidad de la información, entendiendo esto no como la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino solamente como el reflejo de la necesaria diligencia y actuación de buena fe en la búsqueda de lo cierto.

4.- Se desestima la alegación de la demandada consistente en que las declaraciones de la actora fueron difundidas con anterioridad a la fecha del despido y que por ello nadie ha censurado en forma previa sus declaraciones ni se le ha impedido hacerlo. Esto, puesto que, si bien en la especie no se trata de un caso de censura previa, el despido de la actora se vislumbra como un acto de

represalia por haber ejercido en forma legítima su derecho a la libertad de expresión.

II).- **Caso de Jurisprudencia. Vulneración Derecho a la Libertad de Expresión, Opinión e Información sin censura previa¹⁵⁷.**

Partes: Sindicato N°1 de Trabajadores de El Mercurio De Valparaíso c/ Empresa El Mercurio de Valparaíso S.A.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Corte de Apelaciones.

Fecha: 9 de noviembre de 2009.

ROL: T- 19-2009. IC.373-2009.

1.- EL hecho de estar el Director de la empresa denunciada fotografiando la marcha de la Central Unitaria de Trabajadores, donde se habían adherido sus trabajadores, no constituye vulneración de la garantía consagrada en el artículo 19 N°12 de la Carta Fundamental.

2.- Corresponde acoger el Recurso de Nulidad deducido en contra de la sentencia dictada en proceso de Tutela Laboral, la cual declaró que el empleador, al fotografiar a los dirigentes sindicales mientras participaban en una marcha organizada por la CUT, estaría vulnerando la garantía consagrada en el artículo

¹⁵⁷ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>.

19 N°12 de la Constitución Política de la República, dado que las supuestas fotografías o grabaciones -de las que no se sabe la efectividad de que hayan sido tomadas- no constituyen una real y efectiva vulneración del derecho de libertad de expresión.

3.- El artículo 485 del Código del Trabajo establece, en su inciso primero, que el Procedimiento de Tutela Laboral se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos de los trabajadores, señalando cuáles de estas garantías abarca, y finalmente, indica que se entenderá que los derechos y garantías protegidos se consideran lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, limite el pleno desarrollo de aquéllas sin justificación suficiente, de manera arbitraria o desproporcionada, quedando fuera del marco de protección de la norma las meras amenazas de violación de las garantías constitucionales aludidas.

4.- A través del Procedimiento de Tutela, el legislador protege la efectiva vulneración de Derechos Fundamentales, y si bien en la especie está acreditado que el Director de la empresa denunciada se encontraba en el balcón del edificio en el que se situaban las dependencias de trabajo con una cámara, con actitudes de estar filmando o fotografiando los hechos que ocurrieran en ese momento, no se aprecia de qué manera tal conducta pueda constituir una vulneración real,

efectiva del derecho constitucional de la libre expresión consagrada en el N°12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, máxime cuando, no hay certeza acerca de lo que filmó o fotografió. Consecuentemente, la norma del artículo 485 del Código del Trabajo ha sido incorrectamente aplicada en este caso.

3.8 DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO Y DE CONTRATACIÓN LABORAL (19 N°16 inc. 1° y 4°)

3.8.1.- Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.

Prescribe el artículo 19, número 16 de nuestra Constitución Política de la República lo siguiente, “La Constitución asegura a todas las personas: 16°.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

Conforme señala el profesor Gamonal¹⁵⁸, “consta en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que se entendió que el trabajo es una

¹⁵⁸ GAMONAL CONTRERAS, S. LXIX. El derecho del Trabajo y la Acción del Protección. Revista de Derecho U. de Concepción. 209.

expresión de la dignidad y actividad del ser humano, el cual merece la protección del Estado”.

Cabe señalar, que si bien la Constitución ampara al “trabajo en sí mismo”¹⁵⁹, la propuesta de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución incluía “el derecho al trabajo”, el cual fue eliminado del texto despachado por el Consejo de Estado, supresión que no debe entenderse como una desprotección al trabajo, sino solo como el producto de la inquietud de los consejeros en orden a evitar el establecimiento de derechos que no puedan ser exigidos efectivamente por el Estado.

De esta manera, va envuelta la idea como un derecho económico social, toda vez que nos referimos a un derecho de libertad, y la debida protección del mismo. Aún más, se debe entender la libertad de trabajo en un sentido amplio, tanto para trabajadores dependientes como independientes.

En lo que se refiere a la doctrina constitucional, esta ha entendido que la libertad de trabajo es aquella que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión, u oficio lícitos, es decir, aquellos no prohibidos por las leyes, y asegurando que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador.

¹⁵⁹ Idem. Nota.

En este sentido, el profesor José Luis Cea¹⁶⁰, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no solo la libertad de buscarlo sino también el trabajo en sí, “lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera tal que se protege igualmente el trabajo en sí, por su función social, y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor.

Se entiende que en ningún caso el Estado podrá desentenderse de su deber de protección del trabajo, en especial de los trabajadores. De igual forma, la doctrina constitucional ha precisado que el legislador no podrá dictar normas que atenten contra la igualdad y la dignidad del hombre en materia laboral.

Cabe señalar que en opinión del profesor Palavecino¹⁶¹, “la interpretación armónica del enunciado “la libertad de trabajo y su protección”, provoca una tensión permanente entre dos fuerzas opuestas: la libertad de trabajo por un lado y el deber de protección del trabajo por el otro, atendida la manifiesta contradicción entre lo que la Constitución exige del Estado en uno y otro caso, a

¹⁶⁰ CEA EGAÑA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno: Derechos, Deberes y Garantías. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. 427p.

¹⁶¹ PALAVECINO CÁCERES, C. 2013. Libertad de Trabajo y su protección constitucional. Nueva Lectura. Revista Laboral. 79p.

saber, abstención versus intervención. Toda intervención protectora importará necesariamente una injerencia dentro de la libertad y por ende su reducción y, viceversa, toda ampliación de la autonomía de la voluntad se interpretará como un descuido del deber de protección.”

Siguiendo la misma línea del profesor, el Tribunal Constitucional ha razonado en orden a declarar la inaplicabilidad de la norma contenida en el artículo 25 del Código del Trabajo, relativa a los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, en la parte en que la norma señala que las esperas que les corresponde cumplir entre turnos laborales, sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. El voto de mayoría concluye que el “el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él se dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo que es lo que sucede con el precepto analizado en que el legislador califica a priori y sin excepción como no imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma, por decisión del empleador, excluyendo la posibilidad que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones de empleador”:¹⁶²

¹⁶² TC Rol N° 2086-11.

Siguiendo el desarrollo de la norma, el artículo 19, N°16, inciso segundo, consagra la “libertad de contratación”, en la cual no tienen cabida los principios de contratación que rigen en materia civil, ejemplo de ello lo constituye la manifestación de autonomía de la voluntad, la que sin perjuicio de permitir que los empleadores puedan contratar libremente y establezcan con plena libertad las modalidades del contrato trabajo, opera con mínimos estándares contemplados en la ley laboral, con la finalidad de proteger a la parte débil de la relación, toda vez que una autonomía plena, atentaría contra el principio protector imperante en estas materias.

La garantía consagrada constitucionalmente es de carácter amplio, en este sentido procede tanto respecto al trabajo dependiente como independiente, ya sea en la libertad de contratación como libre elección.

Al igual que con la libertad de trabajo, nuestro constituyente no solo protege la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, sino que además cautela ciertos aspectos del trabajo mismo, y de allí la expresión que se utiliza de “justa retribución”.¹⁶³

¹⁶³ GAMONAL CONTRERAS, S. LXIX. El derecho del Trabajo y la Acción del Protección Revista de Derecho U. de Concepción. 209.

En cuanto a la libertad del trabajo, de contratación, y su proyección en materia laboral, se indica que la Constitución, al igual que la normativa legal, al consagrar la “protección del trabajo” y su “justa retribución”, busca la tutela y la libertad efectiva, no solo formal, del trabajador como parte débil de la relación de trabajo. Además, el trabajador se encuentra sujeto a la subordinación y dependencia del empleador, lo que facilita eventuales trasgresiones de sus derechos laborales.¹⁶⁴

Señala el profesor Gamonal¹⁶⁵, que las libertades constitucionales de trabajo y de contratación, no solo deben ser interpretadas como una libertad negativa, sino también como una libertad positiva. En su sentido negativo, se comprende tanto la ausencia de impedimento para hacer, como la ausencia de constricción, es decir, la posibilidad de no hacer, existiendo libertad para obrar. Por su parte, la libertad positiva implica la posibilidad de orientar la voluntad hacia un objetivo, adoptando las decisiones sin verse sometido a la voluntad de otros. Esta libertad positiva se denomina también como autodeterminación, o autonomía, en orden a no estar determinados por otros o no depender para las propias decisiones de otros, esto es, determinarse sin ser determinados.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Ídem.

Referencia a la Acción de Tutela en etapa precontractual

Entendemos que toda vulneración de las garantías constitucionales de los trabajadores deben proceder durante el transcurso de la etapa laboral, una vez constituido esto, lo cual se entiende al configurarse los requisitos establecidos por la ley para ello, destacando entre ellos la presencia del vínculo de subordinación y dependencia. Sin embargo, algunos postulan que debería existir una cobertura en la etapa precontractual.

Cabe señalar, según escribe a este respecto el profesor Gamonal, que desde la óptica legal no existe en nuestro país una regulación de las entrevistas y pruebas que se realizan a los postulantes a un cargo. Nuestra Constitución (art. 19, N°16) dispone que sólo puede discriminarse por capacidad e idoneidad personal y el Código del Trabajo (art. 2) señala que las ofertas de trabajo no podrán exigir como requisito de postulación cualquiera de estas condiciones: raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social. No obstante, en nuestro mercado de trabajo encontramos numerosas ofertas laborales que discriminan por sexo y edad. Además, en la práctica, muchas veces se somete a los postulantes a test psicológicos, los cuales sólo debieran justificarse para determinar la adecuada capacidad e idoneidad personal del futuro trabajador. Los test pueden servir para determinar las capacidades cognitivas, las habilidades

motoras, una aptitud específica o ser test de personalidad, estos últimos, como por ejemplo el de Rorschach, son particularmente invasivos de la intimidad de la persona y debieran utilizarse sólo en casos muy excepcionales y con el consentimiento del postulante (por ejemplo, un trabajador que deberá cuidar a menores en riesgo social). Por último, debiera regularse acerca de los procedimientos para tomar test psicológicos, la reserva y manejo de la información obtenida y los derechos del postulante¹⁶⁶.

3.8.2.-Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.

La garantía constitucional en comento, que a la luz de lo dispuesto por nuestra Carta Magna, asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, entendida como el derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícito, se entiende transgredida o vulnerada toda vez que exista un impedimento en el ejercicio pleno del trabajador en torno a ejercer tanto una libertad de trabajo en su esfera positiva como negativa, ya sea obligándole a suscribir un determinado contrato de trabajo, ejerciendo determinadas funciones no convenidas, o bien condicionando su contratación.

¹⁶⁶ GAMONAL CONTRERAS, S. [en línea] < <http://www.glosalaboral.cl/> > [consulta: 3 octubre 2014].

Actualmente, la vulneración a la libertad de trabajo y de contratación laboral, se ventila principalmente desde el punto de vista de discriminaciones laborales, teniendo plena aplicación lo dispuesto en el artículo 2 del Código del Trabajo, toda vez que al estar vigente la relación laboral, el trabajador ya ejerció plenamente su derecho a elegir el contrato que más le acomode, sin embargo, durante el trascurso de la relación laboral, se ve amenazada dicha garantía.

3.8.3.- Jurisprudencia

l).- Caso de Jurisprudencia. Vulneración Derecho a la Libertad de Trabajo y de Contratación Laboral. Discriminación laboral.¹⁶⁷

Partes: Bustamante / Empresa Best Select Chile S.A.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe.

Fecha: 19 de octubre de 2009.

ROL: T- 12-2009.

1.- Que compareció don Jonathan Isaac Bustamante Salazar, trabajador, quien interpone demanda en Procedimiento de Tutela Laboral por despido lesivo de Derechos Fundamentales en contra de su ex empleador, la empresa Best Select Chile S.A.

¹⁶⁷ Sentencia disponible en sitio web <<http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/>>

2.- Que, mientras prestaba sus servicios, comenzó a ser hostigado persistentemente por el gerente de la sucursal, exigiéndole que se cortara el pelo, porque su peinado no estaba acorde con la imagen de la empresa y además porque a él personalmente no le gustaba su aspecto. Que dicha conducta lesiva y humillante a su dignidad fue persistente y se mantuvo durante bastante tiempo, pero, a la larga, se vio obligado a acatar la orden del gerente de la sucursal, como una forma de mantener su trabajo. Que estuvo tranquilo más o menos un mes; sin embargo, durante la semana del 6 al 11 de mayo del año 2009, dicho gerente comenzó nuevamente a hostigarlo por su cabello, no obstante que se lo había cortado; ahora, manifestaba que no le gustaba que usara gel en su peinado, quien hacia sus manifestaciones hostiles frente al público y los demás trabajadores. Se agrava más la falta, al no estar contempladas dichas exigencias en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad.

3.-. Asimismo, la empresa, al proceder al ejercicio de la facultad de despedir trabajadores respecto del demandante, vulneró el Derecho Fundamental del trabajador consagrado en el artículo 19 N°16, inciso primero, de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, entendida como el derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícito, es decir, no prohibidos por la ley, pues si bien fundó el despido del actor en la causal de necesidades de la empresa, dadas

por los cambios en las condiciones del mercado, contemplada en el artículo 161 del Código del Trabajo, resultó acreditado que el despido del actor se debió exclusivamente a la solicitud que le efectuó directamente la empresa Sodimac S.A., con quien no se encontraba unida por vínculo contractual alguno, impidiéndole a su trabajador, sin justificación suficiente, ejercer su labor, sin protegerlo de las acciones que realizó la empresa Sodimac S.A. producto del ejercicio de facultades propias del empleador que no le correspondían, lesionando el referido Derecho Fundamental, sin justificación suficiente y sin respeto a su contenido esencial

II).- Caso de Jurisprudencia. Vulneración Derecho a la Libertad de Trabajo y de Contratación Laboral. Recurso de Protección¹⁶⁸.

Partes: Gallardo Loyola, Jeannette y otros c/ Sociedad de Abogados Schirmer & Asociados.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Fecha: 11 de marzo de 2009.

ROL: IC: 27-2009.

1.- La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por mayoría, acogió el Recurso de Protección intentado por trabajadores que fueron incluidos en una página web

¹⁶⁸ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>.

de un estudio jurídico, dentro de una lista que los contenía en carácter de querellantes contra empresas del mismo rubro, por atentar dicho acto contra su derecho a la libertad de trabajo.

2.- Corresponde acoger el Recurso de Protección intentado por varios trabajadores de la industria pesquera contra un estudio jurídico que en su sitio publica sus nombres por haber demandado a diversas empresas del rubro, pues la publicación de tal información en su página web vulnera su derecho a la libertad de trabajo, libre elección y contratación, resultando un acto arbitrario, desde que con el obrar del recurrido se configura una lista negra de empleados y operarios que han demandado a sus empleadores o han sido objeto de querrela por parte de estos, cuestión que aparece revestida de una caprichosa intencionalidad de poner sobre aviso a sus clientes, respecto al nombre de potenciales trabajadores conflictivos, lo que no puede tener otra finalidad que desincentivar su contratación amagando los referidos derechos constitucionales.

3.- Al respecto, el abogado integrante, Sr. Campos Latorre, consideró que el recurso debía ser rechazado, fundando su voto disidente en los siguientes argumentos: Cabe el rechazo del Recurso de Protección intentado por trabajadores de la industria pesquera que habían sido incluidos en una página web del estudio jurídico recurrido, desde que en la lista figuraban personas que habían mantenido juicios con las empresa pesqueras que asesora dicha

sociedad y tenía carácter meramente informativa para sus clientes y que al tomar conocimiento de la molestia que dicha publicación causó en los recurrentes y demás integrantes de la nómina, esta fue retirada del sitio con libre acceso a cualquier persona y sólo quedó restringida a aquellos clientes de la sociedad recurrida que contaran con una clave secreta. (voto en disidencia del abogado integrante Sr. Campos Latorre).

4.- Aun cuando pudiese estimarse que el acto por el cual se recurre ha perdido oportunidad, al no existir un acceso libre a la información cuestionada por los recurrentes, tampoco se divisa vulneración o amenaza a alguna de las garantías del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que la publicación restringida de la nómina por parte de la sociedad de abogados recurrida, constituye una herramienta de trabajo para las empresas que asesoran jurídicamente, similar al estado de causas que publica el Poder Judicial en página web para conocimiento de los abogados en general.

3.9 DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN (Art. 2 Código del Trabajo)

3.9.1.- Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela.

La relevancia del derecho a la no discriminación escapa al ámbito propio del Derecho del Trabajo, constituyendo este derecho una garantía fundamental, inherente a todo ser humano. Por este motivo, el derecho a no ser discriminado adquiere un reconocimiento de carácter supranacional, siendo consagrado ampliamente en diversos instrumentos internacionales. En este sentido, cabe citar parte del artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en virtud del cual “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece en su artículo 26 una prohibición amplia de no discriminación. De igual forma, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece en su artículo 2.2. que, “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”. Aun cuando esta disposición no contiene una prohibición explícita de discriminación, a diferencia del artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe realizar cualquier diferencia. Sin embargo, esta fórmula también expresa un concepto de

discriminación y pone énfasis en lo inadmisibles que resulta hacer diferencias arbitrarias e injustificadas en el trato de los ciudadanos, incluso en el ámbito laboral.

Como se señaló anteriormente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2° de la Constitución de la República, toda esta normativa internacional pasa a ser ley de la república y en consecuencia obligatoria para todos los habitantes del país

En términos generales, son tres las normas constitucionales que fijan el marco a partir del cual se estructura el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en Chile. En primer lugar, debe hacerse referencia al artículo 1 de la Constitución, con el que comienza el capítulo respecto a las Bases de la Institucionalidad, el cual dispone que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” Esta norma es indudablemente de gran importancia, puesto que fija una línea conductora sobre la materia, al establecer un concepto prescriptivo de persona, como ser libre e igual. Por su parte, el mismo artículo 1 en su inciso final, establece el deber del Estado de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

En segundo lugar, corresponde citar el artículo 19 N°2 de la Constitución, el cual, dentro del capítulo referido a los Derechos y Deberes Constitucionales, asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, señalando que. “En Chile no hay persona ni grupos 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”.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que el principio de igualdad no precisa qué es lo que es ser igual, sino que va directamente al resultado, es decir, lo que es igual debe ser tratado igual, a contrario sensu, lo que no es igual puede ser tratado en forma diferenciada.

En tercer lugar, corresponde citar el artículo 19 N°16, inciso 3°, que dispone: "Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

De las normas precedentemente transcritas es posible colegir que el derecho a no ser objeto de discriminación se encuentra recogido en la propia Constitución como un Derecho Fundamental, mereciendo, por tanto, la máxima atención y protección por los órganos del Estado.

El precepto constitucional analizado, se recoge, en materia laboral, en el artículo 2 del Código del Trabajo¹⁶⁹, que en sus incisos 3° y 4°, establece que "Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación".

"Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión pública, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". Este numeral amplía el alcance de esta prohibición de discriminación, al extenderla no sólo a la ley y a las autoridades públicas, sino que también a los particulares, lo que es naturalmente propio de las relaciones jurídicas a que da lugar el trabajo subordinado.

¹⁶⁹ Art.2.o Código del Trabajo: Reconócele la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

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

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación...".

Sobre este derecho en particular se ha pronunciado la doctrina administrativa de la Dirección del Trabajo, señalando, mediante Dictamen N°3704/134 de fecha 11 de agosto de 2004, que "Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de igualdad. El artículo 1º de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; y el artículo 19 N°2 que: "La constitución asegura a todas las personas: N°2 La igualdad ante la ley". La Constitución Política efectúa un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de libertad e igualdad, conformándose de esta manera, una verdadera «trilogía ontológica»¹⁷⁰ que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los Derechos Fundamentales, erigiéndose como factor modelador y fundante de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (Ord. N°2856/162, 30.08.2002).

Dicho principio inspirador y modelador de nuestra convivencia nacional, es recepcionado con individualidad propia, según se verá, en el ámbito laboral a través de la configuración del Derecho Fundamental a la no discriminación. El artículo 19 N°16, en su inciso tercero, dispone: "Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio

¹⁷⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 1997. Dogmática Constitucional. Universidad de Talca. 113p.

de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos."

Se reconoce el derecho a la no discriminación como un Derecho Fundamental y como tal en una expresión jurídica tangible y concreta de la dignidad de la persona humana y en "una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona". De esta manera, el derecho a la no discriminación se constituye en un verdadero derecho subjetivo "en tanto ampara y tutela los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero «status jurídico» para los mismos, irrenunciable e irreductible" (Ord. 2856/162, 30.08.2002).

Por su parte, en el plano infraconstitucional el legislador ha desarrollado con mayor amplitud el derecho a la no discriminación laboral en el artículo 2, del Código del Trabajo, específicamente en sus incisos segundo, tercero y cuarto.

Continúa señalando el precitado Dictamen: "Por su parte, y ahora en cuanto a la estructura del tipo infraccional, es posible apuntar que como elementos configuradores del ilícito (actos discriminatorios) el legislador laboral ha contemplado los siguientes:

- ✓ Una diferenciación (distinciones, exclusiones o preferencias);

✓ Que dicha diferenciación se base en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social; (A tales motivaciones debemos agregar, por mandato constitucional, cualquier otra que no se base en la capacidad o idoneidad personal); y

✓ -Que se produzca, como resultado, una desigualdad de trato (anulación o alteración de la igualdad de oportunidades).

De la configuración precedentemente esbozada, se desprende con claridad que el legislador excluye cualquier elemento subjetivo o de intencionalidad del sujeto activo a la hora de configurar el acto discriminatorio. Se trata pues de una figura objetiva, es decir, basta para que se produzca discriminación o desigualdad de trato, que se verifique a través de algunas de las situaciones vedadas por la norma.

La referencia al "objeto" de la desigualdad de trato, esto es, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, ha de entenderse necesariamente como un reforzamiento de la idea de desigualdad de trato -efecto de la diferenciación basada en las condiciones vedadas-. Buscar en dicho término alguna idea de intencionalidad o de una eventual apertura hacia un juicio de razonabilidad -ausencia de arbitrariedad-

como mecanismo de ruptura o de excepción de la no discriminación equivaldría a equiparar en términos absolutos las nociones de igualdad y no discriminación, cuestión que a lo largo de este análisis ha sido ya desechada.

De no comprenderlo así, podríamos permitir desigualdades de trato, por ejemplo en base a raza, amparadas en la ausencia de una finalidad discriminatoria, lo que a todas luces resulta ser una opción que repugna la dignidad del ser humano. El sólo hecho de utilizar la raza como mecanismo diferenciador atenta contra la igualdad de oportunidades o de trato.

Con todo, sí resulta destacable la idea que a partir de la noción de igualdad de oportunidades se enfatiza el concepto que la no discriminación no supone una obligación de igualdad simétrica o de efectiva contratación para un sujeto perteneciente a un determinado colectivo (mujeres, etnias, nacionales, etc.), sino que la efectiva posibilidad de competir en condiciones equivalentes con otros sujetos, sin que medie el establecimiento de condicionantes, directas o indirectas, que no digan relación con las competencias para el desarrollo de un determinado empleo.

Cabe tener presente lo señalado por el profesor Ugarte¹⁷¹, en cuanto a la discriminación laboral, toda vez que en sus palabras “se limitó el derecho a la no

¹⁷¹ Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. Santiago. Legal Publishing. 34p.

discriminación laboral del artículo 2 del Código del Trabajo, en principio más restringido y mezquino que el derecho a la no discriminación laboral del artículo 19, número 16 de la Constitución, cosa que podría afectar eventualmente con el tiempo a colectivos típicamente discriminados, como los portadores de VIH y los consumidores de drogas”.

Continúa, “sin perjuicio del debate anterior –acerca de si lo reprimido es la discriminación constitucional o legal-, la norma tiene que ser interpretada extensivamente en un doble sentido, considerando cada uno de los criterios de discriminación señalados, y así, por ejemplo, sexo puede legítimamente no solo ser referido al género, sino también a las opciones sexuales del trabajador”.

Finalmente, señala el profesor Ugarte, “se excluyó del objeto de este Procedimiento de Tutela, a las discriminaciones del inciso sexto, esto es, las discriminaciones efectuadas por vía de las ofertas de empleo, y las discriminaciones pre-ocupacionales, en cuanto al ámbito de aplicación del nuevo procedimiento está referido a las relaciones laborales vigentes y extinguidas”. Opinión esta última, compartida plenamente por el profesor Gamonal, quien según señaló en el referido al derecho a la libertad de trabajo, el ámbito de aplicación del Procedimiento de Tutela Laboral, debería extenderse a la etapa precontractual, para abarcar este tipo de discriminaciones que fueron excluidas, otorgando una cobertura amplia y plena de los derechos que se quieren tutelar.

3.9.2.- Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía

Bajo la lógica y razonamiento que ha tenido la Dirección del Trabajo, a través de sus distintos Dictámenes, podemos entender que existe una vulneración a este derecho, toda vez que existan diferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social. Además, de cualquier otra motivación que no se base en la capacidad o idoneidad personal y que se produzca como resultado una desigualdad de trato (anulación o alteración de la igualdad de oportunidades).

3.9.3.-Jurisprudencia

l).- **Caso de Jurisprudencia. Vulneración Derecho a la no discriminación.**

Partes: Inspección Provincial del Trabajo de Santiago c/ TP Chile S.A

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Fecha: 26 de Abril de 2010.

ROL: T- 38-2010

1.- La empresa de call center ha vulnerado el derecho a la no discriminación por religión de la trabajadora, por haber proferido insultos que hacían referencia a su credo, ejerciendo respecto de ella un tratamiento diferente en cuanto a la hora y forma de descanso.

2.- Corresponde acoger la denuncia realizada por la Inspección del Trabajo en contra de la empresa de call center por haber ésta vulnerado gravemente el derecho a la integridad psíquica, el derecho al respecto y protección a la honra y el derecho a la no discriminación por religión de la trabajadora, toda vez que conforme a la prueba rendida la parte demandante ha podido acreditar en autos hechos que constituyen indicios o señales suficientes, de un trato diferente a la trabajadora respecto de sus compañeros, fundado específicamente en la religión que ésta profesa, lo que se materializaba a través de los insultos que hacían referencia a su credo y en el tratamiento que se le daba diariamente al hacer diferencias negativas en cuanto a la hora y consecuentemente la forma de su descanso, al asignarle un puesto de trabajo alejado de sus compañeros, además de impedirle situaciones tan cotidianas como hablar con los clientes que se comunicaban en un idioma diferente al español, tal como ocurría con el resto de sus compañeros, sin ningún fundamento legítimo para ello.

3.- El llamado break es un derecho de los operadores telefónicos o agentes, y consiste en media hora de descanso dentro de su jornada laboral, siendo el

área de force, a saber aquella sección de la empresa que tenía a su cargo los flujos y tráfico de los llamados recibidos de su mandante, quien determinaba en razón del número de llamadas proyectadas recibir en un determinado tiempo y agentes existentes, cuántos trabajadores podían hacer uso del mismo, determinando el supervisor de acuerdo a dicha directriz quien podía salir o no. De acuerdo a la prueba allegada en autos es posible establecer que se otorgaba a la trabajadora su break en condiciones diferentes a sus compañeros de trabajo por disposición de sus supervisores, ya sea privándole del mismo o de la posibilidad de salir junto a otros agentes, no existiendo prueba orientada a justificar la proporcionalidad de las medidas adoptadas, en orden a omitir o modificar el horario de descanso de la trabajadora afectada.

4.- El tratamiento diferente y arbitrario al que fue sometida la trabajadora, fundado en la religión que ésta profesa, es un hecho que se encuentra prohibido tanto en la legislación nacional, como internacional, así se ha consagrado como un Derecho Fundamental la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, cuya fuente normativa se encuentra en la Declaración de Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana de Derechos Humanos y Constitución Política de la República de Chile, como referente máximo de la normativa nacional. En ellos se consagra la igualdad de los sujetos en dignidad y derechos y frente a la ley, no pudiendo efectuarse

diferenciación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, etc., las que en principio son consideradas ilegítimas, de manera tal que toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad.

5.- El legislador, a través de la normativa, busca la protección de la dignidad del trabajador, fundado en la no diferenciación arbitraria e injusta de aquel en el trato al interior de la empresa, teniendo derecho a un tratamiento igual al de sus compañeros, que se encuentren en similares condiciones, no pudiendo ser un eje de distinción negativa el credo que profesa aquel, como ha ocurrido en el caso de autos. Así, no resulta aceptable que la trabajadora de autos, haya recibido órdenes diferentes a las de sus compañeros y que hubiera sido considerada conflictiva, por el sólo hecho de profesar una religión diferente, que en nada influyó en el desempeño de sus labores durante los 3 años que ha prestado servicios, salvo con la llegada de nuevos superiores que no toleraban el credo que una persona tenía, y que el mismo le haya causado un estado emocional tal que la llevó a concurrir a un especialista que le diagnosticó depresión por ello.

6.- La conducta desplegada por los superiores de la trabajadora afectada, dentro de su horario de trabajo, en cumplimiento de sus funciones y en

representación de la demandada, en orden a tratarla en forma soez, con insultos y discriminarla por motivos religiosos, produjeron en la trabajadora un menoscabo a su integridad psíquica y el respeto y protección a la honra consagrados en el artículo 19, N^{os} 1 y 4 de la Constitución Política de la República, lo primero por cuanto sufrió una depresión mayor y vio disminuir paulatinamente sus competencias en el trabajo y lo segundo al tratársele inadecuadamente y ser objeto de burlas por sus jefes y comentarios por sus pares, sólo por el hecho de profesar una religión poco común. En consecuencia, se tiene por establecido que la trabajadora se vio afectada por los insultos y discriminación ejercida en su contra, traduciéndose aquello en un padecimiento que alteró su salud psíquica y le produjo sufrimiento, aflicción e impotencia por verse expuesta a tales acciones, por lo que corresponde el pago de una indemnización por daño moral, por haberse establecido por el legislador como medida de reparación la solución de las indemnizaciones que procedan para el caso concreto, tal como lo solicitó por la parte demandante.

II).- **Caso de Jurisprudencia. Vulneración Derecho a la no discriminación.**

Partes: Vera Marre, Hernán L. c/ Embajada de la República Federal Alemana.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Fecha: 9 de Junio de 2012.

ROL: T- 99-2012

1.- La embajada recurrida ha discriminado al trabajador al despedirlo por cumplir los 65 años (...).

2.- Corresponde acoger la Acción de Tutela Laboral interpuesta por el trabajador en contra de la embajada recurrida, pues en primer lugar, al acordar en el contrato que el mismo termina al cumplir el trabajador 65 años de edad, y luego despedirlo por necesidades de la embajada, sin que éstas realmente existieran, se determina que el despido tenía como única causa la edad del afectado. Lo anterior implica que la empleadora ha dado un trato diferenciado al demandante poniendo término a su contrato, incurriendo en actos discriminatorios a los que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo. Además, la referencia a las disposiciones legales, del Código Laboral Alemán, que limitan la indemnización por despido no son específicas, pudiendo interpretarse de diversas maneras, de lo cual se concluye que la cláusula es ambigua, por lo que según el artículo 1556, inciso 2° del Código Civil, se deberá interpretar en contra de quien la redactó. Por ello, se entenderá que la indemnización no tiene un límite de años.

3.- El contrato de trabajo es un contrato consensual, es decir, se perfecciona por el consentimiento de las partes y su escrituración obedece a un fin probatorio.

El demandante es chileno, y no existe ningún antecedente que permita concluir que conocía el idioma alemán, lo que se ve corroborado con la entrega de traducción del contrato al castellano. Por tanto, no estaba en condiciones de dar lectura y conocer directamente el contenido del texto del contrato en alemán, por lo que la traducción del contrato al idioma castellano se entiende que reflejaba los términos del contrato de trabajo.

4.- Adhiriendo a la interpretación restringida de la inmunidad de jurisdicción, cabe concluir que no procede que se aplique en el presente caso tal inmunidad, ya que los hechos de la Litis se enmarcan en un contrato de trabajo de un chofer chileno de una embajada en Chile, que no responde a un acto de gobierno o de soberanía, sino que a un contratación de carácter particular. Por lo mismo, al no juzgar tales actos se vulnerarían las garantías de los artículos 19 N^{os}2 y 3, ya que se dejaría al recurrente sin tutela jurídica.

3.10. DERECHO A LA INDEMNIDAD LABORAL (Art. 485, inc. 3°, parte final, Código del Trabajo)

3.10.1.- Aceptación en el Recurso de Protección y aceptación en el Procedimiento de Tutela

La garantía de indemnidad se traduce en el derecho de todo trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador, en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza, como consecuencia de las actuaciones de organismos públicos, tanto judiciales como administrativos¹⁷². U un ejemplo de ello, lo constituyen los despidos efectuados el día inmediatamente siguiente al que se efectúa la fiscalización del Inspector del Trabajo, como represalia en razón de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo.

Esta garantía, incorporada en este nuevo Procedimiento de Tutela Laboral, se entiende que funciona como un medio de protección legal y jurisdiccional a favor del trabajador que ha sido objeto de represalias ejercidas por su empleador, en razón o como consecuencia, de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o del ejercicio de acciones judiciales.

El Profesor Ugarte, señala que en el ámbito laboral, la doctrina ha destacado que esa amenaza es especialmente grave, debido a “la existencia de una clara relación de subordinación del trabajador y supremacía del empresario las partes no se van a encontrar en una situación de igualdad, con la cual, el ejercicio de cualquier actuación para reclamar una posición jurídica frente a quien ostenta tan privilegiada situación, podría ser una quimera si no se asegura la situación de la parte débil de la relación”.

¹⁷² Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. Santiago. Legal Publishing. 36p.

La regulación de esta garantía por parte del legislador, implica imponer al empleador la prohibición de usar su potestad de mando y sus facultades disciplinarias para sancionar o castigar a los trabajadores, por haber éstos ejercido su derecho a acudir a la vía judicial o administrativa. No se requiere que la labor fiscalizadora o la acción judicial hayan sido iniciadas o interpuestas necesariamente por el trabajador afectado, sólo se exige que éste sufra las consecuencias de la represalia aplicada.

En caso de estar vigente la relación laboral, el trabajador afectado puede concurrir a presentar una denuncia a la Inspección del Trabajo o directamente ante el Juzgado del Trabajo competente haciendo uso del Procedimiento de Tutela Laboral.

Al respecto, se debe tener presente que las posibilidades de vulneración a la garantía de indemnidad no siempre implican despido, pues las represalias del empleador pueden consistir en diversos y variados tipos de actos destinados a perjudicar al trabajador.

Cuando se trate de una persona que ha sido víctima de despido con vulneración de esta garantía, sólo corresponderá demandar judicialmente conforme a las reglas del Juicio de Tutela Laboral.

3.10.2.- Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.

Cabe tener presente, como lo destaca el profesor Ugarte¹⁷³, que, “a diferencia de lo que ocurre con los Derechos Fundamentales estructurados como principios, la garantía de indemnidad no debe ponderarse ni balancearse con otros derechos, de modo tal que nunca hay represalias “justificadas o proporcionadas”. En este sentido, solo cabe determinar si existió o no represalia y si ella viene conectada con el ejercicio de una acción judicial o administrativa por parte del trabajador.

En consecuencia, y tal como lo manifiesta de forma expresa el Código del Trabajo, se entiende vulnerada dicha garantía, toda vez que existe un despido al cual le anteceden acciones judiciales o bien el ejercicio de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo.

3.10.3.- Jurisprudencia

l).- Caso de Jurisprudencia. Vulneración Garantía Indemnidad¹⁷⁴

¹⁷³ Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. Santiago. Legal Publishing. 37p.

¹⁷⁴ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

Partes: Leiva c/ Compañía Industrial El Volcán S.A.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Fecha: 1 de junio de 2012.

Rol: T-111-2012

1.- Corresponde acoger la demanda de tutela laboral interpuesta por el trabajador en contra de su ex empleadora, por cuanto el despido efectuado es improcedente y atentatorio de la garantía de indemnidad establecida en los artículos 485 y 489 del Código del Trabajo, toda vez que la única razón que tuvo la demandada para despedir al actor, ha sido sancionarlo por el justo reclamo de sus derechos efectuado ante el órgano administrativo, sin perjuicio que no se haya sancionado a la empresa, puesto que la norma vulnerada no establece aquel requisito, sino que se establece en el artículo 485 del Código del Trabajo, que el despido obedezca a una represalia en razón o como consecuencia de la labor Fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, lo que ha quedado acreditado en la especie.

2.- La Acción de Tutela de Derechos Fundamentales regulada en el Código del Trabajo, es un procedimiento excepcional, que reconoce la posibilidad de probar la vulneración de tales derechos mediante la denominada prueba indiciaria, que implica un aligeramiento probatorio del demandante trabajador, exigiéndole una prueba mínima al momento de aportar antecedentes que

consistan en indicios suficientes de los hechos constitutivos de vulneración de los Derechos Fundamentales que reclama.

II).- **Caso de Jurisprudencia. Vulneración Garantía Indemnidad¹⁷⁵**.

Partes: Rivera c/ Constructora Beltec Ltda.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

Fecha: 3 de agosto de 2012.

Rol: T- 12-2012.

1.- Corresponde acoger la demanda de tutela de garantías fundamentales, declarándose el despido del actor como vulneratorio de la garantía de indemnidad, por cuanto se puso término a la relación laboral sólo trece días después de interpuesto el reclamo por el trabajador ante la Inspección del Trabajo, habiendo hecho reserva de reclamar de la causal de término del trabajo o servicio que dio origen al contrato, por lo que a este indicio de la correlación temporal se une el que, no obstante tratarse de una relación laboral de naturaleza indefinida, se invocó como causal de término de ella una completamente improcedente, como lo es el vencimiento del plazo.

¹⁷⁵ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

2.- Se estableció que entre las partes había una relación laboral de naturaleza indefinida, de manera que, como se alega en la demanda, luego de la suscripción de un finiquito en que el actor hace reserva para reclamar de la causal invocada para su despido, se le presenta para la firma un contrato de trabajo a plazo y ,posteriormente, luego de la efectiva interposición de un reclamo ante la Inspección del Trabajo del que, como se tuvo por acreditado, el empleador tuvo conocimiento, procedió a poner término a la relación laboral invocando una causal improcedente.

3.11. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL (Art. 19, N°16 Constitución Política Republica)

3.11.1.- Aceptación en el Procedimiento de Tutela

El Convenio N°98 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 8 de junio de 1949, dispone: “1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato, o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) Despedir a un trabajador, o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.”

Nuestra legislación recoge específicamente el derecho a la no discriminación por sindicación, en el artículo 486 del Código del Trabajo, lo que deja de manifiesto que el derecho a la no discriminación por sindicación es un Derecho Fundamental consagrado, específicamente a nivel legal.

La libertad sindical es entendida como “Los derechos y garantías de los trabajadores y de sus organizaciones, para constituir organizaciones sindicales, afiliarse a ellas y desarrollar actividad sindical para defensa de sus intereses, entre los que se cuentan, necesariamente, los derechos de negociación colectiva y de huelga¹⁷⁶”. Luego, “La libertad sindical abarca tres cuestiones fundamentales:

1.- Libertad de organizar sindicatos con plena capacidad de representación.

¹⁷⁶ ROJAS, I. En: Libertad Sindical, Homenaje al profesor Alfredo Bowen. 119p.

2.- Reconocimiento del derecho de plena autodeterminación de los sindicatos y autonomía sindical; y

3.- Libertad de sindicalizarse o no¹⁷⁷.

“El sistema de protección de la actividad sindical en su conjunto, no es otra cosa, en definitiva, que la reducción o concreción de la noción abstracta de libertad sindical al medio concreto y real en que ésta se debe ejercer: el fuero sindical, las facultades o prerrogativas sindicales¹⁷⁸”

En resumen podemos señalar que libertad sindical es aquel derecho a fundar sindicatos, afiliarse al de su elección y desarrollar todas las acciones tendientes a proteger los intereses de los trabajadores. En otras palabras, existe una dimensión de autonomía organizativa y una dimensión o derecho a la actividad sindical.

El profesor Caamaño¹⁷⁹, señala que “el Código del Trabajo adopta un sistema inorgánico para el tratamiento de las conductas contrarias a la libertad sindical, lo que se refleja en una regulación dual de las prácticas desleales, separando por

¹⁷⁷ PACHECO HERMES Y OTROS. En: Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en homenaje a Francisco Walker. 11p.

¹⁷⁸ ERMIDA, O. En: La protección contra los actos antisindicales. 23p.

¹⁷⁹ CAAMAÑO, E. 2006. La Tutela Jurisdiccional de la Libertad Sindical. Revista de Derecho. 83p.

un lado, las denominadas prácticas antisindicales (artículos 289 a 294 bis), definidas como aquellas acciones que atentan contra la libertad sindical (artículo 289, inciso 1° del Código del Trabajo) y, por otro, las prácticas desleales en la negociación colectiva (artículos 387 a 390), las que se pueden conceptualizar como las acciones que entorpecen la negociación colectiva y sus procedimientos (387 inciso 1° del Código del Trabajo)".

Respecto a las prácticas antisindicales, el Código del Trabajo, en su artículo 289, establece las prácticas desleales en que puede incurrir el empleador, señalando que "incurre especialmente en esta infracción:

a) el que obstaculice la formación o funcionamiento de sindicatos de trabajadores..."

Cabe señalar que, el legislador, al indicar "incurre especialmente en esta infracción", se está refiriendo a que la enumeración que hace la norma no es taxativa, por lo que la conducta antisindical se puede dar a través de muchas actuaciones, una de ellas es el supuesto considerado por el artículo 215 del Código del Trabajo, respecto a que la práctica antisindical haya implicado el despido del trabajador.

Desde una perspectiva colectiva, este principio de la libertad sindical se refiere a la necesaria autonomía de estas organizaciones en su formación y en el desarrollo de sus fines propios, razón por la cual los empleadores no deben interferir en la organización de los trabajadores.

En ese mismo sentido, dispone el artículo 215 del Código del Trabajo que “no se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical” y “se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo en cualquier forma, por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales”.

La práctica antisindical más radical, justamente se constituye con despidos masivos de sólo trabajadores sindicalizados, lo que entorpece e interfiere de manera directa en el funcionamiento de los sindicatos.

Cabe señalar que el principio de libertad sindical ha sido un principio que no sólo ha tenido una consagración en nuestro Código del Trabajo, sino que también ha sido reconocido en el Derecho Laboral Internacional. En efecto, en el Convenio 87 de la OIT, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, se protege esta garantía, y en su artículo 11, se indica expresamente lo siguiente: “Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio, se obliga a adoptar todas las medidas

necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.”

El Procedimiento de Tutela Laboral por vulneración a la libertad sindical, se regula en el artículo 292, incisos 3, y siguientes, del Código del Trabajo, y se entiende que es de aplicación común para conocer tanto prácticas antisindicales como desleales en los procedimientos de Negociación Colectiva. Esto, desde la mirada procesal laboral, se sustancia conforme las normas de los artículos 486 y siguientes del Código del Trabajo, la cual podrá ser invocada en su calidad de legitimador activo, tanto el trabajador mismo, como la organización sindical.

3.11.2.- Situaciones en que se entiende vulnerada esta garantía.

Al tenor de lo consagrado de manera tanto nacional como internacional, podemos entender que existe vulneración a la libertad sindical, en casos particulares, tales como el despido de un trabajador amparado por el fuero sindical: en este caso, el artículo 292 inciso 5° del Código del Trabajo, dispone que el juez, en su primera resolución, dispondrá de oficio o a petición de parte la inmediata reincorporación del trabajador a sus labores. Con todo, si la reincorporación del trabajador que goce de fuero sindical no se hubiese realizado antes, en ese caso el juez, en la sentencia que dicte estableciendo la existencia

de la práctica desleal, deberá ordenar dicha reincorporación con miras a hacer efectivo el efecto restitutorio al que ya nos referíamos.

Asimismo, se entiende constitutiva de prácticas atentatorias de la libertad sindical, toda conducta del empleador que obstaculice la formación o funcionamiento de sindicatos de trabajadores.

En consecuencia, se vislumbra una vulneración toda vez que no es posible el legítimo ejercicio de la libertad sindical, en su esfera individual (afiliarse a un sindicato) como en su esfera colectiva (negociar colectivamente).

3.11.3.- Jurisprudencia

l).- Caso de Jurisprudencia. Vulneración Libertad Sindical. ¹⁸⁰.

Partes: SAAM. S.A. c/ Vera Inostroza, Segundo.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Fecha: 22 de junio de 2009.

Rol: S- 02-2008

¹⁸⁰ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>

1.- Corresponde acoger la denuncia interpuesta por el trabajador en contra de la empresa empleadora, en cuanto se declara que la conducta denunciada constituye lesión de la garantía fundamental de la libertad sindical, condenándose a la denunciada al pago de una multa de 70 UTM, la que deberá enterarse por ésta en arcas fiscales, ejecutoriada que sea la presente sentencia.

2.- La libertad sindical está consagrada en la Constitución Política de la República y regulada en el Código del Trabajo y en los Convenios Básicos de Libertad Sindical 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo, formando éstos parte del derecho interno al haberse ratificado conforme al ordenamiento constitucional y a las normas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece los mecanismos de tutela cuando se trate de actos que perturben el ejercicio de los derechos de libertad sindical.

3.- En circunstancias que el despido del que fue objeto el actor, fue fruto de la decisión del empleador de prescindir de éste dependiente, luego de tomar conocimiento del resultado de la investigación de la comisión revisora de cuentas, órgano interno y autónomo de la organización sindical, la que arribó a la conclusión que en hechos irregulares relativos a la administración de un convenio con una farmacia, le habría cabido responsabilidad al actor. Este hecho,

constituye injerencia en los derechos de la entidad sindical a organizar su administración y actividades, y lesiona por tanto la libertad sindical.

4.- Habiendo ejercido el actor el derecho a opción a que se refiere y en las condiciones señaladas, se condena a la denunciada a pagar al actor una indemnización equivalente a nueve meses de su última remuneración mensual, habiéndose acreditado, que a la fecha del despido el actor se encontraba amparado por fuero sindical residual, el despido del que fue objeto es nulo al constituir un ilícito toda vez que se llevó a efecto sin solicitar y obtener la autorización judicial a que se refiere el artículo 174 del Código del Trabajo, por lo que al dictar sentencia el Tribunal deberá ordenar su reincorporación y el pago de las prestaciones laborales en los términos del artículo 292 del Código del Ramo, bajo el apercibimiento legal allá establecido.

5.- Naciendo de una sentencia dictada en dichos términos, el derecho del trabajador para optar entre la referida reincorporación y el pago de las indemnizaciones a que se refiere el inciso 3º del artículo 489 del citado cuerpo legal, lo que se hará en forma incidental, habiendo, como queda establecido en el presente juicio, el actor suscrito finiquito ratificado ante Notario, en el que se solucionaron, sin reserva, las indemnizaciones a que se refiere el artículo 162 y 163 del Estatuto Laboral y habiendo, además, demandado en su libelo el pago

de la indemnización a que se refiere el mencionado artículo 489 inciso 3º, se tiene por ejercido el derecho a opción referido.

II).- **Caso de Jurisprudencia. Vulneración Libertad Sindical¹⁸¹**.

Partes: Inspección Provincial del Trabajo de Santiago c/ Emergia Contac Center SL Chile Ltda.

Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Fecha: 9 de abril de 2010.

Rol: S- 02-2010.

1.- Todos los hechos acreditados por el denunciante y sindicato afectado son indicios indicativos de lo mismo, de la afectación a la libertad sindical, por medio de la afectación de sus afiliados, ya que las conductas del empleador no sólo vulneraron el actual quórum de la organización sindical, sino que también las posibles nuevas afiliaciones.

2.- Corresponde acoger la denuncia por práctica antisindical interpuesta por la Inspección del Trabajo, toda vez que concurren indicios suficientes para presumir la existencia de conductas lesivas a la libertad sindical, esto es, actos de injerencia sindical y discriminaciones indebidas entre trabajadores, con el fin

¹⁸¹ Sentencia disponible en sitio web < <http://microjuris.cl/>>.

de desincentivar la afiliación del sindicato afectado, hipótesis asimilables a la letra a) del artículo 289 del Código del Trabajo, efectuados por el empleador con el sólo objeto de disminuir la fortaleza de dicho sindicato luego del proceso de negociación colectiva, el cual llegó incluso al ejercicio del derecho legal de huelga por parte de los trabajadores. Así, se constató que el sistema de justificación de inasistencias en la empresa siempre fue vía certificado médico o licencia médica, lo que se modificó alterando el Reglamento Interno de la misma, documento que fue presentado a la Inspección del Trabajo, pero no al sindicato de empresa sino hasta un mes después. Después del proceso de negociación colectiva, finalizado con la firma del contrato colectivo y una vez terminado el fuero laboral, la empresa despide una gran cantidad de trabajadores, en su mayoría por ausencias injustificadas, todos los cuales habían presentado certificados médicos que antes se recibían y ahora no. Los despidos por ausencias injustificadas se han seguido produciendo, ya que la empresa no recibe certificados médicos, amparada en el nuevo Reglamento Interno, el que fue impugnado por los trabajadores ante la Inspección del Trabajo. En tal sentido, todos los indicios son indicativos de lo mismo, de la afectación a la libertad sindical, por medio de la afectación de sus afiliados, ya que las conductas del empleador no sólo vulneraron el actual quórum de la organización sindical, sino que también las posibles nuevas afiliaciones.

3.- Las prácticas antisindicales se sustanciarán conforme a las normas del Procedimiento de Tutela Laboral, cobrando importancia, desde un punto de vista

probatorio, ya que conforme al artículo 493 del mencionado Código, cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de Derechos Fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Dicha norma legal ha sido interpretada por la doctrina, como una reducción o rebaja probatoria favorable al denunciante, por la cual si bien no existe una verdadera inversión de la carga probatoria, éste sólo debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la conducta lesiva, para que el denunciado deba en ese caso, probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables. Por tanto, habiendo la denunciante acreditado indicios suficientes de la existencia de conductas lesivas a la libertad sindical, correspondía a la denunciada desvirtuar lo anterior, dando cuenta de la existencia de despidos de trabajadores no sindicalizados, sin embargo, lo anterior no desvirtúa el hecho de que la mayoría de los despidos hayan afectado a trabajadores sindicalizados, existiendo una desproporción considerable entre los despidos de trabajadores sindicalizados y de aquellos que no lo eran. Respecto de que los despidos, obedecieron únicamente a causales legales objetivas, en particular a la del artículo 160 N°3 del Código del Trabajo, aplicada en razón de una política de la gerencia de la empresa, destinada a frenar el gran ausentismo laboral, el que provocaba grandes daños a la productividad de la misma. La denunciada no incorporó informe alguno que sustentara su afirmación, en cuanto a la existencia de un gran ausentismo laboral y la necesidad de modificar el

reglamento interno con el objeto de impedirlo. Asimismo, no logró explicar la oportunidad de la medida, lo que dice relación también con su proporcionalidad, pues no acreditó por qué debía modificarse el Reglamento Interno de la empresa justo en los momentos en que se desarrollaba el proceso de negociación colectiva y además, sin el conocimiento del sindicato participante en dicho proceso. Por tanto, se tiene por acreditada la existencia de conductas lesivas de la libertad sindical, debiendo acoger la denuncia por práctica antisindical.

4.- En cuanto a la multa a aplicar en la especie, de conformidad al artículo 292, inciso primero, del Código del Trabajo, que la gravedad de las infracciones dicen relación con los efectos perniciosos de las mismas, los que en la especie se extienden a muchos trabajadores, a aquellos directamente afectados mediante la modificación al Reglamento Interno de la empresa y mediante los despidos y también a aquellos que se han visto disuadidos de afiliarse al sindicato denunciante producto de lo anterior. Por otra parte, se acreditó que no obstante encontrarse el nuevo Reglamento Interno de la empresa impugnado ante la Inspección del Trabajo, ésta no varió su posición, aplicando igualmente el nuevo reglamento y desvinculando trabajadores sindicalizados en base a ello, demostrando con ello contumacia en su actuar, razón por la que se aplicará la sanción en su máximo legal.

4.- PROTECCION A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LEGISLACION EXTRANJERA.

4.1 Análisis del proceso laboral español

Podemos señalar que el arranque del Procedimiento de Tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales en España, se vislumbra en lo prescrito por el artículo 53.2 de la Constitución Española de 1978, la cual indicaba ya claramente que, “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

Del claro tenor de la norma con rango constitucional, transcrita en el párrafo anterior, encontramos que ya en esa época existía un antecedente para la protección de los trabajadores, sin embargo, tal disposición era bastante ambigua en cuanto a su sentido y alcance puesto que no dejaba claro si trabajador se encontraba protegido en su calidad de tal o solo como persona.

Este vacío legal vino a aumentar con la dictación de la ley 62 de 1978¹⁸², la cual acota la tutela judicial de los Derechos Fundamentales a sólo tres vías. La primera de ellas, relativa a la Garantía Jurisdiccional Penal; la segunda, concerniente a la Garantía Contenciosa- Administrativa, y por último, una tercera vía vinculada a Garantías Civiles, situación que no hace más que evidenciar el olvido que existía en relación a la protección de Derechos Fundamentales en la esfera laboral.

Como podemos apreciar, no obstante la existencia de las dos normas señaladas; una de ellas de rango constitucional, y la otra de rango preconstitucional, ninguna de ellas abarcaba, en forma directa, la protección de los Derechos Fundamentales de los trabajadores.

Frente a este vacío legal, en el año 1983, el Tribunal Constitucional¹⁸³, señaló lo siguiente, “el cauce natural de protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales debía ser el orden social de la jurisdicción por medio del procedimiento laboral”; lo que sembró aún más incertidumbre, en relación a la esfera de protección de los derechos de los trabajadores. De esta forma, persistió el vacío legal que provenía desde la Constitución Española,

¹⁸² ESPAÑA. Jefatura del Estado. 1978. Ley 62: Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Diciembre de 1978. (Vigente hasta el 28 de Abril de 2003).

¹⁸³ BAYLOS, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. 1995. Instituciones del Derecho Procesal Laboral. Madrid, Trotta.198p.

pasando por la ley, y concretándose con las declaraciones del Tribunal Constitucional.

Uno de los principios jurídicos básicos en que se basó el sistema de relaciones laborales en España, se encuentra contenido en el artículo 28.1 de la Constitución Española de 1978¹⁸⁴, el que reconoce el derecho de libertad sindical, como un Derecho Fundamental; señalando que “Todos tienen derecho a sindicarse libremente”, de lo que se desprende que dicha norma “estableció ciertas pautas básicas de la tutela judicial de la libertad sindical, como una de las manifestaciones típicas de los Derechos Fundamentales y libertades públicas en el desarrollo de las relaciones laborales. Sin embargo, las buenas intenciones de partida de la ley de Libertad Sindical provocaron el efecto perverso de hacer creer que eran sólo los derechos de la libertad sindical los que requerían de un proceso especial, cuando el artículo 53 de la Constitución Política está concebido para cualquier tipo de violación de un Derecho Fundamental o libertad pública¹⁸⁵”.

¹⁸⁴ Artículo 28.1 “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.”

¹⁸⁵ BAYLOS, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. 1995. Instituciones del Derecho Procesal Laboral. Madrid, Trotta.198p.

No fue sino hasta la dictación de la Ley de Procedimiento Laboral¹⁸⁶, que se estableció en forma expresa, por medio del Título V, “De la Tutela de Derechos de la Libertad Sindical”, el que los tribunales del trabajo eran los competentes para conocer sobre las lesiones a la libertad sindical y demás Derechos Fundamentales y libertades públicas. Ahora bien, no obstante que la dictación de dicha norma significó un gran avance en materia de protección de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, seguía teniendo un carácter restrictivo, toda vez que sólo abarcaba la protección del Derecho a la Libertad Sindical.

Posteriormente, en el año 2003, se vio ampliamente incrementado el catálogo de garantías protegidas, al incluir un nuevo artículo 181 a la Ley de Procedimiento Laboral Español¹⁸⁷ que señala, “Las demandas de tutela de los demás Derechos Fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o Derechos Fundamentales que se estimen infringidos”.

¹⁸⁶ ESPAÑA. Ministerio de Justicia e Interior. 1995. Decreto Real Legislativo 2: aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). Abril 1995.

¹⁸⁷ Se modifica por el art. 40.2 de la Ley 62 del 30 de diciembre de 2003. Ref. BOE-A-2003-23936.

Luego, y de forma más profunda, se produce una modificación con raíces más garantistas, al dictarse la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social¹⁸⁸, que reemplazó a la Ley de Procedimiento Laboral Español, disponiendo en su preámbulo que “El ordenamiento laboral regula un ámbito fundamental de las relaciones sociales, esencial para el desarrollo económico y el bienestar de la sociedad. La naturaleza singular de las relaciones laborales y sus específicas necesidades de tutela explican y justifican la especial configuración de la tradicionalmente conocida como rama social del Derecho. La articulación de las relaciones laborales a partir de desiguales posiciones negociadoras influidas por el contexto socioeconómico, la multiplicidad de formas en las que se sustancian esas relaciones o la importancia de la negociación colectiva, constituyen peculiaridades sobresalientes con trascendencia en el terreno normativo, tanto sustantivo como procesal”.

Conforme a lo anterior, la nueva Ley Reguladora de Jurisdicción Social, contempla un Capítulo XI, Título II, artículos 177 a 184 denominado “De la Tutela de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas”., señalando en su artículo 177, a propósito de la legitimidad de la tutela, que “Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros Derechos Fundamentales y

¹⁸⁸ ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2011. Decreto Real Legislativo 36: Regulador de la jurisdicción social. Octubre 2011.

libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”.

Esta nueva incorporación y modificación normativa, viene a ofrecer una mayor y mejor protección a los trabajadores y a los beneficiarios de la Seguridad Social, fortaleciendo la tutela judicial en un espacio vertebrador de la vida social y económica.

Concluyendo este hilo de ideas, el catálogo contemplado en la Constitución Española, consagra los siguientes derechos:

1. Derecho de Libertad Sindical y Huelga;
2. Derecho a la Vida e Integridad física y moral; a la igualdad y no discriminación;
3. Derecho a la Libertad Ideológica y Religiosa;
4. Derecho al Honor;
5. Derecho a la Intimidad personal y a la propia imagen;
6. Derecho a la Libertad de Expresión;

7. Derecho a la Libertad de Información;
8. Derecho de Reunión;
9. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva; y
10. Derecho de Educación.

En contraste con su homólogo, el artículo 485 del Código del Trabajo Chileno, al establecer las garantías protegidas de los trabajadores, se remite a aquellos derechos consagrados en la Constitución de la República, específicamente a los siguientes:

1. Derecho a la Vida;
2. Derecho a la Integridad Física y Psíquica;
3. Derecho a la Intimidad y Respeto a la Vida Privada;
4. Derecho al Honor;
5. Derecho a la Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada;
6. Derecho a la Libertad de Conciencia;
7. Derecho a la Manifestación de la creencias y al Libre ejercicio de todos los cultos;
8. Derecho a la Libertad de Expresión;
9. Derecho a Opinión e Información sin censura previa;
10. Derecho a la Libertad de Trabajo y de contratación laboral;
11. Derecho a la no Discriminación, incluida la Garantía de Indemnidad y la Libertad Sindical.

4.1.1 Influencia de la legislación española en la discusión del Proyecto de Ley N°20.087.

El artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, asegura la “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, agregando que 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”.

El precepto continua garantizando “la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárseles por sí mismos”.

Por último, la carta fundamental, vigilando por la intervención del juez natural y del debido proceso prescribe que “nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”, y que toda “sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, correspondiendo “al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Asimismo, el artículo 76 de la Constitución Política, dispone que la “facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, no pudiendo ni el Presidente de la República ni el Congreso, en caso alguno, revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones de los tribunales o hacer revisar procesos fenecidos.

De esta manera, nuestra Carta Magna consagra el derecho al Debido Proceso, entendido como un procedimiento e investigación racionales y justos; garantía consagrada a nivel internacional conocida como Debido Proceso Legal, de rango Supraconstitucional, contemplado en el artículo 8 del pacto de San José de Costa Rica, y comúnmente definido como el “conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.

La legislación laboral, y en consecuencia, todos los procedimientos de esta índole, se enmarcan dentro de esta figura del Debido Proceso Legal, reconocido a nivel local como un procedimiento racional y justo.

De conformidad a lo anterior, para hablar de la existencia de un debido proceso, se deben cumplir, a lo menos, las siguientes condiciones:

a) Derecho a la igualdad en el proceso.

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos reconocidos en ella y “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”.

En igual sentido, en su artículo 24 reconoce que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”

b) Acceso a la jurisdicción.

Toda persona tiene la facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado, para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión.

Siguiendo en esta línea, el artículo 8.1 de la Convención Americana, establece el derecho de toda persona a ser oída, por un juez o tribunal competente, para la resolución de sus controversias.

c) Derecho al plazo razonable de duración de un proceso.

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y “dentro de un plazo razonable”, derecho exigible en todo tipo de proceso judicial y que, sin duda, es la pretensión legislativa a la que se aspira en Chile con la introducción de una secuela de reformas laborales.

d) Derecho de defensa.

El artículo 8.2 de la Convención establece un conjunto de garantías mínimas que permiten asegurar el derecho de defensa en el marco de los procesos penales, pero que, considerando el carácter protector del Derecho del Trabajo, es posible hacer aplicables a los procedimientos laborales.

e) Derecho a recurrir de la sentencia ante tribunal superior.

A ese respecto, el artículo 8.2., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece dentro de las garantías de todo proceso, específicamente en su letra h), el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

f) Tribunal competente, independiente e imparcial.

El juez o tribunal encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana.

El cumplimiento de las exigencias antes señaladas permite garantizar el correcto respeto de los derechos y obligaciones de las personas, exigencias que deben estar presente en todos los órganos del Estado que ejercen función jurisdiccional, según lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Partiendo de este concepto necesario de Debido Proceso, poco cercano al ámbito laboral y, en especial, a la realidad que vivían los trabajadores en la defensa de sus derechos, comienza en nuestro país una etapa de discusiones, estudios e investigaciones que dan inicio al debate en torno a una reforma laboral, que exigía ser propuesta.

Así, el propio Gobierno, dando inicio a lo que sería una etapa de debate, expone a través de Mensaje Presidencial¹⁸⁹, lo siguiente, “El Gobierno que

¹⁸⁹ Historia de la Ley N°20.087. Mensaje N°4-350 de S.E el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, Santiago, 22 de septiembre de 2003.

presido se fijó desde sus inicios, como una de sus prioridades, una gran reforma al mundo del trabajo. Después de tres años, somos testigos de los importantes logros que hemos alcanzado en la materia...”. Continua en su exposición “Sin embargo, esos esfuerzos requieren complementarse con que todos los trabajadores tengan acceso a una justicia laboral eficiente y expedita. La plena vigencia de los derechos laborales requiere como conditio sine qua non, no sólo un reconocimiento normativo sino que también, y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional idóneos y eficaces. Es en el marco democrático donde se van construyendo garantías efectivas de una mejor protección de los derechos laborales”.

El antiguo sistema presentaba un panorama casi opuesto a lo que se aspiraba con la reforma en esta materia; deficiente y en ocasiones paradójica a las garantías y derechos consagrados tanto en nuestra Constitución Política como en las Convenciones aplicables y ratificadas por Chile. Dicha situación fue detectada por las autoridades de la época, quienes haciendo un profundo análisis, diagnosticaron que, “...existe consenso a nivel de los ciudadanos y de los operadores del Derecho Laboral, de las falencias de nuestra justicia del trabajo. En efecto, la percepción de la comunidad jurídica laboral es que el acceso a la justicia laboral y previsional y su funcionamiento, plantean serios problemas de equidad y de efectiva vigencia del derecho, en razón de las insuficiencias que presenta, afectando principalmente a quienes recurren ante el órgano

jurisdiccional, normalmente trabajadores que han perdido su empleo y que carecen de los medios necesarios para el sustento familiar”. Continúa el mensaje Presidencial señalando, “El sistema vigente, caracterizado por la excesiva tardanza en la tramitación de los procesos laborales, producto tanto de la insuficiente cobertura de los tribunales como por la propia conformación del procedimiento, plantean serias dificultades en relación con el debido acceso a la justicia por parte de los trabajadores, produciendo con ello sentimientos de frustración y desencanto y la sensación de que aquellos derechos que les son reconocidos en la práctica se transforman en letra muerta”¹⁹⁰.

Es por ello, que se hizo patente e impostergable la necesidad de introducir profundas transformaciones en el sistema de la justicia laboral y previsional chileno.

En este contexto de desaliento laboral, el Gobierno, en conjunto con el Presidente de la Excelentísima Corte Suprema y con la cooperación de la Organización Internacional del Trabajo, convocaron, a mediados del año 2000, a un Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional, cuya tarea esencial se orientó a la elaboración de una propuesta que debía dar cuenta de los

¹⁹⁰ Historia de la Ley N°20.087. Mensaje N°4-350 de S.E el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, Santiago, 22 de septiembre de 2003.

parámetros deseables y posibles entre los que habría de desarrollarse esta tarea de tanta trascendencia.¹⁹¹.

Durante la realización del Foro, se examinaron experiencias extranjeras para ver si tales situaciones fácticas podían tener una visión distinta y resultar aplicables en nuestro país. Así por ejemplo, el modelo español mantuvo una fuerte influencia en el sistema que finalmente se aprobó. En el análisis desarrollado se observó en gran medida lo sucedido en España, considerando especialmente los principios y lógica interna que rigen dicho modelo, y que posteriormente serían los mismos que se recogieron, primero, en el Proyecto de Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales chileno, y que se plasmaron por último en la ley finalmente aprobada, N°20.087.

Asistieron al Foro antes mencionado ministros de la Corte Suprema (representada por el señor Libedinsky), de la Corte de Apelaciones de Santiago, (representada por los señores Juica y Cisternas); Jueces del Trabajo de Santiago (representados por la señora Elsa Barrientos), y San Miguel (señora Ana Maria Arratia), representantes de la Organización Internacional del Trabajo, unos 50 abogados especialistas, más funcionarios de los Ministerios de Justicia y del Trabajo, bajo la dirección del profesor Patricio Novoa Fuenzalida.

¹⁹¹ Historia de la Ley N°20.087. Mensaje N°4-350 de S.E el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, Santiago, 22 de septiembre de 2003.

El objetivo principal fue discutir hacia qué, cuándo y cómo debía cambiar la situación laboral reinante en la época, de manera de garantizar los Derechos Fundamentales inherentes a todo trabajador al interior de la empresa, entre otros.

Es en el año 2001, donde podemos encontrar los primeros inicios de una discusión en el plano laboral, con el fin de obtener una mayor eficacia en la protección de los Derechos Fundamentales del trabajador. Lo anterior, se ve reflejado en dos normas materializadas en el Código del Trabajo; la primera de ellas corresponde al artículo 5, inciso primero¹⁹², que establece como límite al poder de dirección del empleador, el respeto a las garantías constitucionales del trabajador, la segunda, corresponde al artículo 486, que dice relación con la protección de prácticas desleales y antisindicales.

Indica a este respecto el profesor Ugarte, “desde la reforma laboral del 2001 (Ley N°19.759), el Derecho del Trabajo ha comenzado a expandirse, asumiendo especial preocupación por los Derechos Fundamentales específicos del trabajador, especialmente por la libertad sindical, e intentando poner a tono nuestra regulación legal con las normas constitucionales e internacionales sobre la materia. Pero también con los Derechos Fundamentales inespecíficos del trabajador, especialmente con la promulgación de la reforma procesal laboral

¹⁹² Artículo 5°, inciso primero “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos”.

(Ley N°20.087), incorporando al ámbito procesal el inédito terreno de la ciudadanía al interior de las empresas.”¹⁹³

Sin embargo, se observó durante el periodo de aplicación de estas normas, sobre todo en lo que respecta a los límites del empleador, que tampoco resultaban realmente eficaces para hacer exigibles esos derechos por parte del trabajador. El énfasis puesto en la norma citada, en lo que respecta a la especial afectación a la intimidad, la vida privada o la honra de los trabajadores, tuvo en cuenta la especial vulneración que en la práctica se ha apreciado respecto de tales garantías por parte de los empleadores.

El proyecto de reforma estaba siendo desarrollado por el Gobierno junto con el aporte de aquellos que participaron en el Foro, quienes ayudaron a construir los pilares de la futura reforma a la justicia laboral, la cual se construyó a través de tres proyectos de ley sometidos a discusión parlamentaria, resultando aprobadas tres leyes relacionadas directamente con la Reforma Laboral, a saber:

a) Ley N°20.022, que crea Juzgados Laborales y Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional en las comunas que indica, publicada el 30 de mayo de 2005.

¹⁹³ UGARTE, J.L.2007. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. Revista de Derecho 20 (2): 49 y 67p.

b) Ley N°20.023, que modifica la Ley N°17.322, el Código del Trabajo y el D.L 3.500 de 1980, publicada el 31 de mayo de 2005.

c) Ley N°20.087, que sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el Libro V, del Código del Trabajo, publicada el 3 de enero de 2006.

En forma posterior, con el objeto de complementar y modificar las tres normativas antes mencionadas, y para lograr una mejor implementación de la llamada “Nueva Justicia Laboral”, se dictaron cuatro nuevas leyes.,

El Congreso Nacional confirmó una reforma histórica, al aprobar proyectos de ley que reformaron íntegramente la Justicia Laboral y Previsional en Chile, una de las reformas más trascendentales en la legislación social chilena.

La Nueva Justicia Laboral apunta a la existencia de una justicia rápida y eficiente, que resguarde efectivamente los derechos de los trabajadores. Es decir, verdadera justicia, o justicia al alcance de todos.

En lo atinente al presente trabajo, la dictación de la Ley N°20.087, (posteriormente modificada por la Ley N°20.260¹⁹⁴), incorporó, al Capítulo II del

¹⁹⁴ Publicada con fecha 29 de marzo de 2008.

Código del Trabajo¹⁹⁵, un nuevo Párrafo 6°¹⁹⁶, denominado “Del Procedimiento de Tutela Laboral”, lo que refleja plenamente el espíritu pretendido por el ejecutivo, cuando señalaba por medio del Mensaje Presidencial que, “Uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona.... Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los Derechos Fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas¹⁹⁷”.

La incorporación del Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral estuvo presente en las distintas discusiones parlamentarias, pudiendo destacar, a propósito de la incorporación del artículo 485, el siguiente comentario “Esta disposición fue objeto de discusión al interior de la Comisión. Algunos Diputados señalaron que es impropio considerar que se vulneren Derechos Fundamentales de los trabajadores cuando el empleador hace uso de las facultades que la ley le otorga para realizar su actividad empresarial. Por ello, se propuso precisar que cuando en el ejercicio ‘abusivo’ o ‘malicioso’ de tales facultades empresariales se vulneren los Derechos Fundamentales, será pertinente ejercer las acciones contempladas para este procedimiento.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ Capítulo II “De los principios formativos del proceso y del procedimiento en juicio del trabajo”.

¹⁹⁶ Artículos 485 a 495.

¹⁹⁷ Historia de la Ley N°20.087. Mensaje N°4-350 de S.E el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, Santiago, 22 de septiembre de 2003.

¹⁹⁸ Idem.

Por medio de la incorporación del nuevo párrafo 6°, se buscaba principalmente asegurar la efectividad de los Derechos Laborales y de Seguridad Social, traduciéndose esto en la búsqueda constante de elementos que perfeccionen las relaciones laborales y establezcan los debidos marcos de protección a los trabajadores, tanto en su calidad de trabajadores propiamente tal, como en la de ciudadanos, lo que sólo se puede lograr a través de una administración de justicia laboral eficiente y eficaz.

Este objetivo medular fue recogido por el informe final, emitido en relación a la propuesta de reforma, que tuvo en cuenta el Gobierno de la época, informe que apuntó fuertemente al modelo español; país que como se determinó en puntos anteriores, había introducido el Procedimiento de Tutela a su Estatuto Laboral.

Conforme a lo anterior, continúa el mensaje presidencial, “Las experiencias comparadas dan cuenta de las ventajas que supone para toda sociedad contar con procedimientos jurisdiccionales, particularmente en el orden laboral, que se caractericen por la celeridad, la inmediatez y la concentración, lográndose en ellos importantes niveles de pacificación de las relaciones laborales y, por sobre todo, alcanzándose un alto nivel de legitimidad entre los justiciables, que ven en los órganos jurisdiccionales un medio adecuado para canalizar los conflictos y lograr la plena efectividad del derecho”.

Así, en los objetivos tenidos a la vista para la incorporación de este sistema de mejoras en las relaciones laborales, destaca aquel señalado en el proyecto de ley, consistente en “diseñar un modelo concreto de tutela de los Derechos Fundamentales en el seno de las relaciones laborales”, decidiendo finalmente que: “Teniendo en cuenta las consideraciones esbozadas, se ha estimado de vital importancia, siguiendo muy de cerca las experiencias comparadas, diseñar un modelo concreto de tutela de los Derechos Fundamentales al interior de la empresa a través de un procedimiento especial que dé cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección”¹⁹⁹.

Lo anterior, no es si no referencia directa al modelo español, el que en forma previa había sido sometido a ésta discusión, debate y propuesta, bajo la misma problemática que se planteaba recién en nuestro país.

Tal como lo señaló el profesor Ugarte²⁰⁰, “La reforma procesal laboral implementada por la Ley N°20.087 (DO. de 3 enero de 2006) y en particular el Procedimiento de Tutela, es el primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio los denominados Derechos Fundamentales inespecíficos de los trabajadores –derechos constitucionales no propiamente laborales- ,

¹⁹⁹ Historia de la Ley N°20.087. Mensaje N°4-350 de S.E el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, Santiago, 22 de septiembre de 2003.

²⁰⁰ Ugarte, J.L. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. Santiago. Legal Publishing. 20p.

comenzando poco a poco desmontarse lo que podríamos denominar el modelo cerrado de empresa, entendido como un espacio jurídico privado donde la acción de los derechos sólo quedaba restringida al cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público, expuesto al efecto expansivo de los Derechos Fundamentales”.

4.2 Experiencia en otras legislaciones

4.2.1.- Experiencia Italiana

El modelo Italiano de relaciones laborales, tanto en la esfera individual como colectiva, se caracteriza por una intervención mínima del legislador, dejando, por regla general, a la libertad de las partes contratantes la determinación de las normas que rigen la relación de trabajo, lo que se conoce como Principio de Autonomía Colectiva. Cuando ha intervenido el legislador, lo ha hecho, en la mayoría de los casos, elevando a rango de ley las cuestiones ya recogidas en acuerdos nacionales o en otros acuerdos de ámbito inferior.²⁰¹.

²⁰¹ GÓMEZ, S. y PONS, M. 1994. Las relaciones laborales en Italia. Documento de Investigación N°280. Barcelona. Universidad de Navarra. 7p.

La fuente jurídica más importante que rige el Derecho Italiano en el ámbito de las relaciones laborales, corresponde al Statuto dei Lavoratori o Estatuto de los Trabajadores²⁰², promulgado a raíz del llamado “Otoño Caliente Italiano” de 1969, generando un giro en el ámbito laboral. Desde la dictación del Estatuto de los Trabajadores, el legislador italiano ha mantenido un comportamiento neutral ante los actores sociales, esto es trabajadores- empresariado, interviniendo toda vez que encuentra debilidad contractual, lo que claramente recae sobre la figura de los trabajadores; siendo esta la manera en que el legislador italiano actúa en la tutela de los derechos de los trabajadores.

El Estatuto de los Trabajadores regula principalmente la libertad sindical del trabajador, estableciendo la presencia sindical en el núcleo de la empresa, lo que apunta principalmente a potenciar una negociación colectiva efectiva, otorgando mayor representatividad a los trabajadores.

Dentro del Estatuto de los Trabajadores existe un marco de normas dirigidas a otorgar una protección mínima al trabajador, así el Título I del referido cuerpo legal, denominado “Della liberta e dignita del lavoratore”, consagra el derecho a la libertad y dignidad del trabajador,²⁰³ contemplando en sus artículos 1 al 13, un

²⁰² ITALIA. 1970. Ley N°300: Statuto dei Lavoratori. Mayo 1970. [en línea] <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/statuto-dei-lavoratori>> [consulta: 11 noviembre 2014]

²⁰³ ITALIA. 1970. Ley N°300: Statuto dei Lavoratori. Mayo 1970. [en línea] <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/statuto-dei-lavoratori>> [consulta: 11 noviembre 2014]

catálogo de derechos de los trabajadores, el que puede considerarse similar al artículo 485 del Código del Trabajo. A continuación, en el Título II, “Della liberta sindacale”, consagra el derecho a la libertad de sindicalización en el trabajo, en su esfera de asociación propiamente tal.

La Constitución de la República Italiana²⁰⁴, por su parte, contiene algunas declaraciones de principios laborales, como se observa en las siguientes disposiciones: artículo 1: “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”; artículo 2: “La republica reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad...”; artículo 4: “La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho” y el artículo 35 dispone que “La República protegerá el trabajo en todas sus formas y aplicaciones”.

Existen además, otras normas consagradas a nivel constitucional que se destacan por su efectividad, toda vez que tiene un uso más práctico, siendo mencionadas constantemente en la jurisprudencia por ejemplo el artículo 36²⁰⁵

²⁰⁴ITALIA. 1947. Constitución de la República Italiana. [en línea] <<http://wwwext.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>> [consulta: 3 octubre 2014]

²⁰⁵ Artículo 36 Constitución de la República Italiana: “El trabajador tendrá derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa. Se determinará por la ley la duración máxima de la jornada de trabajo. El trabajador tendrá derecho al descanso semanal y a vacaciones anuales pagadas y no podrá renunciar a estos derechos”.

en relación al salario mínimo, jornada de trabajo y vacaciones semanales y anuales; artículo 37²⁰⁶, relativo a la protección de las mujeres y los menores en el trabajo; artículo 38²⁰⁷, sobre la seguridad social para la vejez, enfermedad, invalidez, enfermedades y accidentes laborales, entre otros; artículo 39²⁰⁸, sobre la libertad de asociación; y finalmente el artículo 40²⁰⁹ sobre el derecho a huelga.

En este sentido, Daniela Marzi²¹⁰, a propósito del modelo de Laboralización en Italia, señala que, “El sistema laboral italiano carece de una acción como la de protección del artículo 20 de la Constitución Política chilena o la de tutela de Derechos Fundamentales. Una explicación posible se encuentra en que el modelo italiano se funda en la tutela de los trabajadores por la vía sindical y, en

²⁰⁶ Artículo 37 Constitución de la República Italiana: “La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma retribución que el trabajador. Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada. La República establecerá el límite máximo de edad para el trabajo asalariado. La República protegerá el trabajo de los menores con normas especiales y les garantizará, para trabajos iguales, el derecho a la igualdad de retribución”.

²⁰⁷ Artículo 38 Constitución de la República Italiana: “Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la asistencia social. Los trabajadores tendrán derecho a que se prevean y garanticen los medios proporcionados a sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez y ancianidad y desempleo involuntario. Los incapacitados y los minusválidos tendrán derecho a la educación y a la formación profesional. Las tareas previstas en el presente artículo serán asumidas por órganos e instituciones constituidas o complementadas por el Estado. Será libre la asistencia privada.”

²⁰⁸ Artículo 39° de la Constitución de la República Italiana: “La organización sindical será libre. No se podrá imponer a los sindicatos otra obligación que la de registrarse ante departamentos locales o centrales, según lo que la ley disponga. Será condición para el registro que los estatutos de los sindicatos sancionen un régimen interior fundado en los principios democráticos. Los sindicatos registrados tendrán personalidad jurídica y podrán, representados unitariamente en proporción a los respectivos afiliados inscritos, concertar convenios colectivos de trabajo con efectos obligatorios para todos los pertenecientes a las categorías a que se refiera el convenio”.

²⁰⁹ 28) Artículo 40 de la Constitución de la República Italiana: “El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulen”.

²¹⁰ Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valparaíso.

cuanto a los Derechos Fundamentales inespecíficos, éstos tienen cierta cobertura a nivel de legalidad ordinaria en base a lo establecido en el Statuto dei Lavoratori de 1970, cuyo nombre mucho dice sobre sus ejes “Normas sobre la tutela de la libertad y dignidad de los trabajadores, de la libertad sindical y de la actividad sindical en los lugares de trabajo y normas sobre colocación”. Esta normativa logró evolucionar y resistir bastante bien al paso del tiempo, dentro de la combinación de protección legal y una tutela autónoma fuerte de las organizaciones sindicales. Con lo hasta aquí explicado, se apreciará que las distancias entre el modelo descrito y el chileno son largas y ancha²¹¹.

En este contexto de ideas, la organización Internacional del Trabajo también ha hecho mención a la existencia de tribunales laborales, los cuales forman parte de la organización del sistema general de tribunales civiles, pero siguen un procedimiento especial²¹².

Siguiendo con la solución de conflictos laborales en el modelo italiano, en el año 1893 se estableció una jurisdicción especial sobre cuestiones laborales, con una ley que introducía un "Consiglio dei Probiviri"²¹³, formado por representantes

²¹¹ MARZI MUÑOZ, D. 2014. Tutela de Derechos Fundamentales en el sector público: algunos hitos del esperado cambio de criterio.

²¹² Información disponible en sitio web <<http://www.ilo.org/>>

²¹³ En español, Concilio de Árbitros.

de trabajadores y de empleadores, para casos menores. Luego, con la reforma del año 1926, se trasladaron todos los casos a jueces profesionales, permaneciendo así hasta la actualidad. En forma posterior, en el año 1973, se dicta la Ley N°533, la cual prevé unas normas de procedimiento especiales que disminuyen la escrituración en los juicios laborales, aumentando la participación de los litigantes y dando mayor celeridad a los juicios²¹⁴.

Finalmente, cabe mencionar que en el modelo Italiano no existe ningún procedimiento para la solución de conflictos de naturaleza colectiva, excepto por la posibilidad, introducida por la Ley N°80 de 1998, de solicitar al Tribunal Supremo la inmediata interpretación de un convenio colectivo firmado por el sindicato de funcionarios.

4.2.1.1.-Garantías protegidas en el derecho italiano

El Estatuto de los Trabajadores o Statuto dei Lavoratori, fue modificado en el año 2012, por medio de la dictación de la Ley N°92 del 28 de junio del mismo año, comúnmente denominada “Ley de Empleo de Renzi”, que modificó, entre otros, el artículo 18 del Estatuto, generando una fuerte ola de críticas, por cuanto

²¹⁴ Ideas extraídas del texto: DE MATTEIS, A., ACCARDO, P Y MAMMONE, G. Perfil de derecho Laboral nacional: Italia. [en línea] <http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159153/lang--es/index.htm>

dicho artículo impedía el despido de trabajadores con contrato indefinido, a menos de existir casusa justificada, y en caso de ser despedido, establecía el derecho del trabajador para acudir a los tribunales de justicia solicitando al juez que ordenase su readmisión en la empresa.

No obstante la modificación señalada en el párrafo anterior, producto de la reforma, no se vio afectada ninguna de las normas que regulan los derechos de los trabajadores, establecidas en el Título I, artículos 1 al 13, denominado “La libertad y la Dignidad del Trabajador”.

Conforme lo anterior, el Título I,²¹⁵ está compuesto por 13 artículos que regulan las siguientes materias:

Artículo 1° Libertad de Opinión: consagra el derecho de los trabajadores a expresar libremente su pensamiento, independiente de sus opiniones políticas, sindicales y religiosas, poniendo como limite el respeto a la Constitución y demás normas del Estatuto.

Artículo 2° Los Guardias de Seguridad: regula la contratación de guardias de seguridad por parte del empleador, estableciendo que sólo podrán contratarse

²¹⁵ ITALIA. 1970. Ley N°300: Statuto dei Lavoratori. Mayo 1970. [en línea] <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/statuto-dei-lavoratori>> [consulta: 11 noviembre 2014]

para efectos de la protección de los activos corporativos, y que estos no podrán cuestionar las acciones de los trabajadores o cualquier hecho distinto a la protección de los activos.

Artículo 3° El personal de Supervisión: establece que los nombres y las tareas específicas de supervisión del personal de la obra, deben ser comunicados a los trabajadores afectados.

Artículo 4° El equipo Audiovisual: contempla y regula la posibilidad de instalar equipos audiovisuales, cámaras de seguridad, u otros al interior de la empresa para efectos de monitorear los equipos de la plantas. Sin embargo, si la instalación de tales equipos implica la posibilidad de un control o monitoreo remoto sobre los trabajadores, estos solo podrán ser instalados después de un acuerdo con los representantes sindicales de la empresa, o, en su defecto, con el consejo. A falta de acuerdo y, a petición del empleador, se faculta a la Inspección de Trabajo para dictar, en su caso, los procedimientos y regulaciones para el uso de este tipo de instalaciones.

Artículo 5° Exámenes Médicos: prohíbe al empleador, realizar cualquier tipo de investigación para determinar la idoneidad o bien, enfermedad o lesión del empleado en sus funciones de trabajo. El control en caso de ausencias por motivo

de enfermedad, sólo podrá hacerse a través de los servicios de inspección de las instituciones de seguridad social competentes.

Artículo 6° Control de visitas personales: establece la prohibición que tiene el empleador de controlar las visitas personales que se efectúan al trabajador, excepto en aquellos casos que sea esencial para la protección de los activos de la empresa. En tales casos, las visitas solo podrán efectuarse a la salida del lugar de trabajo, siempre y cuando se salvaguarde la dignidad e intimidad del trabajador.

Artículo 7° Sanciones disciplinarias: establece que toda la información relacionada con normas disciplinarias, impugnación de las mismas, requisitos de configuración de delitos y sanciones aplicables a los mismos, debe ser publicada en un lugar accesible y visible para todos los trabajadores. El empleador no podrá adoptar ninguna medida disciplinaria contra el trabajador, sin haber sido previamente escuchada su defensa.

Artículo 8° Prohibición de encuestas de opinión: prohíbe al empleador que, para fines de empleo, investigue, incluso a través de terceros, las opiniones políticas, religiosas o comerciales del trabajador, así como también sobre los hechos no pertinentes para la evaluación de sus cualificaciones profesionales.

Artículo 9° Protección de la salud e integridad física: contempla la posibilidad que tienen los trabajadores, a través de sus representantes (entiéndase sindicatos), para controlar la aplicación de las normas relativas a la prevención de accidentes y enfermedades profesionales, así como para promover la investigación, desarrollo y aplicación de las medidas idóneas para la protección de salud e integridad física.

Artículo 10° Alumnos Trabajadores: aquellos trabajadores que sean a su vez estudiantes matriculados y que asisten a cursos regulares de estudio reconocidos por el Estado, tienen derecho a trabajar en turnos que faciliten su asistencia y preparación de exámenes, y no están obligados a realizar horas extraordinarias o a cumplir funciones durante el día de descanso semanal. De igual forma, consagra la posibilidad de tener derecho a vacaciones pagadas. Como contrapartida, y para el ejercicio de los derechos antes mencionados, se faculta al empleador para exigir la presentación de las certificaciones pertinentes.

Artículo 11° Actividades culturales, recreativas y de bienestar y controles en el servicio de comedor: regula las actividades de índole recreacional y cultural, promovidas por el empleador. Consagra además, la posibilidad que tienen los representantes sindicales para controlar la calidad del servicio de alimentación o comedor que exista al interior de la empresa en la forma que lo determine la negociación colectiva.

Artículo 12° Institutos de patronato: todos aquellos institutos de patronato y de asistencia social, reconocidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tiene derecho a desarrollar sus actividades al interior de la empresa, en igualdad de condiciones, conforme se regule en los acuerdos convenidos.

Artículo 13° Derechos de los trabajadores: este artículo sustituye al N°2103 del Código Civil, regulando el derecho que tiene el trabajador, en caso de ser trasladado, ascendido, o requerido para labores distintas a aquellas para las que fue contratado para exigir la adecuación de su salario a las nuevas condiciones, sin que ello importe una disminución de remuneración en ningún caso. Señalando en su parte final que cualquier pacto en contrario será nulo.

Finalmente, y a luz de las normas del Título I antes expuesto, podemos concluir que el Statuto dei Lavoratori contempla un catálogo de derechos, sean de índole específica o inespecífica, contemplando y consagrando el respeto por los derechos de los trabajadores en su esfera individual. Así, encontramos dentro del marco de la “libertad y dignidad del trabajador”, el derecho a la libertad de opinión; protección a integridad física y psíquica; protección a la vida privada; protección al trabajo; y al contrato de trabajo, regulando las modificaciones que se encuadren en el marco legal.

Luego, en el Título II, denominado “La Libertad Sindical”, regula este derecho de forma amplia, tanto en su esfera individual como colectiva, consagrando gran autonomía colectiva para la regulación de derechos de las partes, interviniendo el legislador, sólo en aquello en que las partes no lleguen a acuerdo.

4.2.1.2.-Análisis de jurisprudencia italiana

A. Vulneración de derecho a la intimidad- vida privada. Delito de Peligro. Equipos Audiovisuales. Casación Penal, Sez. III, el juicio 30/01/2014 N° 4331.²¹⁶

Se establece una conducta criminal por parte del empleador, la cual se manifiesta por la instalación de equipos audiovisuales que pueda vulnerar la intimidad de los trabajadores, toda vez que no hubo consentimiento de la organización sindical representante de los trabajadores permitiendo dicha instalación.

En los hechos, el empresariado instaló un circuito micro- cerrado de cámaras de vigilancia directamente en las cajas en un supermercado, sin el

²¹⁶ CORTE DI CASSAZIONE, Cassazione penale, sez. III, sentenza 30/01/2014 n° 4331 <<http://www.altalex.com/index.php?idstr=38&idnot=23310>> [consulta: 13 junio 2014]

consentimiento de la organización sindical de los trabajadores, lo cual claramente afecta un bien jurídico protegido, esto es el derecho a la intimidad de los trabajadores consagrado en el Statuto dei Lavoratori.

Para efectos de vulneración del derecho a la intimidad, se entiende configurado el delito de peligro, siendo suficiente incluso si el sistema no se pone en funcionamiento, ya que la ley castiga incluso la conducta a priori, en esta caso la instalación de los equipos, estén éstos o no funcionando.

B. Vulneración de Derecho a la integridad física y psíquica. Mobbing. Despido. Casación Civil, sez. trabajo, el juicio 25/09/2014 N °20230²¹⁷.

En el presente fallo, la Corte Suprema de Justicia, en la sección trabajo, establece que los elementos que deben concurrir para que exista intimidación en la persona del trabajador son: a) una serie de comportamientos persecutorios - ilícitas o lícitas cuando se consideran individualmente- que, con la intención vejatoria, se han puesto en su lugar contra la víctima, con un objetivo sistemático y prolongado con el tiempo, directamente por el empleador o su autoridad, o incluso por otros empleados, sujeto a la dirección asistida de la primera; b) el acontecimiento perjudicial para la salud, la personalidad o la dignidad del empleado; e) la relación de causalidad entre la conducta descrita y el perjuicio

²¹⁷ Idem.

sufrido por la víctima en su integridad física o mental y / o la dignidad personal; d) el elemento subjetivo mencionado, que es la intención de unificar toda la conducta persecutoria perjudicial.

Conforme lo anterior, en el caso en particular, debe existir una conexión entre la conducta del empleador y de la medida de expulsión posterior, en particular, de esta manera se entienden configurados los elementos del mobbing, lo cual ha derivado en el despido ilegal. Reclamándose en esta ocasión la nulidad del mismo, con las respectivas indemnizaciones que contempla el Statuto dei Lavoratori.

Cabe señalar, en este contexto lo escrito por el profesor Gamonal²¹⁸, indica que la figura conocida como Mobbing, es encasillada por la jurisprudencia dentro de la responsabilidad contractual del empleador, en base al deber de seguridad consagrado en el Código Civil. Asimismo, afirma que la responsabilidad del empleador, se enmarca en el deber de “tutelar la integridad psicofísica del trabajador”.

²¹⁸ GAMONAL, S y PRADO, P, 2007. El mobbing o acoso moral laboral. 2ª.ed. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 53p.

4.2.2.- Experiencia en Uruguay

El Derecho Laboral uruguayo presenta como característica fundamental, un gran resguardo y especial énfasis en uno de los principios inspiradores en la materia, y que consiste en la protección hacia la parte más débil en las relaciones laborales, el trabajador.

Sin perjuicio del marcado carácter protector de la legislación laboral uruguaya, y lo loable que pueda parecer aquello, el profesor uruguayo Oscar Ermida Uriarte, critica el que "...la legislación laboral ha sido asistemática, fragmentaria y puntual. Son leyes sueltas; no hay y no hubo nunca en el Uruguay un Código del Trabajo, ni siquiera una ley general del trabajo"²¹⁹. Idea que es reafirmada por la profesora Perciballi de Luca, al señalar que "la legislación nacional continúa siendo fragmentaria –o sea, adoptada en diferentes tiempos históricos para dar respuestas puntuales a los problemas que se presentaban- y se compone de un conjunto de leyes adoptadas de manera asistemática"²²⁰.

Como consecuencia de la falta de sistematicidad de la legislación laboral uruguaya, aparece su otra gran característica, que consiste en el amplio y

²¹⁹ ERMIDA URIARTE, O. 2006. La nueva Legislación Laboral Uruguaya, IUS Labor 4/2006.

²²⁰ PERCIBALLI DE LUCA, V. 2012. Los Derechos de los Trabajadores. Uruguay. 1p.

determinante margen de actuación y creación que se les otorga a la doctrina y especialmente a la jurisprudencia. De esta forma, al existir escasa regulación, serán jueces y catedráticos, los llamados en primer término a suplir los vacíos legales que digan relación con materias propias del ámbito laboral, lo que se logrará, principalmente, mediante la dictación de fallos que establezcan parámetros y lineamiento de actuación laboral, que sirvan de pauta, para los mismos tribunales, en ocasiones posteriores.

Así por ejemplo, afirma el profesor Ermida Uriarte²²¹, en la “ley de despido”, se dispone que el trabajador despedido tendrá derecho a una indemnización, salvo que hubiere incurrido en notoria mala conducta. Sin embargo la ley no señala que se entiende por despido ni en que consiste la notoria mala conducta.

Cabe tener presente, que lo antes expuesto rige para el ámbito de las relaciones laborales individuales, existente entre trabajador y empleador, comprendiendo ámbitos como jornada de trabajo, descanso semanal, vacaciones anuales o el despido, donde existe una regulación asistemática, pero con los principios protectores de toda derecho del trabajo. En materia de relaciones laborales colectivas, los llamados a regular el ámbito serán directamente el Sindicato, o bien la organización más representativa de los trabajadores para

²²¹ ERMIDA URIARTE, O. 2006. La nueva Legislación Laboral Uruguay, IUS Labor 4/2006.

con la empresa o la cámara empresarial u organización representativa de los empleadores.

En materia de Derecho Colectivo del Trabajo, existe la particularidad, muy lejana a la realidad chilena, en la cual existe escuálida regulación normativa, más aun, se dice que existe una autorregulación. En este sentido, la ley no regula la interacción que existe entre sindicatos y empresarios, dejando que las partes que componen dicha relación laboral interactúen entre sí, y arreglen sus problemas de forma directa, autónoma, y con prescindencia del rol que puede, o debe cumplir el estado. Se habla de “Pluralismo Conflictivo”.

Siguiendo con el criterio del profesor Ermida Uriarte, señala que este sistema de abstencionismo por parte del Estado, resultó muy bien en el país durante bastante tiempo, mientras los sindicatos tenían gran fuerza para negociar, teniendo un poder de igual a igual con el sector empresarial uruguayo, toda vez que se entendía que existía cierto equilibrio en las fuerzas, lo que permitía una autorregulación sin mayores inconvenientes, funcionando bastante eficiente, como herramienta solucionadora de conflictos.

Sin embargo, durante el periodo de dictadura Uruguaya, hubo un quiebre institucional, lo cual desencadenó en un retroceso del Derecho del Trabajo, en especial en cuanto a la pérdida de ciertos derechos que se habían adquirido, y

regulado, lo cual produjo un desequilibrio entre los actores de la relación laboral, estos es trabajadores, a través del sindicato, y empleadores. Los sindicatos desaparecieron en gran parte, y nunca lograron volver a contar con el poder que tenían antes de la dictadura, sin lograr equilibrar la balanza que existía. A lo anterior se debe sumar el congelamiento de políticas laborales activas, las cuales, si bien se han tenido presentes, no han sido suficientes.

Ante el actual panorama, el Gobierno de ese entonces, bajo el mando del Presidente Tabaré Vázquez²²², en el año 2005, adopta una política activa y relativamente autónoma de la política económica, intentando recuperar el equilibrio existente entre los actores colectivos, a través de los Ministerio del Trabajo y de Desarrollo Social.

Los lineamientos que adoptó la nueva política del Gobierno en el año 2005, se han entendido como una nueva legislación laboral uruguaya, tras el retroceso que se vivió durante la dictadura. Esta nueva regulación tuvo las siguientes directrices; a) Celebración de un acuerdo marco sobre negociación colectiva en el sector público, b) la reinstalación de los consejos de salarios, c) la protección de la actividad sindical y, d) decreto de solución de conflictos colectivos y regulación de la ocupación de los lugares de trabajo.

²²² Información disponible en <<http://www.presidencia.gub.uy>>

En primer término la celebración de un acuerdo marco sobre Negociación Colectiva en el sector Público, destaca nuevamente la autorregulación existente entre los actores colectivos, toda vez que nos encontramos frente a un acuerdo y no frente a una ley, retomándose así el abstencionismo estatal. El acuerdo fue suscrito entre el gobierno, la central sindical y organizaciones sindicales de los funcionarios públicos. Con este acuerdo marco, se logró dar solución a la problemática jurídica sobre negociación colectiva con el Estado.

En un segundo término, encontramos la Convocatoria de los Consejos de Salarios²²³, que corresponden a “comisiones tripartitas integradas por el gobierno, sindicatos y empleadores, constituidas por ramas de actividad, que tienen la facultad de fijar salarios mínimos”²²⁴. Existe un punto no menor respecto al funcionamiento de los consejos, puesto que los mismos, dependen de la convocatoria que realice el Gobierno de turno, esto implica que su funcionamiento es entregado a la política estatal en materia laboral, pudiendo pasar años sin que éstos se convoquen, así como también existen años en los cuales se convocan efectivamente y funcionan bien, ya que regulan materias

²²³ Regulación Ley de 1944. Vigente en la actualidad, tras su congelamiento en Dictadura Uruguaya. Los consejos han vivido tres etapas, según nos indica el profesor Uriarte, comenzando en una primera etapa desde 1943-44 hasta 1968, se caracteriza por la subordinación de la clase social a políticas económicas del país., luego se dejan de convocar, incluida la etapa de época de dictadura. Una segunda etapa en el año 1985, con la reinstitucionalización de la democracia, extiéndase hasta aproximadamente 1989-1990, año en el cual se deja de convocar. Finalmente, y la etapa en la cual se encuentran a partir del año 2005, año en el cual son revividos, comenzando una etapa activa de los consejos.

²²⁴ ERMIDA URIARTE, O. 2006. La nueva Legislación Laboral Uruguaya, IUS Labor 4/2006. 4p.

propias entre trabajadores y empleadores, mediando el Gobierno, solucionando conflictos colectivos, de contingencia nacional.

Cabe hacer presente, que la figura de los Consejos de Salarios se retomó con mucha fuerza, y funcionamiento a partir del año 2005, teniendo, a juicio de muchos, buenos resultados, puesto que tanto trabajadores como empresarios, aunaron posiciones, y comenzaron un dialogo que terminó en acuerdos o decretos sustitutivos por ramas de actividad, de esta manera se reestableció la negociación colectiva, pero con una característica adicional, esto es, el hecho de ser tripartita.

Se destaca como materia de negociación el aumento del salario real, como mejora en las condiciones de trabajo, ya que la autorregulación volvió a posicionar el poder de los sindicatos, mejorando su capacidad de negociación. Por otra parte, es dictada la Ley N°10.499, la cual otorga facultades a los consejos para inspeccionar los libros de la empresa, lo que sumado a la intervención del Poder Ejecutivo, produce un equilibrio correlativo de fuerzas negociadoras.

En un tercer término de las políticas activas del Gobierno, encontramos a la Ley de Fuero Sindical²²⁵, entendemos que al igual que el caso Chileno, respecto

²²⁵ URUGUAY. 2006. Ley 17.940: Protección y Promoción de la Actividad Sindical. Enero 2006.”

a los Derechos Fundamentales, en especial la libertad sindical, no basta con su mera enunciación, sino que se requiere un reconocimiento expreso, y protección efectiva, porque se entiende que son garantías que el ordenamiento jurídico no solo debe reconocer, sino que además debe proteger y garantizar, así, al remitirnos a la propia Constitución Uruguaya, en su artículo 7° indica .-“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”. Del mismo modo, el artículo 53 del cuerpo Constitucional indica “se garantizará determinados Derechos laborales”, en este caso debe ser el propio ordenamiento jurídico quien debe promoverlos, finalizando en los mismos términos el artículo 5, que prescribe “la ley promoverá la formación de sindicatos gremiales”.

En estricto cumplimiento al mandato constitucional, es dictada la ley 17.940, la cual tiene por objeto la promoción y protección de la actividad sindical, retomando la fuerza que ésta tenía en la historia de las organizaciones sindicales en Uruguay. Por otro lado, el Comité de Libertad Sindical de la OIT, había realizado observaciones reiteradamente a Uruguay, toda vez que no existía en el país, un sistema de protección a los dirigentes, frente a despidos y actos antisindicales. En virtud de lo anterior es fortalecida la Libertad Sindical, como Derecho Fundamental tanto en su esfera individual como colectiva, tomando

como base lo preceptuado en la Constitución. Entre las prerrogativas de garantía a la actividad sindical, destacamos el mandato expreso que recae en la ley, en orden a declarar nulo todo acto antisindical, disponiendo el reintegro efectivo o reposición al estado de cosas anteriores, sumado a otros derechos como la licencia sindical, retención de la cuota sindical directa del sueldo, etc.

En cuarto termino, y final encontramos la regulación de los medios de solución de conflictos colectivos y de la ocupación. Este cuarto lineamiento de Política activa del Gobierno de Uruguay, implementado el año 2005, fue asumido de forma imprevista, toda vez que las tres políticas antes señaladas fueron fruto de conversaciones previas con las principales organizaciones sindicales y empresariales del país, sin embargo, sobrevino un sinfín de conflictos inesperados por las autoridades de la época.

En este punto, debemos contextualizar lo siguiente: en Uruguay, se entendió mayoritariamente, en concordancia con lo dispuesto por la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical de la OIT, que “la ocupación del lugar de trabajo es una modalidad de ejercicio del derecho a Huelga²²⁶”. En clara colisión con el derecho a Huelga, se encontraba un antiguo decreto, cuestionado por su Inconstitucionalidad, toda vez que autorizaba el desalojo de los ocupantes, a

²²⁶ ERMIDA URIARTE, O. 2006. La nueva Legislación Laboral Uruguay, IUS Labor 4/2006. 7p.

solicitud del empleador, es decir, transgrediendo el ejercicio del derecho a Huelga de los trabajadores.

Dicho decreto fue derogado el año 2005, sin embargo, frente a inevitables presiones empresariales, y con un aumento inesperado de negociaciones colectivas en el país, fue regulada la situación de desalojo, dictándose el decreto 165/2006.²²⁷, que vino por un lado a sistematizar distintas normas que regulaban los conflictos colectivos, y por otro, a tratar el tema de la ocupación en los lugares de trabajo. Respecto a este último punto, dicha conducta siguió siendo considerada de manera unánime por la doctrina y jurisprudencia como una manifestación del Derecho a Huelga, sin embargo, el decreto en comento entrega la facultad al Poder Ejecutivo para disponer el desalojo de los ocupantes, cuando la continuidad de la medida ponga en grave riesgo la vida, seguridad o salud de la población o afectare seriamente el orden público.

Tal como se observa, en la Legislación Laboral Uruguaya, no existe un cuerpo normativo único que regule la materia, por el contrario, se caracteriza por su diversidad normativa, distribuida en todo el ordenamiento jurídico, debido a que una vez originado el problema, se solucionaba regulando los conflictos caso a caso.

²²⁷ URUGUAY. 2006. Decreto 165: Prevención y Solución de conflictos colectivos y de reglamentación de las ocupaciones. Mayo 2006.

A nivel constitucional encontramos una serie de normas fundamentales que rigen las relaciones laborales en Uruguay, así por ejemplo el artículo 7 dispone: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”, luego desde el artículo 53 al 57²²⁸ se consagran una serie de garantías en materia de Derecho Colectivo del Trabajo, relacionadas con la protección del derecho al trabajo; normas mínimas de higiene y seguridad; el trabajo en mujeres y niños; la equidad de trabajo y su distribución; el derecho a alojamiento y alimentación; libertad sindical y el derecho a huelga.

En Uruguay, atendido lo expuesto, no existe un Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales de los trabajadores análogo al que existe en nuestro país, por lo que todo conflicto laboral es sometido al régimen general

²²⁸ Artículo 53.- El trabajo está bajo la protección especial de la ley. Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica.

Artículo 54.- La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral. El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.

Artículo 55.- La ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo.

Artículo 56.- Toda empresa cuyas características determinen la permanencia del personal en el respectivo establecimiento, estará obligada a proporcionarle alimentación y alojamiento adecuados, en las condiciones que la ley establecerá

Artículo 57.- La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.

correspondiente al juicio ordinario. A su vez, respecto a la protección de los trabajadores, solo cuentan con normas de rango constitucional y legal, así como diversos tratados internacionales ratificados por Uruguay, en los que, si bien existe un reconocimiento a tales garantías, éstas solo protegen al trabajador en su calidad de ciudadano.

Actualmente, Uruguay es miembro de la Organización Internacional del Trabajo, desde el mismo año de su creación, esto es en el año 1919, y a la fecha ha ratificado 105 Convenios identificados como fundamentales.

4.2.2.1.- Garantías protegidas en derecho uruguayo

De acuerdo a la "Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo", adoptada por la 86ª Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), y ratificada por Uruguay, se consideran Derechos Fundamentales en esta materia²²⁹:

- ✓ La Libertad de Asociación,
- ✓ La Libertad Sindical,
- ✓ El reconocimiento a la Negociación Colectiva,

²²⁹ Idem.

- ✓ La Eliminación de todas las Formas de Trabajo Forzoso u Obligatorio,
- ✓ La Abolición Efectiva del Trabajo Infantil, y
- ✓ La Eliminación de la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación.

Sin perjuicio de lo anterior, la legislación Uruguayo contempla otras garantías no relacionadas con el trabajo, consagradas a nivel constitucional en la Sección I “Derechos, Deberes y Garantías”, Capítulo II, artículo 7 y siguientes, entre las cuales destacamos el derecho a la vida, honor, libertad, seguridad e igualdad ante la ley.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es la institución encargada de la promoción y difusión de los señalados Derechos Fundamentales, considerados básicos por la O.I.T., de esta manera, y con el objetivo claro de contar con un departamento especializado en garantías, se crea la Asesoría en Derechos Fundamentales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, considerando entre sus principales propósitos:

- ✓ Promover y difundir los Derechos Fundamentales en el Trabajo: la Libertad de Asociación, la Libertad Sindical, el Reconocimiento a la

Negociación Colectiva, la Abolición Efectiva del Trabajo Infantil y la Eliminación de la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación.

✓ Realizar el seguimiento sobre la aplicación práctica de los Convenios Internacionales del Trabajo relacionados con los Derechos Fundamentales.

✓ Coordinar con las diversas Unidades Ejecutoras de esta Secretaría de Estado y con otros Organismos e Instituciones, a efectos de lograr una adecuada articulación en la promoción y aplicación de los referidos derechos²³⁰.

4.2.2.2.- Análisis de jurisprudencia uruguaya

A. Vulneración al Derecho al Honor. Expediente número 841/2014 de fecha 14 de mayo de 2014²³¹.

El director del Servicio Codicen²³², realizó una denuncia ante el Centro de Conciliación dependiente del Ministerio del Trabajo, por la propagación de un

²³⁰ Información disponible en página oficial Gobierno Uruguay <<http://www.mtss.gub.uy>>

²³¹ Información disponible en página oficial Poder judicial Uruguay: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/>>

²³² Consejo Directivo Central, el cual funciona como órgano rector de la administración nacional de educación pública (Anep).

correo electrónico a múltiples personas de su ámbito laboral con contenido agravante hacia su persona, por parte de una funcionaria del mismo organismo, dependiente de la Unidad de Desarrollo Integral del Codicen, en los siguientes términos; “citando con nombre y apellido al director, lo califica como torturador, y señala durante más de treinta años, encargado de la unidad de diagnóstico del Codicen: torturador,, médico. Psiquiatra del penal de Libertad, ahora presidente del consejo directivo de aldeas infantiles. Favor Divulgar”.

Una vez presentada la denuncia por parte del afectado, se citó respectivamente a una audiencia de Conciliación, en la cual la indagada en presencia de su abogado letrado, reconoció la redacción y envío del e-mail a su esfera de amistades en el ámbito laboral, retractándose del mismo. No hubo acuerdo, de lo cual se derivó a los Tribunales en lo Penal, toda vez que existía una configuración del delito de difamación.

Razona la sentenciadora, dictando finalmente la condena de procesamiento sin prisión, lo siguiente: “el honor es un bien jurídico tutelado por la Constitución en su artículo 7, consagrado en los pactos internacionales, y ratificados por Uruguay. Luego, los hechos descritos por la indagada y posterior procesada, tuvieron amplia repercusión pública en el marco de una investigación. Aún más se agrava la situación si la propia indagada reconoce la redacción y envío del correo electrónico a sus pares.

Con el envío del correo, en términos descalificantes de “Torturador”, se lesiono el bien jurídico honor, lo que trajo el odio y desprecio hacia el director de la entidad, lo cual no debe quedar ajeno al sentenciador, atendido lo dispuesto en los Tratados Internacionales ratificados por Uruguay. Si bien existe un reconcomiendo del Derecho a informar, este tiene como límite el respeto a los Derechos Humanos, reconocidos en la Constitución.

Lo que se desprende, es que la indagada actuó con clara intención de dañar, lo que lleva a los elementos de convicción para sentenciar con el procesamiento sin prisión para la funcionaria.”

CONCLUSIONES

Un análisis de las fuentes del Derecho del Trabajo, y en especial de la Constitución Política de la República, nos permitió detectar que existía, en su cuerpo normativo, escasez de herramientas jurídicas idóneas, destinadas a la protección del trabajador, sin perjuicio, de existir desde los primeros textos constitucionales reconocimiento de las mismas.

Como se observó a lo largo del presente trabajo, el gran mecanismo de defensa con que contaban los trabajadores con anterioridad al año 2006, en caso de vulneración de Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República, era el Recurso de Protección, acción constitucional que resultaba deficiente para efectos de proporcionar una adecuada e íntegra defensa a los trabajadores que vieran vulnerado alguno de sus Derechos Fundamentales dentro de la relación laboral propiamente tal. Consecuencia de lo anterior, y con el objetivo de perfeccionar el amparo de los trabajadores frente a tales vulneraciones, surge el Procedimiento de Tutela Laboral.

Si bien los mecanismos de defensa antes referidos tienden a un objetivo común, cual es restablecer el imperio del derecho en casos de vulneración de Derechos Fundamentales, es posible establecer claras diferencias entre uno y

otro, las cuales permitirán al trabajador afectado, decidir, en último término, por cuál de ellos optar al momento de accionar en defensa de sus Derechos Fundamentales, entre las que destacan las siguientes:

- 1) El Recurso de Protección, mal llamado recurso, constituye una acción de carácter general no sólo es aplicable en el ámbito laboral, sino que puede ser utilizada por cualquier persona que vea menoscabado alguno de sus Derechos Fundamentales consagrados en el artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República.

Por el contrario, la Acción de Tutela Laboral es de carácter especial, toda vez que, tal como su nombre lo dice, protege al individuo en su calidad de trabajador, buscando limitar las facultades del empleador dentro de la relación laboral, amparando aquellos Derechos Fundamentales que detenta el trabajador no sólo en su calidad de tal, sino también aquellos que le son propios e inherentes, en atención a su calidad de persona, y que puedan resultar lesionados dentro de la relación laboral en la que se encuentre inmerso.

- 2) En cuanto al tribunal competente para el conocimiento de una u otra, ambas acciones presentan una característica similar basada en la regla general en materia de derecho procesal, la que establece que la demanda debe

interponerse en el domicilio del demandado. Así, el Recurso de Protección debe ser interpuesto en la Corte de Apelaciones del lugar donde se hubiere cometido la acción u omisión que amenace, prive o perturbe el ejercicio de los Derechos Fundamentales, mientras que la Acción de Tutela Laboral debe ser interpuesta en el domicilio del demandado, o bien, en el lugar donde se presten o hayan prestado los servicios, a elección del demandante.

En relación a este punto, surge como crítica común el que muchas veces el lugar en que se debe accionar se encuentra muy alejado del recurrente o demandante, lo que podría obstar al correcto y eficaz ejercicio de su derecho a defensa, al no encontrarse físicamente en el lugar donde deberán realizarse las diversas actuaciones que el proceso pueda requerir.

- 3) Tal como se ha señalado durante el desarrollo de este trabajo, el Procedimiento de Tutela Laboral establece, como regla general, una legitimación activa ampliada, toda vez que podrán accionar, tanto el trabajador, como una organización sindical o la Inspección del Trabajo, salvo en caso de despido lesivo, donde la acción sólo puede ser interpuesta por el propio trabajador.

Sin perjuicio de la amplitud a que se hizo mención en el párrafo anterior, la Acción de Protección otorga en esta materia mayores garantías y facilidades al trabajador, toda vez que podrá ser ejercida por el propio afectado o por

cualquiera a su nombre, estableciendo como única condición el que el afectado se encuentre determinado.

- 4) En cuanto a la legitimación pasiva de cada acción, claramente el Procedimiento de Tutela Laboral es más restrictivo, por cuanto sólo permite accionar en contra del empleador o de quien ejerza las funciones de aquel, mientras que el Recurso de Protección posibilita su interposición en contra de cualquiera que resulte responsable de la vulneración de Derechos Fundamentales alegada, independiente de la relación que tenga el afectado con el mismo, siendo incluso posible accionar sin tener pleno conocimiento de quien cometió la vulneración.

Lo anterior encuentra su fundamento en el objeto específico perseguido por cada uno de estos procesos. Así, el Recurso de Protección sólo persigue restablecer el imperio del derecho, retrotrayendo al afectado a la situación anterior a la vulneración del mismo, sin requerir contraprestación alguna, mientras que el Procedimiento de Tutela, además de restablecer el imperio del derecho, persigue la indemnización del afectado, reparando el mal sufrido de manera íntegra, y sancionando de tal manera al victimario.

- 5) Tratándose de la Acción de Protección, el plazo para su interposición es de tan sólo 30 días corridos, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia

de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticia o conocimiento cierto de los mismos, plazo que muchas veces dificulta la recopilación de pruebas o bien, el restablecimiento del individuo a su vida normal, quedando en condiciones de deducir el recurso.

La Acción de Tutela Laboral, por su parte, otorga un plazo de 60 días, contados a partir de la vulneración del derecho, a partir de la desvinculación en caso de despido, o bien, a partir de la última vulneración, en caso de conductas lesivas reiteradas, plazo que puede ampliarse a 90 días en caso de ser presentada la denuncia ante la Inspección del Trabajo.

Al igual que en el punto anterior, la diferencia en cuanto al plazo de interposición de una u otra acción, se encuentra directamente relacionada con los distintos objetivos perseguidos por una y otra. Así, la Acción de Protección constituye un mecanismo de reacción muchas veces provisorio, dejando abierta la posibilidad de accionar en forma posterior, a través de un procedimiento de lato conocimiento, cosa que no ocurre con el Procedimiento de Tutela.

Sin perjuicio de lo anterior, y en atención al tipo de derechos que se ventilan, tanto en la Acción Constitucional, como en el Procedimiento de Tutela,

consideramos adecuado el establecimiento, por parte del Procedimiento de Tutela, de un plazo más holgado para su interposición.

- 6) Las distintas garantías protegidas por uno y otro mecanismo de defensa, nos permitirán identificar, de manera más clara, qué acción podría resultar más conveniente deducir.

Lo anterior, debido a que el Recurso de Protección sólo procede en caso de vulneración de las garantías establecidas, de manera taxativa, en el artículo 19, de la Constitución Política de la República, las cuales protegen al individuo en su calidad de persona, abarcando distintos aspectos en que pueden verse vulnerados tales derechos, pero que no siempre resultan aplicables en materia laboral.

Por el contrario, el Procedimiento de Tutela Laboral protege aquellas garantías contenidas en el artículo 485 del Código del Trabajo, catálogo que si bien presenta similitudes respecto a aquellos Derechos Fundamentales amparados por la Acción de Protección, son protegidos en aspectos netamente relacionados con el individuo en su calidad de trabajador, incluyendo por ejemplo garantías como la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección, el principio de no discriminación, la acción de indemnidad laboral por reclamos de los trabajadores ante la Dirección del Trabajo o los

Tribunales de Justicia y la libertad sindical, a través de la protección de las prácticas desleales y antisindicales.

- 7) Otra diferencia importante radica en las reglas procedimentales que regulan uno y otro procedimiento, ya que si bien la Acción de Tutela Laboral prometía ser un nuevo mecanismo de protección a los derechos de los trabajadores, respecto a su tramitación no hizo más que remitirse al procedimiento de aplicación general en materia laboral, sin otorgar la rapidez propia y necesaria que se requiere en el caso de vulneración de derechos de la magnitud e importancia de aquellos protegidos por medio de este mecanismo.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el Procedimiento de Tutela Laboral representa, en comparación con el Recurso de Protección, una mayor protección para los derechos del trabajador afectado, al constituir un procedimiento de lato conocimiento que contempla las distintas etapas requeridas, tanto para tener un cabal conocimiento de los aspectos esenciales alegados por las partes, como para obtener una solución más certera.

- 8) El Procedimiento de Tutela Laboral puede iniciarse a través de las siguientes actuaciones: (i) denuncia, (ii) medida prejudicial, o (iii) demanda, mientras que la Acción de Protección, sólo puede iniciarse mediante la presentación de la acción misma.

Consideramos que la posibilidad de iniciar el Procedimiento de Tutela a través de medida prejudicial, constituye una ventaja para la defensa del futuro demandante, la que se puede ver reflejada, por ejemplo, al tener la posibilidad de solicitar rendir pruebas de manera anticipada en caso de temer que el demandado pueda ausentarse.

- 9) Para la interposición de la Acción de Tutela Laboral se deben tener presente todos aquellos requisitos establecidos en la ley, ya mencionados en el cuerpo del presente trabajo, independiente de la forma en que se decida iniciar el proceso, siendo siempre de carácter escrito. Por el contrario, el Recurso de Protección podrá deducirse en forma oral, incluso sin necesidad de intervención de abogado.

Si bien esta última característica del Recurso de Protección pareciera ser, de manera teórica, muy beneficiosa para el afectado, ya que permite a cualquier persona hacer valer sus derechos, esto no es tan cierto en la práctica, por cuanto dicha situación puede causar la indefensión del recurrente, quien debido al desconocimiento técnico podría errar en los fundamentos legales del recurso, acarreando su admisibilidad por ejemplo, o bien permitiendo que se rinda una prueba incompleta.

10) En cuanto a la admisibilidad de las acciones, es importante tener presente que la Tutela Laboral es menos exigente que el Recurso de Protección en cuanto a sus requisitos.

Sólo en caso que la Acción de Tutela adolezca de un defecto insubsanable el tribunal la declarará improcedente, de lo contrario otorgará un plazo para subsanar tales defectos y así, poder continuar con su tramitación. Tratándose del Recurso de Protección, la Corte podrá declararlo inadmisibile toda vez que sea presentado de manera extemporánea, así como también por carecer de hechos que constituyan una vulneración de Derechos Fundamentales, sin otorgar posibilidad alguna al recurrente de subsanar tales defectos, pudiendo este solo reclamar de dicha decisión mediante Recurso de Reposición

11) El conocimiento del Procedimiento de Tutela Laboral se sustanciará, principalmente, a través de dos audiencias distintas, a saber, preparatoria y de juicio, relatándose en la primera tanto el contenido de la demanda como la contestación de la misma, y permitiendo además que el demandado reconvenga o presente excepciones, elementos estos últimos que no se encuentran presente en la tramitación del Recurso de Protección, en el cual, el recurrido sólo podrá hacer valer su defensa a través de la emisión del informe respectivo.

Aun cuando esta última circunstancia podría considerarse una ventaja para el afectado, toda vez que evita dilatar la resolución del Recurso, favoreciendo una pronta solución al conflicto, no siempre resulta de esa manera, puesto que la ley no establece plazo para la emisión del informe, señalando que es el tribunal el encargado de otorgar un plazo “prudente” (breve y perentorio) para la emisión del mismo, el que dependerá del medio que escoja éste último para recibir el informe.

12) En el Procedimiento de Tutela, el juez substanciador deberá en forma obligatoria, llamar a las partes a conciliación. Este llamado se realiza en la audiencia preparatoria y reviste gran importancia, toda vez que las partes pueden poner fin al proceso en forma anticipada, logrando un acuerdo entre ellas.

Esta institución no tiene cabida dentro del Recurso de Protección, por lo que las partes deben necesariamente esperar la resolución del mismo, a través de la dictación de la sentencia correspondiente.

13) Otro de los puntos de vital consideración al momento de decidir la acción a deducir, en el entendido que se reúnen las condiciones de procedencia de ambas, corresponde a las características que presenta la sentencia dictada en uno u otro procedimiento, pues como se vio en el desarrollo de este trabajo,

la sentencia dictada en el marco del Procedimiento de Tutela Laboral permite la reparación del afectado de manera íntegra, retrotrayéndolo al momento anterior a la vulneración del derecho, reparando el daño que el afectado pudo haber sufrido y sancionando al demandado, mientras que la sentencia que se pronuncia sobre un Recurso de Protección, y considerando el carácter de procedimiento de emergencia y la falta de periodo de prueba durante el mismo, es mucho más restringida en cuanto a sus efectos, dejando a salvo el derecho del afectado de discutir el fondo de la cuestión que ha motivado la estimación del recurso, o su rechazo, en un juicio de lato conocimiento o por otra vía administrativa o jurisdiccional que sea procedente, lo que refleja su naturaleza provisoria, como toda resolución de emergencia.

Teniendo en consideración las principales características y diferencias existentes entre los distintos mecanismos de protección, abordadas todas en el cuerpo del presente trabajo y reproducidas algunas de ellas en este último apartado, no podemos sino concluir que la introducción del Procedimiento de Tutela Laboral, a través de la Ley 20.087 del año 2006, implicó un notable esfuerzo por parte del legislador, en relación a la protección de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, en su calidad de persona, dentro de la relación laboral.

Si bien no sería justo afirmar que hasta antes de la incorporación de este mecanismo de tutela, los trabajadores de nuestro país se encontraban en un

estado de indefensión frente a la vulneración de sus Derechos Fundamentales, por cuanto estos contaban con el Recurso de Protección, también es cierto que las características típicas de esta acción distaban mucho de la realidad propia que existe dentro de la relación laboral, cuyas principales características son la subordinación y dependencia del trabajador para con su empleador, las que hacen del Derecho del Trabajo, un rama particularísima y que muchas veces requiere normas especiales.

En este sentido, el Procedimiento de Tutela vino a subsanar las falencias que presentaba dicha acción en la protección del trabajador no sólo en su calidad de tal, sino que también en su calidad de persona inmersa dentro de una relación laboral, la que muchas veces no resultaba del todo eficaz, quedando fuera del ámbito de su protección, derechos básicos dentro de toda relación laboral, como lo son por ejemplo la acción de indemnidad laboral por reclamos de los trabajadores ante la Dirección del Trabajo o los Tribunales de Justicia , y la libertad sindical, las que si se encuentran expresamente protegidas por el Procedimiento de Tutela Laboral contenido en el artículo 485 del Código del Trabajo.

Sin afirmar que el objetivo propuesto ha sido cumplido en forma satisfactoria, y sosteniendo que aún quedan ciertos aspectos y falencias que deben ser mejorados, no podemos desconocer el gran avance que significó en materia

laboral la inclusión del Procedimiento de Tutela, el que con sus características propias, constituye un mecanismo mucho más idóneo y eficaz para la protección de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, que el que representaba el Recurso de Protección, considerando especialmente el alcance de la reparación del daño que eventualmente puede contener una u otra sentencia, pudiendo el trabajador optar por uno u otro, de acuerdo a las condiciones particulares que presente la vulneración que dice afectarle y a las características de procedencia, tramitación y resolución de los mecanismos analizados.