



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad

Social

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA A LOS FUNCIONARIOS

MUNICIPALES

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias

Jurídicas y Sociales

Autor

FELIPE BOGEN VALDÉS

Profesor Guía

HÉCTOR HUMERES NOGUER

Santiago, Chile 2016

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS.....	III
TABLA DE ABREVIATURAS.....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I	
DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES	23
1. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	23
2. TEORÍAS QUE PRETENDEN DETERMINAR EL ALCANCE NORMATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	26
2.1 Teorías relativas a la naturaleza jurídica de los Derechos Fundamentales	27
2.1.1 Tesis de los derechos patrimoniales versus los Derechos Fundamentales ...	28
2.1.2 Tesis de los Derechos Fundamentales como expectativas vitales	30
2.1.3 Tesis de la naturaleza supranacional de los Derechos Fundamentales	36
2.1.4 Tesis de las garantías	39
2.2 Teorías de los Derechos Fundamentales en cuanto a sus límites	42
2.2.1 Tesis de los límites externos de los Derechos Fundamentales.....	42
2.2.2 Tesis de los límites internos de los Derechos Fundamentales.....	46
a) Límites internos en situaciones de excepción	46
b) Fuentes de las limitaciones internas.....	49
2.2.2.1 Limitaciones expresamente establecidas en la Constitución.....	50
2.2.2.2 Limitaciones indirectamente establecidas en la Constitución.....	51
2.3 Teorías de los Derechos Fundamentales como principios jurídicos	52
3. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	58
3.1 Universalidad.....	58
3.1.1 La universalidad de los Derechos Fundamentales como un invento jurídico-político.....	62
3.1.2 La universalidad quebrada ante la necesidad de reconocimiento positivo de los Derechos Humanos	63
3.2 Historicidad.....	65
3.3 Progresividad	67
3.4 Aspecto tutelar	68
3.5 Indivisibilidad	70
3.6 Eficacia directa	71
4. JERARQUÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	72
4.1 Relevancia de la titularidad	73
4.2 Conflictos entre Derechos Fundamentales	77
5. DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES	79
5.1 Conceptualización	79
5.2 Clasificación de los Derechos Fundamentales del trabajador.....	82
5.2.1 Derechos Fundamentales laborales, en sentido estricto.....	83
5.2.2 Derechos Fundamentales del trabajador en base a la ciudadanía laboral.....	83
5.3 Principio de protección al trabajador.....	86

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES.....	90
1. DERECHO DEL TRABAJO TUTELAR Y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	90
1.1 Dimensión histórica.....	90
1.2 Tutela de Derechos Fundamentales de los trabajadores.....	95
2. PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.....	96
2.1 Contextualización.....	96
2.1.1 Derecho de libertad empresarial.....	98
2.1.2 Derechos derivados del poder de dirección.....	99
2.2 Procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales en Chile.....	103
2.2.1 Campo de aplicación.....	104
2.2.2 Titularidad de la acción de tutela de Derechos Fundamentales.....	107
2.2.2.1 Acción general durante la vigencia de la relación laboral.....	107
i. Legitimación del trabajador.....	108
ii. Legitimación de las organizaciones sindicales.....	108
iii. Legitimación de la Inspección del Trabajo.....	110
2.2.2.2 Acción por despido y titularidad exclusiva del trabajador.....	111
3. DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES TUTELADOS POR EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.....	112
3.1 Derecho a la vida.....	112
3.1.1 Consagración como derecho esencial en el concierto internacional.....	112
3.1.2 Derecho a la vida en el marco constitucional interno.....	115
3.1.3 Derecho a la vida del trabajador en el marco laboral.....	116
3.2 Derecho a la integridad física y psíquica.....	120
3.2.1 Tratamiento doctrinario.....	120
3.2.2 Dimensión laboral del derecho a la integridad física y psíquica.....	121
3.3 Respeto y protección de la vida privada.....	122
3.3.1 Derecho a la vida privada en el ámbito laboral.....	123
3.3.2 Vinculación de los derechos de integridad psíquica y el derecho a la vida privada.....	124
3.4 Derecho a la honra de la persona y su familia.....	125
3.4.1 Derecho a la honra del trabajador y de su familia.....	126
3.5 Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.....	129
3.5.1 Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada del trabajador.....	130
3.6 Derecho a la libertad de conciencia, 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.....	133
3.6.1 Libertad de conciencia.....	134
3.6.1.1 Libertad de conciencia en el ámbito laboral.....	135
3.6.2 Libertad de creencia.....	135
3.6.2.1 Libertad de creencia en el ámbito laboral.....	136
3.6.3 Libertad de culto.....	137
3.6.3.1 Libertad de culto en el ámbito laboral.....	138
3.7 Derecho a la libertad de emitir opinión.....	139
3.7.1 Derecho a la libertad de emitir opinión del trabajador.....	140
3.8 Derecho a la libertad de informar.....	140

3.8.1	Derecho a la libertad de informar del trabajador.....	141
3.9	Derecho a la libertad de trabajo y su protección.....	142
3.10	Derecho a la protección de la libre elección del trabajo	143
3.11	Derecho a realizar cualquier actividad que no se oponga a las limitaciones constitucionales.....	144
3.12	Tutela sobre actos discriminatorios	145

CAPÍTULO III

ESTATUTO LABORAL DE LOS FUNCIONARIOS MUNICIPALES.....		148
1.	RELACIÓN ESTADO Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS	148
1.1	Ideas Preliminares.....	148
1.2	Naturaleza jurídica de la vinculación.....	150
2.	TEORÍAS CONTRACTUALISTAS	153
2.1	Teoría contractualista-privatista	153
2.2	Teoría contractualista-publicista	155
2.2.1	Críticas a la teoría de contrato administrativo.....	155
2.3	Teoría contractualista-laboral.....	156
2.3.1	Elementos comunes del vínculo laboral y administrativo	159
a)	Remuneraciones	161
b)	Subordinación y dependencia	163
c)	Ajenidad	173
2.3.2	Críticas a las tesis contractualistas	183
2.3.3	Contra-argumentación a favor de la laboralidad de la relación Municipalidad y funcionarios municipales.....	184
3.	TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO BILATERAL.....	187
4.	TEORISTAS PUBLICISTAS	187
4.1	Teoría Política o de las cargas públicas	187
4.2	Teoría de la requisición.....	188
5.	TEORÍA DE LA VINCULACIÓN ESTATUTARIA.....	189
6.	MARCO JURÍDICO-NORMATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	192
6.1	Conceptualización	192
6.2	Marco normativo constitucional.....	194
6.3	Fundamento positivo de la función pública y de la responsabilidad de la Administración del Estado.....	198
6.4	Marco normativo legal.....	200
6.4.1	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.....	200
6.4.2	Estatutos especiales	201
7.	ESTATUTO ADMINISTRATIVO.....	204
7.1	Antecedentes legislativos.....	204
7.2	Concepto	207
7.3	Breve referencia al incumplimiento de los deberes funcionarios.....	209
7.3.1	Principios que rigen la Responsabilidad Administrativa	210
i.	Principio de legalidad de las sanciones	210
ii.	Principio del Debido Proceso o del Debido Juzgamiento	212
8.	DERECHOS Y GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN MATERIA DISCIPLINARIA	214
8.1	El derecho a la debida defensa.....	215

8.2	Derecho a la imparcialidad.....	216
8.3	La garantía de instancias diferenciadas	220
8.4	El principio de proporcionalidad de la sanción.....	220
8.5	Principio pro reo	222
8.6	Principio de universalidad	223
8.7	Principio de independencia de sanciones.....	223
8.8	Principio de inexcusabilidad.....	224
8.9	Principios recogidos jurisprudencialmente.....	225
9.	DERECHOS FUNCIONARIOS	226
9.1	Derechos de la carrera funcionaria	227
9.2	Derechos económicos.....	228
9.3	Derechos sociales	229
9.4	Derechos de seguridad social.....	229
10.	DE ALGUNOS DERECHOS DE LA CARRERA FUNCIONARIA.....	229
10.1	Derecho al ascenso	230
10.2	Derecho a la estabilidad del cargo.....	231
10.3	Derecho a la defensa	232
11.	FUNCIONARIOS MUNICIPALES	233
11.1	Funcionarios municipales propiamente tales.....	234
11.2	Funcionarios municipales sujetos al estatuto docente.....	235
11.3	Funcionarios municipales sujetos al Estatuto de Atención Primaria	240
11.4	Funcionarios municipales miembros de las Corporaciones Municipales	242
11.5	Funcionarios municipales que por mandato legal se rigen por el Código del Trabajo.....	244
12.	ESTATUTO ADMINISTRATIVO PARA FUNCIONARIOS MUNICIPALES	245
12.1	Prohibiciones funcionarias	245
12.2	Pronunciamiento jurisprudencial a propósito de la destitución de un funcionario municipal por incurrir en una prohibición funcionaria.....	249

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL A LOS FUNCIONARIOS MUNICIPALES.....	251
--	-----

1. CUADRO SINÓPTICO.....	251
--------------------------	-----

PARTE PRIMERA

2. ELEMENTOS DEL VÍNCULO JURÍDICO QUE UNE A LOS FUNCIONARIOS MUNICIPALES Y AL ÓRGANO MUNICIPAL: HACIA UNA CARACTERIZACIÓN LABORAL	253
2.1 Ideas preliminares	253
2.1.1 Los funcionarios públicos son “trabajadores” del Estado	254
2.1.2 Municipio empleador	257
2.1.3 Subordinación reforzada.....	259
3. FUNCIONARIOS MUNICIPALES Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO	260
3.1 Fundamento del régimen de estabilidad relativa en Chile	260
3.2 Estabilidad en el empleo municipal.....	266
4. RELACIÓN LABORAL SUJETA A UN ESTATUTO ESPECIAL Y LA IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	270

PARTE SEGUNDA

5.	IDEAS PRELIMINARES	283
6.	TUTELA ADMINISTRATIVA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS FUNCIONARIOS MUNICIPALES.....	284
6.1	Órgano competente: Contraloría General de la República.....	286
6.2	Presupuesto de la reclamación: vicios de legalidad	294
6.3	Afectación de derechos conferidos por el Estatuto Administrativo	296
6.4	Triunfo de la vía jurisdiccional en voz de la jurisprudencia.....	298
7.	VÍA JURISDICCIONAL LABORAL Y ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN	310
8.	FUNCIONARIOS MUNICIPALES SUJETOS AL ESTATUTO DOCENTE: ENTRE EL CÓDIGO DEL TRABAJO Y EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO PARA FUNCIONARIOS MUNICIPALES.....	324
9.	PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL A LOS FUNCIONARIOS MUNICIPALES.....	329
9.1	Test de subsidiariedad y la creación de un nuevo derecho fundamental en el ámbito laboral.....	329
9.2	Tribunales competentes.....	335
9.2.1	Nulidad del acto administrativo lesivo en caso de destitución	337
9.3	Test de compatibilidad	342
	CONCLUSIONES	347
	BIBLIOGRAFÍA	368

TABLA DE ABREVIATURAS

DUDH	:	Declaración Universal de Derechos Humanos
INDH	:	Instituto Nacional de Derechos Humanos
Ibídem	:	Ahí mismo, en la misma obra y en la misma página
Nº	:	Número
N.B	:	Nótese bien
n.	:	Nota
OIT	:	Organización Internacional del Trabajo
ONU	:	Organización de las Naciones Unidas
Op. cit	:	Obra citada
OPL	:	Orden Público Laboral
p.	:	página
v	:	Véase

INTRODUCCIÓN

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales se introduce en el año 2006, mediante la Ley N° 20.087, publicada en el Diario Oficial el 3 de enero del referido año, con la finalidad de dar protección efectiva a los derechos laborales inespecíficos de los trabajadores. Más allá del reconocimiento normativo de los derechos insertos dentro del ámbito de la ciudadanía laboral, el procedimiento de tutela se extiende hacia el amparo jurisdiccional de los mismos, a través de la incorporación de un mecanismo procesal sujeto al conocimiento de la justicia laboral, como consecuencia del ejercicio de la actividad del empleador en el despliegue de sus facultades.

El artículo 485 del Código del Trabajo establece ciertos supuestos positivos de aplicabilidad, entre los cuales cabe mencionar:

i. Que el ámbito de aplicación del citado procedimiento se circunscriba a las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores que la norma precisa.

ii. Que la relación laboral a que se refiere el artículo 485 de la Ley Laboral, sea susceptible de ser subsumida en el marco delimitado por los

artículos 7º y 8º del mismo cuerpo legal, según ha precisado la jurisprudencia de nuestros tribunales¹.

iii. Que la vulneración de los derechos fundamentales y no de derechos de otro carácter sea de alguno de los referidos por la norma; esto es:

a) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los trabajadores, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de los actos ocurridos en la relación laboral.

b) El derecho al respeto y protección de la vida privada y a la honra del trabajador y su familia.

c) El derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

d) El derecho a la libertad de conciencia, 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.

e) El derecho a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley.

¹ Ross Monsalve con Servicio de Salud Sanatorio Hospital El Pino (2013): Corte Suprema, ROL Nº 9.381-2012, 6 de mayo de 2013 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando octavo.

f) El derecho relativo a la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y el derecho a desarrollar cualquier clase de trabajo, mientras no se oponga a la moral, a la seguridad nacional o cuando una ley lo declare así.

iv. Los derechos deben haber sido vulnerados siempre dentro del contexto del ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico pone a disposición del empleador.

v. De no tratarse de un acto vulneratorio de los derechos fundamentales ya descritos, debe fundarse en alguno de los siguientes supuestos: actos discriminatorios que menciona el artículo 2º del Código del Trabajo, con la excepción contemplada en su inciso sexto o en 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.

En este aspecto, según tendremos oportunidad de analizar, el legislador viene a equiparar la tutela de los derechos constitucionalmente consagrados con la protección del derecho de no ser objeto de represalias por ejercer acciones ante el órgano fiscalizador de la vigencia de la normativa laboral o de índole judicial.

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales se encuentra normado por el Código del Trabajo, dentro del párrafo 6º del Título I del Libro V, denominado “De la Jurisdicción Laboral” de este cuerpo legal, por lo que, en

principio, sólo resulta aplicable a las vinculaciones contractuales sujetas a sus prescripciones.

Por su parte, el inciso 2º del artículo 1º del Código del Trabajo excluye de la aplicación de las normas contenidas en dicha fuente, respecto de los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Sin perjuicio de lo anterior, el inciso siguiente sujeta a dichos funcionarios a las normas laborales prescritas por el Código del Trabajo, siempre que se trate de aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, en la medida en que no fueren contrarias a estos últimos. Pues bien, los funcionarios municipales forman parte de la Administración descentralizada del Estado², por lo que, *prima facie*, estarían excluidos de la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia han sido vacilantes al intentar definir si resulta aplicable a los funcionarios municipales el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, vertiendo al respecto opiniones diametralmente disidentes, sobretodo porque dentro de la regulación estatutaria de dichos funcionarios existen ciertas sujeciones expresas al Código del

² FERNÁNDEZ RICHARD, José. 2011. Derecho Municipal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 23.

Trabajo, como por ejemplo la prescrita en los incisos primeros del artículo 3º del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, que expresa:

“Quedarán sujetas a las normas del Código del Trabajo, las actividades que se efectúen en forma transitoria en municipalidades que cuenten con balnearios u otros sectores turísticos o de recreación.

El personal que se desempeñe en servicios traspasados desde organismos o entidades del sector público y que administre directamente la municipalidad se regirá también por las normas del Código del Trabajo”.

Desde otra perspectiva, existen funcionarios municipales que ejercen labores profesionales de docencia, sujetos al Estatuto Docente, a quienes se les aplica supletoriamente las normas del Código del Trabajo, según prevé el artículo 71 del citado cuerpo legal.

Finalmente, es posible distinguir, además, la situación particular de los funcionarios municipales de atención primaria que se rigen por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, Ley N° 19.378, publicada en el Diario Oficial el 13 de abril de 1995 y, subsidiariamente, por el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, de donde aparece nuevamente la discusión acerca de la adhesión de éstos a las normas del Código del Trabajo, en lo que respecta al procedimiento de protección a la vulneración de derechos

fundamentales, que ni el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, ni el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, contiene³.

En términos generales, la tesis que se inclina por admitir la procedencia de la tutela laboral y sujeción a las normas procedimentales que regulan el citado procedimiento para el caso de los funcionarios municipales, se apoyan en el siguiente presupuesto. Si bien el artículo 1º inciso 2º del Código del Trabajo excluye de la aplicación de sus normas a las personas que indica, en la medida que se encuentren sometidas por ley a un estatuto especial, cuyo es el caso de los funcionarios municipales, lo cierto es que el inciso 3º de la norma citada prevé la posibilidad de que a los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso 2º les sean aplicables las normas del Código del Trabajo si concurren dos requisitos copulativos:

Primero. Que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos.

Segundo. Que ellas no fueren contrarias a los estatutos⁴.

A contrario sensu, la postura que sostiene la improcedencia de la tutela de derechos fundamentales en favor de los funcionarios municipales, sustenta su postura en que dichos funcionarios están sujetos, por regla general, al Estatuto Municipal, Ley N° 18.883, lo que excluye la aplicación del Código del Trabajo en la medida en que hace inaplicables las normas de ese cuerpo legal

³ Pérez con Corporación Municipal de Quellón (2013): Corte Suprema, ROL N° 6691-2013, de 26 de noviembre de 2013 (recurso de queja), considerando décimo.

⁴ Andrade Vera con Ministerio Público (2013): Corte Suprema, ROL N° 5.967-2013, 5 de marzo de 2014 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando quinto.

a los funcionarios municipales, de acuerdo al inciso segundo del artículo 1º. A lo anterior se agrega que la normativa relativa al procedimiento de tutela prevista en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, la hace aplicable a las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas de esa naturaleza que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores y no puede extenderse a materias para las que no está contemplada, como es el caso de los funcionarios públicos en general⁵, y de los municipales, en particular.

Como es posible apreciar, el tópico de la circunscripción de los funcionarios municipales a la normativa de tutela laboral contenida en el Código del Trabajo, es una temática compleja que no ha sido sometida a un tratamiento sistemático. Más allá de los pronunciamientos jurisprudenciales aislados que existen al respecto, no ha habido un interés forense por desarrollar los supuestos de procedencia o improcedencia del procedimiento de tutela a su respecto, aun cuando es posible apreciar más matices que aquellos convergentes en el cuestionamiento de la aplicación del referido procedimiento a los funcionarios públicos en general, en la medida en que en torno a los funcionarios municipales es posible y necesario formular distinciones y prevenciones previas, tales como las planteadas en los párrafos anteriores.

⁵ Castillo Olave con Intendencia Regional de la Araucanía (2011): Corte Suprema, ROL Nº 1.972-2011, 5 de octubre de 2011 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando segundo.

El cuadro sinóptico, de carácter lógico, interpretativo y analítico de la presente de Memoria, se construirá a partir del estudio de los siguientes puntos cardinales:

Primero. Procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales de los trabajadores, ámbito de aplicación, requisitos o supuestos de procedencia, características del procedimiento, entre algunos de los aspectos sustanciales a destacar.

Segundo. Hipótesis de aplicación del procedimiento tutelar regulado a partir del artículo 485 del Código del Trabajo a los funcionarios municipales en general, a los trabajadores sujetos al Estatuto Docente y a los funcionarios de atención primaria municipal.

Tercero. Procedimientos equivalentes materialmente al de tutela laboral contenidos en el Estatuto Administrativo para funcionarios municipales y recurso de protección.

Cuarto. Análisis jurisprudencial en torno a la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores, cuando el Municipio aparece como empleador y examen de los criterios jurisprudenciales para acoger o denegar los recursos de unificación de jurisprudencia deducidos en materia laboral.

Lo anterior será sistematizado a través de capítulos de desarrollo

preestablecidos, en orden a conjugar contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y legales.

A modo introductorio cabe destacar que el artículo 23 de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos prescribe:

“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

La Organización Internacional del Trabajo, ha impulsado el concepto e institución del trabajo decente, consistente en que hombres y mujeres tengan oportunidades de un trabajo que sea productivo y que les genere un ingreso que les permita vivir con dignidad. En otros términos, trabajo decente es aquel que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad

humana⁶.

A partir de la reforma al Código del Trabajo, introducida por la Ley N° 20.087, publicada en el Diario Oficial el 3 de enero de 2006, nuestro ordenamiento jurídico laboral incorpora un procedimiento tutelar de los derechos fundamentales de los trabajadores, que les permite recurrir ante los Juzgados de Letras del Trabajo para obtener el restablecimiento de los derechos constitucionales o legales vulnerados en el ejercicio de las facultades del empleador y que taxativamente se encuentran señalados en el artículo 485 de citado cuerpo legal.

Dentro de las causales contempladas para la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales contemplado en el artículo 485 del Código del Trabajo, cabe señalar que tal normativa indica taxativamente que es procedente sólo por una afectación de los derechos fundamentales de un trabajador consagrados en los números 1 inciso primero, 4, 5 en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6 inciso primero, esto es, la libertad de conciencia, 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, 12 inciso primero, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando

⁶ OIT. 2009. Los Derechos Fundamentales en el Trabajo [en línea] <http://www.ilo.org/groups/public/san_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf [consulta: 24 junio 2013].

aquellos derechos, esto es la libre contratación y la libre elección del trabajo con justa retribución, resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador, numerales todos correspondientes al artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, en tanto el artículo 485 indica que también se aplicará este procedimiento a los actos discriminatorios contemplados en el artículo 2 del Código del Trabajo.

La tutela laboral de derechos fundamentales de los trabajadores es un procedimiento de excepcionalidad y, como tal, las causales que lo hacen procedente son taxativas, por lo que no puede extenderse a otros derechos fundamentales, toda vez que la misma ley procesal laboral ha debido incluirlos, por lo que la acción de tutela no puede fundarse en otros derechos fundamentales distintos de los prescritos por la norma, so pena de ser desechada⁷. Empero, existen zonas grises en la determinación de la aplicación del procedimiento de tutela, si se admite que la regulación estatutaria de relaciones laborales no excluye, per se, la proyección de las normas laborales de protección hacia otras áreas de vinculación personal, con prescindencia de la fuente de la cual deriva (contrato o estatuto).

En el citado contexto, existen dos macro-interrogantes respecto de los funcionarios municipales que es preciso dilucidar para dar una adecuada

⁷ Gallardo Muñoz con ING Seguros de Vida S.A (2010): Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, RIT T-3-2010, 14 de abril de 2010 (demanda de tutela de derechos fundamentales en procedimiento de tutela laboral), considerando primero.

respuesta en torno a la posibilidad de accionar de tutela ante un tribunal con competencia laboral.

Primero, existe disconformidad en los pronunciamientos jurisprudenciales relativos al sometimiento de personas vinculadas de manera distinta a la señalada en los artículos 7º y 8º del Código del Trabajo a las prescripciones del procedimiento de tutela laboral. Misma discusión suscitada a propósito de los funcionarios públicos, dentro de los cuales cabe incluir a los funcionarios municipales.

Luego, el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, expresamente prevé la aplicación de las normas del Código del Trabajo, en dos casos:

i. Respecto de las actividades que se efectúen en forma transitoria en municipalidades que cuenten con balnearios u otros sectores turísticos o de recreación.

ii. Respecto del personal que se desempeñe en servicios traspasados desde organismos o entidades del sector público y que administre directamente la municipalidad se regirá también por las normas del Código del Trabajo.

Aparentemente la cuestión no plantea mayores problemas. Sin embargo, nos parece que la primera hipótesis es tan abierta que, peligrosamente,

produce la inclusión de cualquier Municipio, en la medida en que todas las ciudades mantienen ciertos y determinados atractivos turísticos.

Por otra parte, el Estatuto Docente también se aplica a los profesionales de la educación que prestan servicios para instituciones municipales, mientras el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales se aplica de forma supletoria. Con todo, en este caso la jurisprudencia ha parecido extender la aplicación del supuesto contenido en el artículo 3º del último cuerpo legal citado, no sólo hacia los profesores municipales, sino que también hacia los miembros del Departamento de Educación⁸.

Finalmente, nos encontramos con la exclusión de los funcionarios de las Corporaciones Municipales de la calidad de funcionarios públicos, por lo que sujetos a relaciones laborales de índole privada adhieren íntegramente a la aplicación del procedimiento tutelar de derechos fundamentales laborales inespecíficos.⁹

En segundo término, es preciso determinar la competencia para conocer de las reclamaciones por vulneraciones de derechos (fundamentales y

⁸ Quintanilla Meneses, Yohana Daniela con Ilustre Municipalidad de Rengo (2008): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 6151-2007, de 14 de enero de 2008 (recurso de casación en el fondo), considerando octavo.

⁹ Fernando Pérez Guajardo contra Corporación Municipal para la Educación Salud y Atención De Menores De Quellón (2013): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 695-2013, de 13 de noviembre de 2013 (recurso de protección), considerando séptimo.

estatutarios), disputada entre la judicatura laboral y la Contraloría General de la República.¹⁰

¹⁰ Cortés con Ilustre Municipalidad de Curicó (2014): Corte de Apelaciones de Talca, Sentencia ROL N° 87-2014, de 26 de junio de 2014 (recurso de nulidad), considerando primero.

CAPÍTULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

1. Teoría de los Derechos Fundamentales

La Teoría de los Derechos Fundamentales localiza el umbral de su desarrollo y evolución sobre el estudio de los Derechos Humanos, diferenciados claramente por los autores.

Sin embargo, parece conveniente puntualizar que la dignidad del ser humano ha de ser tenida como piedra angular por sobre la cual se alza la enorme construcción de la Teoría de los Derechos Fundamentales, toda vez que el hombre sea el centro del status jurídico compuesto por la misma condición humana, en donde la libertad es considerada una circunstancia inherente y consubstancial a esa condición¹¹.

Los Derechos Fundamentales no han sido conceptualizados al unísono por la doctrina. Muchos conceptos se han esbozado a su respecto. Sin embargo, la ciencia forense se encuentra conteste en admitir que éstos se encuentran referidos a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad,

¹¹ Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. 2004. Por Francisco Bastida "et al". Madrid, Editorial Tecnos, p. 18.

relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal¹².

En este orden de ideas, el inciso 1º del artículo 1º de la Constitución Política de Chile, preceptúa:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

En el mismo sentido, la doctrina nacional alude a la dignidad del ser humano, como el rasgo distintivo dentro del juicio comparativo entre el hombre y otros seres vivos. La dignidad es el instrumento o medio apto para concebir a la persona como un fin en sí mismo. Así las cosas, en el campo de imprecisión y de la generalidad de los conceptos, arribamos hacia una primera certeza:

La dignidad humana es una cualidad inherente, intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo como tal. Integra irrenunciablemente la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser desconocida a alguna persona por el ordenamiento jurídico.

En el citado orden de ideas, la dignidad humana es la fuente de todos los Derechos Humanos, por lo que, como valor, se posiciona en la cúspide de la pirámide jerárquica de Derechos Fundamentales, de donde se desprende que

¹² SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. 1991. Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) (71): p. 88.

debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. Como señala un autor, la dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los Derechos Fundamentales¹³.

En la misma línea tutelar de la dignidad humana –y como base de los Derechos Fundamentales–, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma que:

"El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres"¹⁴.

Ahora bien, entre nosotros, el profesor José Luis Cea ha hecho un análisis conceptual, dirigido a conseguir la delimitación de los derechos fundamentales, en un sentido similar al antes apuntado:

“Los derechos fundamentales son aquellos derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2003. Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia. Revista *Ius et Praxis* 9(1): p. 405.

¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2008. Informe en Derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción. Revista *Ius et Praxis* 14(2): p. 562.

deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”¹⁵.

Afinando el contenido de los Derechos Fundamentales, convenimos en que no son una mera lírica o construcción metafórica y programática de la Constitución. Sin embargo, resulta forzoso precisar los márgenes teóricos de dichos derechos a través de la exposición de las principales posturas que la Doctrina ha elaborado al respecto.

2. Teorías que pretenden determinar el alcance normativo de los Derechos Fundamentales

Existen múltiples teorías dirigidas a sentar los pilares de una democracia constitucional, en donde los Derechos Fundamentales se alcen como una suerte de barrera infranqueable frente a actos vulneratorios emanados del Estado, salvaguardando la libertad individual y, al mismo tiempo, desprendiéndose de la subjetividad o ambigüedad en que el intérprete pueda caer en su análisis. Los Derechos Fundamentales han de estructurarse desde una perspectiva objetiva, en la medida en que operan como elementos del ordenamiento jurídico¹⁶.

¹⁵ CEA EGAÑA, José Luis. 2002. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial de la Universidad Católica de Chile, p. 221.

¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2005. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista *Ius et Praxis* 11(2): p. 17.

En los acápite siguientes realizaremos una descripción de las teorías revestidas de autoridad, que justifican la existencia y la protección de los derechos fundamentales, como bienes jurídicos intrínsecos del ser humano. Con tal finalidad agruparemos las teorías, cuyos postulados nos proporcionan mayor grado de convicción en cuanto a los fundamentos explicitados en lo que dice relación a la Teoría General de los Derechos Fundamentales, en atención a los comunes denominadores que estructuran las respectivas dogmáticas, principalmente, emanadas de la doctrina de Derecho Comparado.

2.1 Teorías relativas a la naturaleza jurídica de los Derechos Fundamentales

El autor italiano Luigi Ferrajoli sostiene que existen cuatro tesis acerca de los Derechos Fundamentales¹⁷, las cuales vincularemos con las posturas proclamadas por el transandino Dr. Bidart¹⁸, por sus coterráneos, profesor Palombella y Dr. Bovero, como también por el jurista nacional Humberto Nogueira Alcalá.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. 2001. Los fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Trotta, p. 25.

¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán. 1989. Teoría General de los Derechos Humanos. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México N° 120, 444 p.

2.1.1 Tesis de los derechos patrimoniales versus los Derechos Fundamentales

La presente doctrina se inspira en la diferencia innegable e insoslayable que existe entre los derechos de índole patrimonial y aquellos de carácter fundamental. Dentro de un ejercicio de análisis comparativo, la primera nota distintiva dice relación con la titularidad de ambos. Así, los derechos patrimoniales pertenecen a clases enteras de sujetos (V.gr. derechos de los acreedores, derechos del dueño, derechos de los legitimarios, etc.), mientras que los segundos, pertenecen a cada uno de sus titulares con exclusión de los demás.

Ferrajoli agrega que, en la tradición jurídica general, la distinción entre ambas categorías de derechos ha permanecido oculta en razón del uso de una única expresión: “derechos subjetivos”, toda vez que, mediante la utilización de la citada expresión, es posible comprender categorías opuestas de derechos, como son los derechos universales y los derechos singulares, los derechos indisponibles y los derechos disponibles, los derechos inclusivos y aquellos de carácter exclusivo, etc¹⁹.

El análisis de Luigi Ferrajoli se refiere al sujeto activo de los denominados “derechos subjetivos”. Sin embargo, Germán Bidart se introduce en un campo distinto y, en nuestra opinión, más complejo: en el del sujeto

¹⁹ Ibídem.

pasivo de los Derechos Fundamentales. En su opinión, un estudio que arroje utilidades a la Teoría General de los Derechos Humanos debe centrar su búsqueda en la ontología envuelta en el carácter bilateral de dichos derechos y, en determinar si un derecho existe porque, precedentemente, otro sujeto se encuentra gravado en beneficio del titular²⁰. En respuesta a su interrogante, concordamos con la señalada ambivalencia de los Derechos Fundamentales, toda vez que nos hallamos ante derechos cuya vigencia puede ser exigida a dos sujetos pasivos distintos: el Estado y el resto de los particulares²¹. Nos parece necesario señalar que los derechos patrimoniales tienen, en la vereda de la pasividad de la relación jurídica, a ciertas personas –en general determinadas–, que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído obligaciones correlativas y de quienes puede exigirse su cumplimiento, según se desprende de lo establecido por el artículo 578 del Código Civil.

Coinciden en este punto las ideas del profesor italiano de la Universidad de Pisa, Gianluigi Palombella, empero, insiste en la utilidad de distinguir el contenido de los diversos Derechos Fundamentales²². Lo anterior, porque si tomamos como ejemplo el derecho a la seguridad social, que entre nosotros se encuentra garantizado en el numeral 18 del artículo 19 de la Constitución

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán. op. cit. p. 20.

²¹ Op. cit. p. 24.

²² PALOMBELLA, Gianluigi. 1999. Derechos Fundamentales. Argumentos para una teoría. Revista Doxa (22): p. 529.

Política de la República, debemos concluir que el sujeto pasivo, que es el Estado, está obligado a otorgar una prestación social y no una mera abstención.

Cabe adicionar como elemento de cotejo, entre los derechos patrimoniales y los Derechos Fundamentales, el que se encuentran arraigados en distinta ascendencia jurídica. Los derechos patrimoniales provienen del desarrollo del Derecho Romano y la tradición civilista, mientras que el estudio de los Derechos Fundamentales prolifera a partir de las doctrinas impartidas por la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII.

2.1.2 Tesis de los Derechos Fundamentales como expectativas vitales

La segunda de las hipótesis expuestas por Ferrajoli, señala que los Derechos Fundamentales se condicen con las expectativas de todos los seres humanos, por lo que es posible concebirllos como el “fundamento y parámetro de la igualdad jurídica”. Sostiene la misma idea en un artículo publicado en el año 2006 por la Universidad Autónoma de México, al expresar que deben estar garantizados como fundamentales todos los derechos vitales cuya tutela es condición necesaria para la paz²³.

En el citado sentido, la Corte Constitucional de Colombia sustenta su decisión en la doctrina de las expectativas vitales, en la especie, sobre el

²³ FERRAJOLI, Luigi. 2006. Sobre los Derechos Fundamentales. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Cuestiones Constitucionales, Universidad Nacional Autónoma de México (15): p. 117.

derecho de las personas a la seguridad social, del cual emana el derecho a la subsistencia. Radicalmente, la citada judicatura expresa que, aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia, éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir²⁴.

El aporte del juicio expuesto y envuelto en la teoría de los Derechos Fundamentales como expectativas vitales, es que los referidos derechos comprenden no sólo aquellos que se encuentran expresamente resguardados en un Estado de Derecho, sino que se extenderían a aquellos derechos de igual entidad.

Creemos reconocer una gran similitud entre ésta teoría y dos tesis que intentan extender la protección de sus postulados hacia nuevos –o al menos, no tradicionales– bienes jurídicos. La primera, es aquella elaborada en sede civil para extender el ámbito de perjuicios reparables en virtud de la responsabilidad aquiliana²⁵. La segunda es la teoría de los derechos implícitos, que abre el campo de reconocimiento y tutela de los Derechos Fundamentales hacia aquellos que pueden derivarse de los directamente estatuidos en las Cartas Fundamentales.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° T-426-92, de 24 de junio de 1992, Sala Segunda de Revisión, Santafé, Bogotá, D.C.

²⁵ v. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. 2012. Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho de la Universidad de Chile. Comentarios de Jurisprudencia (2): p. 253.

Desde esa perspectiva, creemos que a la teoría de las expectativas puede dársele dos enfoques diversos. En principio, bien podría asumirse que un hecho, acción o abstención que genera un daño en una expectativa, más si se le otorga el adjetivo de “vital”, debe ser reparado por su autor.

Así las cosas, el derecho a una expectativa vital, como lo es el derecho a la salud, ante una lesión real y efectiva, debe ser reparado o reestablecido en cuanto al imperio del mismo derecho.

Luego y a mayor abundamiento, complementa idóneamente lo anterior la teoría expuesta por ciertos autores nacionales, entre los cuales cabe destacar al profesor Humberto Nogueira Alcalá, en torno a los derechos fundamentales implícitos²⁶.

Los derechos implícitos son aquellos no enumerados en el catálogo de Derechos Constitucionales, en nuestra Carta Fundamental, dentro del Capítulo III. Sin embargo, su consagración constitucional deriva del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, literal c), que dispone:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

²⁶ v. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2007. Derechos contenidos en Tratados de Derechos Humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional. Revista Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (2): p. 458.

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno [---]”.

De la transcrita disposición se desprende el efecto vinculante de otros derechos que, aun cuando no se encuentran recogidos expresamente por los pactos internacionales o por las Leyes Fundamentales internas, quedan implícitamente garantizados en virtud de la disposición citada, teniendo en consideración lo señalado en el inciso 2º del artículo 5º de la misma Constitución.

La perspectiva de que los derechos esenciales no son solamente los establecidos en el texto de la Constitución Formal, sino que se amplifican hacia los derechos implícitos, ha sido precisado el propio Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de octubre de 1995, considerando 25º, el cual afirma que:

“La doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”²⁷.

²⁷ Ibídem.

Siguiendo con nuestro ejemplo inicial, la Carta Fundamental nacional asegura en el artículo 19 N° 9, a todas las personas, el derecho a la protección a la salud, más no el derecho a la salud, calificado correctamente como un derecho de expectativa vital. Sin embargo, el derecho a la salud es también un derecho fundamental reconocido y tutelado por el orden jurídico. Lo anterior se encuentra reforzado por la autoridad de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional. Así las cosas, en fallo de 2011, el citado tribunal expresó:

“Que, en el caso de autos, no se está en presencia de una obligación de aquellas que la Carta Fundamental ha reservado a una ley orgánica constitucional, sino que se trata más bien de una normativa referente a la seguridad de las actividades comprendidas dentro de los proyectos de faenas o instalaciones mineras, que se vincula a derechos fundamentales como la vida, la salud, la seguridad o el vivir en un medio ambiente libre de contaminación”²⁸.

En idéntico sentido, la Corte Suprema, en sentencia del mismo año, declara que sólo es indemnizable la pérdida de una opción de recuperación de la salud, que se denomina “pérdida de chance”, cuando se acredite que el supuesto es efectivo, esto es, que real y seriamente existía la posibilidad de sanación o sobrevida y que ésta se ha perdido por efecto de la mala actuación.

Y agrega:

²⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2036-2011, de 18 de octubre de 2011, considerando quinto.

“[---] Que de lo antes apuntado surge que el daño moral demandado en autos se reconoce con la noción amplia que se ha reseñado, pues se ha hecho valer la pérdida o menoscabo de los intereses extrapatrimoniales en una doble significación. En efecto, se alegó por una parte que la conducta constitutiva de la falta de servicio, esto es la falta de tratamiento oportuno y el errado diagnóstico de la enfermedad que aquejaba a la actora, acarreó sufrimiento por haber producido un agravamiento de la enfermedad. Pero también se invocó que la sola circunstancia de conocer el verdadero diagnóstico en forma tardía importó una perturbación psicológica. En otras palabras, que se afectaron los sentimientos y expectativas de la víctima, particularmente su paz y tranquilidad emocional”²⁹.

Para finalizar nuestro argumento, es preciso anotar la coherencia con que el Tribunal Constitucional ha introducido el elemento de las expectativas en la tratativa de los Derechos Fundamentales, según demuestra un fallo del año 2011, mediante una sucinta oración que revela lo siguiente:

“El horizonte de los derechos es ilimitado como lo son los deseos y las expectativas de la humanidad”³⁰.

²⁹ González Castro con Servicio de Salud de Concepción (2011): Corte Suprema, Sentencia Rol N° 4149-2009, 22 de agosto de 2011 (recurso de casación en la forma y en el fondo), considerando décimo quinto.

³⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1881-2011, de 3 de noviembre de 2011, considerando primero.

2.1.3 Tesis de la naturaleza supranacional de los Derechos Fundamentales

A partir de ésta hipótesis, se ha venido sosteniendo que los Derechos Fundamentales no pueden ser restringidos a aquellos relativos a los derechos de la ciudadanía, sino que se extienden también a aquellos que confieren poderes a las personas, con prescindencia de la misma³¹.

De esta manera, los Derechos Fundamentales se alzan como derechos supranacionales, constituyéndose a sí mismos como límites externos dirigidos hacia los poderes públicos y como base de una democracia internacional.

En nuestro concepto, la naturaleza supranacional de los Derechos Fundamentales tiene dos alcances diversos, uno externo y otro interno.

Desde la perspectiva externa, los Derechos Fundamentales constituyen objeto de protección internacional, mediante la salvaguardia de la comunidad mundial. En efecto, la diferenciación entre derechos supranacionales y derechos de la ciudadanía, se deriva de la idea de pertenencia de una persona a una *civitas*, es decir, a una comunidad política³². De lo anterior, y ante los lamentables eventos suscitados a propósito de las guerras mundiales que tuvieron como escenario una gran cantidad de países del orbe, se ha

³¹ FERRAJOLI, Luigi. 2001. op. cit. p. 26.

³² BOVERO, Michelangelo. 2001. Tutela supranacional de los Derechos Fundamentales y ciudadanía. Revista Internacional de Filosofía Política (18), Traducc. por Corina Yturbe: p. 6.

devengado la reivindicación supra-estatal de los Derechos Fundamentales, mediante el acceso a la justicia internacional.

En este punto, nos parece importante destacar cómo la jurisprudencia argentina ha declarado, sin timidez, la supeditación del derecho local, en lo que dice relación a los Derechos Fundamentales y a la persecución de los delitos de lesa humanidad, al sistema internacional de Derechos Humanos, como también en lo que respecta a la tutela que ejercen los organismos supranacionales de protección a los referidos derechos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así las cosas, la Corte Suprema del vecino país, expresó:

“[---] El desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos impone en la etapa actual del acelerado despertar de la conciencia jurídica de los Estados de investigar los hechos que generaron las violaciones a aquéllos, identificar a sus responsables, sancionarlos y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación -en el caso, se declaró la inaplicabilidad de las leyes 23.492 y 23.521 denominadas respectivamente "de punto final" y "de obediencia debida"- (Adla, XLVII-A, 192; XLVII-B, 1548), a fin de evitar la impunidad y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción (del voto del doctor Boggiano).

Que según la teoría de la jurisdicción universal, sin necesidad de abrir juicio aquí sobre las prácticas extranjeras comparadas, tales delitos podrían ser juzgados aun fuera del país en el que se hubiesen cometido, los delitos contra el derecho internacional pueden fundar la jurisdicción universal de cualquier Estado según la costumbre internacional por violar una norma de ius cogens en modo sistemático lesionado el derecho internacional”³³.

Desde la perspectiva interna, la supranacionalidad de los Derechos Fundamentales impone a todos los órganos estatales, incluyendo al órgano legislativo, la obligación de respetar y promover el ejercicio de los derechos. Lo anterior tiene consagración positiva en el texto de nuestra Carta Fundamental, específicamente, en el inciso 2º y final del artículo 5º³⁴. En el citado orden, el Tribunal Constitucional, ha precisado:

“Pues bien, la sujeción de tales órganos a lo ordenado en aquel precepto es aún más categórica e ineludible si se tiene presente que se trata de una base del sistema institucional, cuyo vigor normativo se irradia, de manera

³³ Corte Suprema de la Nación (Argentina), ROL N° 1767, de 14 de junio de 2005 (recurso de hecho), considerando vigésimo noveno.

³⁴ Artículo 5º inciso final de la Constitución Política de la República de Chile: “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”.

directa e inmediata, a la Carta Fundamental entera y a su legislación complementaria”³⁵.

Nos resta advertir que, sin perjuicio de que el respeto a los Derechos Fundamentales constituya una limitación a los órganos del Estado -en el ejercicio de la soberanía-, tanto la doctrina nacional como de Derecho Comparado han sindicado –también– la naturaleza relativa de aquellos derechos, toda vez que la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, por tanto, es posible restringir el ejercicio de un Derecho Fundamental cuando tal limitación se halle razonablemente justificada, justificación que debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien pueda extraerse implícitamente de ésta³⁶.

2.1.4 Tesis de las garantías

Finalmente, Ferrajoli condiciona su posición particular a la relación que deviene entre los Derechos Fundamentales y sus garantías.

La idea garantista impuesta a los Derechos Fundamentales se halla estrechamente vinculada a la tesis de las expectativas, en razón de que constituyen expectativas negativas V. gr. de no ser privado, perturbado o

³⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 437-2005, de 21 de abril de 2005, considerando décimo tercero.

³⁶ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio. 1997. La Garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, p. 22.

amenazado en el legítimo ejercicio de un derecho , o positivas V. gr. que el orden jurídico premuna al individuo de las providencias necesarias para que el Estado restablezca el imperio del derecho y asegure la debida protección del afectado , a las que corresponden obligaciones de prestaciones y prohibiciones de lesión, en la nomenclatura utilizada por el autor en comentario³⁷.

En este orden de ideas, las garantías tutelares de los Derechos Fundamentales pueden clasificarse de la siguiente manera:

i. Garantías primarias. Se restringen a las obligaciones de prestación y a las prohibiciones de lesión.

Ajustando su significación a lo dispuesto en nuestra Constitución Política de la República, afirmamos como ejemplo de una garantía primaria de obligación-prestación, la consignada en el inciso 1º del artículo 8º:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

Por otra parte, materialización de una garantía primaria de prohibición de lesión, es el Derecho Fundamental de igualdad ante la ley, cuya consagración constitucional aparece en el inciso final del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, según el cual:

“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. 2001. op. cit. p. 26.

ii. Garantías secundarias. Se traducen en las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente la lesión de los derechos en su faz de garantías primarias. V. gr. artículo 19 N° 7 letra i):

“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”³⁸.

El autor subraya que la tesis de las garantías se opone a la concepción iusnaturalista, que en opinión del grueso de la doctrina nacional es la que inspira la Constitución Política de Chile³⁹, puesto que el Estado reconoce y positiviza –no crea– los Derechos Fundamentales, dotándolos del carácter de límites a los poderes públicos en su conjunto.

³⁸ N.B que la reparación recae sobre las garantías primarias de prestación consignada en el inciso final del artículo 5° de la Constitución en sentido material, específicamente en el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica: la presunción de inocencia. Al respecto v. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. 2008. Principios y garantías del proceso penal chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 74. y, en aquella consignada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución en sentido formal, esto es, el derecho al debido proceso. v. GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Revista Centro de Estudios Constitucionales de Chile (2): p. 229 y ss.

³⁹ “Son derechos que emanan y tienen su fundamento en la naturaleza humana, que es anterior al Estado. Este los reconoce, los proclama, los asegura y los regula para su ejercicio en sociedad”. MOLINA GUAITA, Hernán. 2011. Derecho Constitucional. 11ª Edición. Santiago, Editorial AbeledoPerrot, p. 198.

En este orden de cosas, se arribaría a la conclusión de que los poderes públicos instituyen la legitimidad de los Derechos Fundamentales y no a la inversa⁴⁰.

2.2 Teorías de los Derechos Fundamentales en cuanto a sus límites

El tópico de las limitaciones a los Derechos Fundamentales es un tema de alta complejidad, por lo que plantearemos los lineamientos que nos permitan seguir avanzando en la agudización de nuestro estudio.

Prima facie, debemos señalar que los Derechos Fundamentales tienen límites externos, generales u ordinarios, y otros que son denominados internos, excepcionales o extraordinarios.

2.2.1 Tesis de los límites externos de los Derechos Fundamentales

Los límites externos de los Derechos Fundamentales son aquellos bienes o intereses que, considerados de manera individual o colectiva, pueden entrar en conflicto con el mismo derecho, en la medida en que son ejercidos.

Adicionemos que los límites generales u ordinarios, no se encuentran orientados a restringir el contenido de los Derechos Fundamentales;

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. 2001. op. cit. p. 28.

únicamente se circunscriben a la garantía y protección de los Derechos Fundamentales de los demás.

Dentro de una sociedad democrática, es necesario tutelar el ejercicio individual o grupal de los referidos derechos, de manera que tal ejercicio no se entrometa ilegítimamente en la esfera del ejercicio individual o grupal de los derechos de otros. En pos de velar por el ejercicio armónico de los Derechos Fundamentales y la observancia de ciertos valores o intereses legítimamente protegidos, se establecen ciertos límites generales, a través de fórmulas abiertas como: el orden público, la seguridad nacional, la moral, las buenas costumbres, entre otras.

De ahí que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre preceptúa: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”⁴¹.

Sostenemos que nuestra Constitución Política de la República no es ajena a la limitación en estudio. Por el contrario, el constituyente, en el artículo 19 N° 24, externalizó limitaciones al derecho de dominio, a través de dos mecanismos.

Primero, el inciso 2º de la referida norma constitucional expresa que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su

⁴¹ Artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

función social, adicionando que la función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Segundo, mediante la institución de la expropiación, el inciso siguiente prevé que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

Por su parte, la doctrina española⁴² ha perfilado la hipótesis de las limitaciones externas de los Derechos Fundamentales, dentro de los límites legítimos que les son impuestos.

Así las cosas, en la configuración de los límites externos, es preciso cumplir con cuatro requerimientos copulativos:

- i. Debe existir una habilitación constitucional para la imposición de un límite.
- ii. Dicho límite solo puede imponerse por ley.
- iii. El límite solo puede justificarse en otro derecho o bien constitucional.

⁴² MUÑOZ LORENTE, José. 1998. Libertad de Información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, p. 31 y ss.

iv. Finalmente, en la limitación externa siempre debe respetarse el contenido esencial del derecho.

En síntesis, cabe señalar que las limitaciones generales impuestas al ejercicio de los Derechos Fundamentales, en razón de valores o intereses legítimamente protegidos, deben ser establecidas por ley, puesto que no cabe aplicarlos de manera informal. En este orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”⁴³.

La generalidad de las señaladas limitaciones, se explica porque son impuestas de manera permanente, bajo todo orden, circunstancia o lugar⁴⁴.

⁴³ Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

⁴⁴ MELÉNDEZ, Florentín. 2012. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado. 8ª Edición. Bogotá, Fundación Editorial Universidad del Rosario, p. 115.

2.2.2 Tesis de los límites internos de los Derechos Fundamentales

Luego de realizar un estudio concienzudo de las tesis relativas a los límites internos de los Derechos Fundamentales, nos hemos percatado de que la doctrina utiliza en sentidos diversos la internalidad de las referidas cortapisas, lo que hace que apunten al tratamiento de cuestiones que no admiten relación directa. Nos explicaremos.

En principio, la teoría de los límites internos de los Derechos Fundamentales dice relación con el sentido y contenido mismo del derecho⁴⁵, pero la dogmática jurídica la ha analizado desde los siguientes puntos de vista.

a) Límites internos en situaciones de excepción

Los límites excepcionales o extraordinarios a los Derechos Fundamentales se refieren a la aplicación de ciertas instituciones jurídicas de excepción, destinadas a regir en situaciones de emergencia o en estado de excepción constitucional⁴⁶⁻⁴⁷.

Los instrumentos internacionales establecen ciertos principios y reglas de común aplicación a la alteración del normal ejercicio de los Derechos

⁴⁵ SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. op. cit. p. 87.

⁴⁶ V. CRUZ VILLALÓN, Pedro. 1984. Estados excepcionales y suspensión de garantía. Madrid, Editorial Tecnos, p. 19.

⁴⁷ El artículo 39 de la Constitución Política de la República de Chile preceptúa: "El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado".

Fundamentales en los estados de excepción constitucional, sin perjuicio de que existan derechos que han sido calificados de inderogables, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la dignidad humana y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo.

Suma y sigue, la doctrina ha puntualizado que existen, también, principios que son inderogables, aún en los estados de excepción, como son el principio de legalidad, el principio de tutela judicial efectiva, el principio de igualdad ante la ley, entre otros⁴⁸.

En esta parte, consideramos trascendental hacer referencia al valor interpretativo, y consecuentemente normativo, de los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Fundamentales, en el orden jurídico interno.

Adherimos a la doctrina y jurisprudencia españolas en lo que respecta a la integración entre el contenido constitucional de su ordenamiento jurídico y el de estos instrumentos convencionales internacionales, en el siguiente orden de cosas:

“Esta especialidad se da por muchos factores, entre los que destacar⁴⁹ tanto la especial integración supranacional e internacional (facilitada por el artículo 10. 2º CE) cuanto por la singularidad de las fuentes (así, la particular eficacia directa de los derechos y la relativización de la posición del legislador) y

⁴⁸ MELÉNDEZ, Florentín. op. cit. p. 127.

⁴⁹ N.B que se ha respetado en la cita la redacción original del autor, sin perjuicio de que la frase carezca de un conector, tal como “cabe destacar”, en pos de su acertada inteligencia.

relevancia de la interpretación constitucional de los derechos y la necesidad de integrar y maximizar tanto los diversos derechos cuanto los diferentes bienes constitucionales. Todo ello lleva a una metodología especial, con una casi única forma de razonar y argumentar”⁵⁰.

Lo anterior se debe a que el artículo 10 N° 2 de la Constitución española, señala que las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. A propósito de la jerarquía de los Tratados Internacionales, de la especificación del alcance del contenido normativo de los Derechos Fundamentales en ellos consagrados y de lo dispuesto por el artículo 96 del mismo cuerpo normativo (cuyo texto prevé que los Tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno), la judicatura española ha señalado que la primera de las disposiciones aludidas, esto es, el artículo 10 N° 2, abre la puerta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, subrayando que el constituyente no le otorgó rango constitucional a los Tratados Internacionales que versan sobre esos derechos, pero que el mandato que obliga a interpretar los Derechos Fundamentales conforme a lo prescrito en ellos, hace que en la práctica, el contenido regulado en el Tratado

⁵⁰ COTINO HUESO, Lorenzo. 2007. Derecho Constitucional II. Derechos fundamentales. Materiales docentes de innovación educativa. Valencia, Publicaciones Universidad de Valencia, p. 16.

internacional se convierta, en cierto modo, en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades⁵¹. No está demás recalcar que, si bien es cierto, no existe en nuestra Constitución una norma similar a la del artículo 10º de la Ley Fundamental española, nuestro Tribunal Constitucional ha explicitado que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución, dentro de lo que denomina “deber de interpretación conforme”⁵².

Con todo, la misma judicatura ha dejado en claro que dicha interpretación puede ajustarse a la discrecionalidad de los jueces y que los Derechos Fundamentales contenidos en Tratados Internacionales tienen rango infra-constitucional y supra-legal, por tanto, no es equiparable el valor vinculante de la interpretación de los Tratados en el derecho interno.

b) Fuentes de las limitaciones internas

Sin lugar a dudas, las limitaciones internas a los Derechos Fundamentales encontrarán su principal fuente en la Constitución misma, empero, no se agotan en ella. En primer término, los límites intrínsecos están

⁵¹ COTINO HUESO, Lorenzo. 2008. Materiales para la Maestría de Derecho Público. España, Universidad Santo Tomás, p. 228.

⁵² Tribunal Constitucional Español, Sentencias ROLES N° 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados, de 23 de enero de 2013, considerando segundo.

referidos a aquellos contenidos o insertos en la Carta Fundamental, lo que no significa que la Constitución Política de la República los defina expresamente.

Luego, el contenido de un determinado derecho puede ser definido por el legislador en el marco del desarrollo y ejercicio de ese derecho, con la prevención contenida en el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Fundamental.

Finalmente, y en último término, corresponde al Tribunal Constitucional determinar el alcance, sentido y contenido de los Derechos Fundamentales⁵³.

Ahora bien, las limitaciones a los Derechos Fundamentales pueden derivarse del propio texto de la Constitución, como también por encargo de ésta, en otra norma de rango inferior. De allí que sea necesario formular las distinciones que siguen.

2.2.2.1 Limitaciones expresamente establecidas en la Constitución

Las restricciones directamente constitucionales constan en la propia Carta Fundamental, sin existir delegación a otra autoridad o persona para imponer tales limitaciones⁵⁴. Podemos hallar ejemplo de lo anterior en el artículo 19 N° 6 inciso 1º, en el siguiente orden:

⁵³ ABA CATOIRA, Ana. 1998. El concepto jurisprudencial de límite de los Derechos Fundamentales. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, España (2): p. 18.

⁵⁴ TÓRTORA ARAVENA, Hugo. 2010. Las limitaciones a los Derechos Fundamentales. Revista Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca (2): p. 176.

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: N° 6. 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”.

2.2.2.2 Limitaciones indirectamente establecidas en la Constitución

En ciertos casos, la Constitución utiliza una técnica distinta, en la medida en que no impone las limitaciones, pero sí las autoriza. Vale decir, no se trata de restricciones expresamente establecidas en la Carta Fundamental, sino que es ésta la que genera competencia en favor de la ley u otro tipo de norma, para que sean ellas las que impongan la limitación respectiva⁵⁵. Como manifestación de aquello, anotaremos lo apuntado por el constituyente en el artículo 19 N° 16, inciso 4°:

“Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley así lo declare”.

En síntesis, y sin perjuicio del análisis particular de las teorías hasta ahora expuestas, creemos que lo distintivo –sustancialmente- de un Derecho

⁵⁵ Ibídem.

Fundamental es el hecho de constituir una facultad o poder indispensable para que una persona tenga la posibilidad de lograr su desarrollo pleno⁵⁶.

“El respeto a la dignidad de la persona humana es un valor fundamental de nuestro orden constitucional. La dignidad, a su vez, es la base y la medida de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, sólo son auténticos Derechos Fundamentales aquellos intereses o facultades cuya protección o satisfacción, según el caso, resulta exigida por la dignidad humana (o, en palabras del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”), aun cuando, en los hechos, no se encuentren tutelados judicialmente⁵⁷.

2.3 Teorías de los Derechos Fundamentales como principios jurídicos

En nuestro medio, la sistematización dual del Derecho Constitucional, que comprende la diferencia entre reglas y principios, ha sido sostenida por diversos autores nacionales⁵⁸ y de Derecho Comparado⁵⁹.

⁵⁶ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. 2008. Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno Comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 536.

⁵⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2009. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. Revista Estudios Constitucionales 7(2): p. 158.

⁵⁸ V. UGARTE CATALDO, José Luis. 2011. Los derechos en su nueva hora: La teoría externa de los Derechos Fundamentales. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte (2): p. 362 y ss.

⁵⁹ V. BOROWSKY, Martín. 2003. La estructura de los Derechos Fundamentales (traducc. por BERNAL PULIDO, Carlos. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, p. 67 y ss.; V. a. BERNAL PULIDO, Carlos. 2007. Principio de proporcionalidad y Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 458 y ss; y V.t. LOPERA,

Así las cosas, parte importante de la doctrina sostiene que la Teoría General de los Derechos Fundamentales se estructura sobre la base de la distinción entre reglas y principios, según los postulados de la denominada “tesis de la demarcación”.

Es así como los principios expresarían extremos más abiertos o genéricos, mientras que las reglas son más específicas. Sin perjuicio de lo anterior, cierta doctrina de Derecho Comparado ha estimado superflua la distinción, en los siguientes términos:

“Entre las normas que los juristas llaman principios generales y las normas que integran las partes generales solo hay una diferencia de grado, en el sentido que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, sino imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios”⁶⁰.

Con todo, la Teoría de los Derechos Fundamentales, al menos a la luz de las doctrinas impartidas por Robert Alexy, se basa en el estudio de las normas fundamentales directamente estatuidas y de aquellas de carácter adscritas. Para Alexy, toda aseveración acerca de la existencia de un Derecho Fundamental, presupone la vigencia de una norma de derecho fundamental⁶¹. En virtud de lo anterior, cabe sostener que los Derechos Fundamentales son

Gloria. 2006. Principio de proporcionalidad y ley penal. Madrid, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 135.

⁶⁰ ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E. 1987. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 129.

⁶¹ ALEXY, Robert. 1993. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, p. 43.

principios y éstos pueden ser entendidos como mandatos de optimización. El Tribunal Constitucional Español, acogiendo la tesis de los Derechos Fundamentales como principios, señaló que el examen de constitucionalidad debe tener como eje central, el juicio tendiente a determinar si la intervención en los Derechos Fundamentales cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Dicha declaración reza lo siguiente:

“Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto la garantía del orden público sin peligro para personas y para bienes ; si además es necesaria en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma es proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”⁶².

Ahora bien, coincidimos en que no existe división cualitativa a vislumbrar entre los principios y las reglas, toda vez que ambos son entidades normativas con idéntica fuerza vinculante, por lo que no se divisan razones fundadas para

⁶² Tribunal Constitucional Español, Sentencia Rol 66-1995. En: BERNAL PULIDO, Carlos. 2007. Los Derechos Fundamentales y la Teoría de Los Principios ¿Es la Teoría de Los Principios la base para una teoría adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho (30): p. 277.

hacer prevalecer la condición ontológica de principio por sobre su naturaleza jurídica de precepto⁶³.

De lo anterior se pueden colegir las siguientes premisas⁶⁴:

a) La esencialidad de ciertos derechos se funda en el campo de lo antropocéntrico. De allí que el artículo 1º inciso 4º de nuestra Carta Fundamental expresa: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común [---]”.

En suma, resulta lícito catalogar de “Fundamentales” a aquellos Derechos que han de ser tenidos como los más básicos y primarios para el ser humano, en orden a la inherencia al desarrollo de la personalidad que conllevan⁶⁵.

⁶³ VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia. 2011. Proporcionalidad y Límites de los Derechos Fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana. México D.F, Editorial Porrúa, p. 100.

⁶⁴ N.B que en esta parte seguimos a BASTIDA, Francisco “et al”. 2004. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid, Editorial Tecnos, p. 24.

⁶⁵ Creemos la Constitución Política de la República recoge el principio de esencialidad de los Derechos, en cuanto a los Derechos Fundamentales a través de la interpretación y aplicación armónica de las siguientes normas. Primero, el citado artículo 1º inciso 4º de la Constitución señala: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Ahora bien, dentro de los deberes del Estado –que está al servicio de la persona humana- está aquel contenido en el inciso 2º del artículo 5º de la Carta fundamental, que en lo pertinente expresa: “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”. Finalmente, el artículo 19 N° 26 prescribe: “La seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

b) El carácter de “Fundamental” de los Derechos es una manifestación natural del ser humano, no del deber ser de la norma constitucional, por lo que cabría afirmar que no es Fundamental un Derecho por estar así consagrado en el Derecho Positivo (Constitución en sentido formal).

c) Los Derechos Fundamentales se insertan dentro de la esfera social y dicha inserción es exclusiva y excluyente de los poderes del Estado⁶⁶. Lo anterior no significa que los referidos derechos no puedan ser, bajo ningún supuesto, limitados, sino que, de manera excepcional, podrá la ley limitarlos, siempre y cuando esté constitucionalmente habilitada para tal efecto⁶⁷.

d) La Fundamentalidad de los Derechos se encuentra condicionada al nexo reconocible entre el campo de las libertades, en cualquiera de sus expresiones (libertades negativas, civiles o derechos de libertad) y el campo de lo social, aun cuando se trate de relaciones entre individuos⁶⁸.

⁶⁶ N.B que el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, declara: “Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

⁶⁷ Ejemplo de lo anterior es el artículo 19 N° 24 inciso 3° de la Constitución Política de la República, que expresa: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”.

⁶⁸ “La única relación con el poder es de defensa frente a injerencias que no tengan apoyo legal. Por eso en la doctrina liberal los derechos fundamentales reciben el nombre de libertades negativas, libertades civiles o derechos de libertad y se articulan jurídicamente como derechos reaccionales o de defensa”. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. 2004. Por Francisco Bastida “et al”. op. cit. p. 24.

e) El Derecho positivo sólo participa, en el ámbito de los Derechos Fundamentales, dentro del ámbito de sus limitaciones –autorizadas constitucionalmente– y en el ámbito de los procedimientos reaccionales de tutela, en virtud de los cuales el ordenamiento jurídico reacciona frente a las perturbaciones, amenazas o privaciones a los Derechos Fundamentales⁶⁹.

f) La positividad relativa que existe frente a la configuración de los Derechos Fundamentales, beneficia la supremacía de lo fundamental por sobre los poderes estatales o públicos y se extiende, incluso, hasta la esfera jurídica, toda vez que la protección de estos derechos no puede ser ejercida por sobre las limitaciones sociales inherentes a las relaciones inter-humanas⁷⁰. Creemos que, materialización de lo anterior, es lo consignado por el constituyente en el inciso 3º del artículo 1º de la Carta Fundamental, que señala:

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Por otra parte, el inciso 3º del artículo 19 Nº 16, en cuanto a la libertad de trabajo, prohíbe las discriminaciones. Sin embargo, autoriza aquellas diferenciaciones basadas en la capacidad o idoneidad personal para el cargo o trabajo, lo que se desprende directamente de la no intervención del Estado en

⁶⁹ Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. 2004. Por Francisco Bastida “et al”. op. cit. p. 24.

⁷⁰ *Ibíd.*

el legítimo derecho del empleador de dirigir y organizar su empresa, según mejor se encuadre dicha dirección y organización con los intereses empresariales.

3. Características de los Derechos Fundamentales

Los Derechos Fundamentales están dotados de ciertas características que los distinguen e individualizan en relación a otros derechos. En dicho contexto, los acápites siguientes estarán destinados a la exposición de las notas particulares de la categoría de derechos en estudio.

3.1 Universalidad

El carácter universal de los Derechos Fundamentales ha sido tradicionalmente acogido por la doctrina, tanto nacional⁷¹ como de Derecho Comparado⁷², en orden a admitir la estructura cosmopolita de dichos derechos, teniendo como principal base el reconocimiento dado por la DUDH. El preámbulo del citado instrumento internacional, en su párrafo 6º, sostiene:

“Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el

⁷¹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. 2011. Introducción al Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 246.

⁷² CERNA, Christina. 1995. La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socioculturales. Revista Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo II. San José, Costa Rica, p. 377-396.

respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”.

Sin perjuicio de la autoridad que representa la transcripción antes hecha, cabe preguntarse si el carácter de universal es inherente al respeto de los Derechos Fundamentales o a los Derechos Fundamentales en sí mismos. De la lectura literal de lo expresado por los Estados miembros en la DUDH, aparece que los Derechos Fundamentales deben ser respetados universalmente, lo que coincide con señalar que todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional son sujetos pasivos del deber natural de reverenciar su observancia. Por otra parte, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993, señala en la parte final del párrafo 1º, lo siguiente:

“El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas”.

En idéntico sentido, el párrafo 5º de la citada Declaración, expresa:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”⁷³.

Sin embargo, creemos que desde la perspectiva de la lectura agotada del carácter universal de los Derechos Fundamentales, éstos deben tenerse como

⁷³ Op. cit. p. 380.

universales en su contenido, como también en el respeto que la comunidad nacional e internacional deben darles. Particularmente, sostenemos que lo anterior cobra una importancia más que teórica, en la medida en que su interpretación deba hacerse en términos extensivos. Reafirma nuestra postura lo señalado por el catedrático Agustín Squella, de la siguiente manera:

“La generalización de los derechos humanos ha sido posible gracias a la idea de que se trata de derechos universales, con lo cual queremos decir que la generación o extensión de esta clase de derechos se ha visto favorecida en los hechos porque tanto en el plano conceptual como en el deontológico, esto es, tanto a la hora de ofrecer un concepto de derechos humanos como a la de señalar una dirección deseada para los mismos, se ha insistido siempre en la universalidad de los mismos”⁷⁴.

En síntesis, los Derechos Fundamentales se aplican a todas las personas de todos los países, razas, religiones, sexos y regímenes políticos. La historia fidedigna del establecimiento de la DUDH sustenta la doctrina de la universalidad en contenido y en observancia, como consecuencia la segunda de la primera, dado que dicho instrumento que, en un principio, iba a denominarse “Declaración Internacional de Derechos Humanos”, optó por la nomenclatura de DUDH, en orden a dar preeminencia a la persona como miembro de la sociedad humana y como sujeto directo del Derecho

⁷⁴ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, op. cit. p. 246.

Internacional de Derechos Humanos⁷⁵. La universalidad tiene a todas y cada una de las personas como titulares, lo que en nuestra Constitución Política de la República se encuentra plasmado en el inciso 1º del artículo 1º⁷⁶. Ahora bien, que la generalidad de la doctrina y declaraciones sobre Derechos Fundamentales contenidas en instrumentos internacionales aludan a la universalidad de estos derechos, no significa que esa adjetivación no haya sido fuertemente criticada. Tuvimos la oportunidad de cotejar ciertas doctrinas a nivel latinoamericano, teniendo como resultado la ironización de la calidad de universal de los Derechos Humanos, como también la tenencia de la universalidad de los mencionados derechos, como punto diferenciador de los Derechos Fundamentales, en el seno de la doctrina española, expuesta principalmente por los destacados juristas Jesús González Amuchastegui y Gregorio Peces-Barba. Para una mejor inteligencia expondremos lo anterior, distinguiendo la perspectiva desde la cual los autores niegan el carácter de universal de los Derechos Fundamentales.

⁷⁵ CASSIN, René. 1992. El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal. En: HERRENDORF, Daniel. 1992. Teoría general y política de los Derechos Humanos. México, Comisión Internacional de Derechos Humanos, p. 187.

⁷⁶ Artículo 1º inciso 1º de la Constitución Política de la República: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

3.1.1 La universalidad de los Derechos Fundamentales como un invento jurídico-político

El autor peruano Antonio Pérez Luño, señala que la universalidad de los Derechos Humanos es el gran invento jurídico político de la modernidad, consistente en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, lo que se traduce en considerar titulares de estos derechos esenciales a todos los hombres y, en consecuencia, en haber formulado el concepto de Derechos Humanos⁷⁷.

No concordamos con la opinión del citado autor. Aun cuando sostenemos una posición particular respecto de la universalidad, creemos que la referida característica es una nota esencial dentro del desarrollo histórico y evolutivo de los Derechos Humanos, cuya tradición apunta hacia la mayor convergencia de Estados y ordenamientos jurídicos positivos en su rol protector. A propósito de la relevancia de la titularidad de los Derechos Fundamentales⁷⁸, clasificaremos la universalidad en objetiva y subjetiva (a falta de una mejor nomenclatura), en aras de clarificar que la universalidad de los Derechos Fundamentales no es una característica absoluta, sino que admite ciertas prevenciones. Así, la universalidad decae ante la admisión de una realidad irrefutable: no todos los Estados poseen iguales catálogos de Derechos Humanos. Por otra parte, cabe

⁷⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique.2005. Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y Teoría del Derecho. 4ª Edición. Lima, Editorial Palestra, p. 23.

⁷⁸ Véase en el acápite 4.1 del Capítulo I del presente estudio.

afirmar que, en ciertos casos, el titular del respectivo derecho, cobra importancia a la luz del tratamiento positivo tutelar del ordenamiento jurídico.

3.1.2 La universalidad quebrada ante la necesidad de reconocimiento positivo de los Derechos Humanos

Algunas doctrinas españolas⁷⁹ e italianas (publicadas en España)⁸⁰ han puntualizado la inutilidad de las posiciones iusnaturalistas como base de la Teoría de los Derechos Fundamentales, puesto que sólo podemos hablar de Derechos Humanos “efectivos”, cuando hacemos referencia a los Derechos Fundamentales que han sido recogidos y positivizados por los respectivos Estados.

A mayor abundamiento, muchos afirman que en la actualidad la universalidad jurídica de los Derechos Humanos sigue siendo una falacia, una quimera, cuando no, una falsedad, simples declaraciones retóricas o, a lo sumo, vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes⁸¹. La precedente posición tiene como antecedente los siguientes lineamientos analíticos. Primero, no puede hablarse de universalidad si el catálogo de Derechos Humanos que los Estados introducen en sus respectivas Leyes Fundamentales no es el mismo,

⁷⁹ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. 2004. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una Teoría de los Derechos Humanos. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, p. 369.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. 1999. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid, Editorial Trotta, p. 59.

⁸¹ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. 2004, op. cit. p. 365.

dado que todos difieren en cuanto a los bienes jurídicos tutelados. En suma, cabe insistir en que no existe un catálogo universal de Derechos Humanos.

Desde una segunda vertiente de análisis, el insigne constitucionalista español Gregorio Peces Barba, conduce su argumento en torno a la necesidad práctica de que los Estados reconozcan positivamente los Derechos Fundamentales, en pos de completar su validez y eficacia⁸². Particularmente, creemos que nuestra realidad constitucional no se aleja en demasía de la descrita por la doctrina española. Esto porque la impresión monolítica del Derecho Constitucional gobierna en nuestra Carta Fundamental. La más clara de las manifestaciones es la acción constitucional de protección, que tutela sólo algunos de los derechos consagrados en el artículo 19 (algunos en forma total, otros de manera parcial), de donde deviene la conocida distinción entre derechos y garantías constitucionales. Cabe recordar que los derechos, en general, deben tener asociados mecanismos de protección jurisdiccional, para ser eficaces.

⁸² PECES-BARBA, Gregorio. 2004. Lecciones de Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Dykinson, Madrid, p. 196.

3.2 Historicidad

La doctrina ha puntualizado que la historicidad de los Derechos Fundamentales, es una característica omnicomprensiva de tres grandes aspectos.

Desde una primera perspectiva de análisis, la historicidad de los Derechos Fundamentales dice relación con la evolución de la civilización humana. En este orden de cosas, el reconocimiento de los Derechos Fundamentales aparece como un producto de la evolución de la historia universal. A propósito de lo anterior, diversos autores han delineado el simbolismo de los Derechos Fundamentales, a modo de escudo de las aberraciones históricas cometidas por el hombre en contra del hombre⁸³. En el citado contexto, la doctrina ha señalado, con razón, lo siguiente:

“Los Derechos Fundamentales son valores que ni caen del cielo, ni los leemos necesariamente en una carta o un texto. Son producto –asimilado en la conciencia colectiva- de la lucha histórica de los grupos sociales por imponerlos y defenderlos”⁸⁴.

⁸³ CARPIZO, Jorge. 2011. Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características. Revista Mexicana de Derecho Constitucional (25): p. 19.

⁸⁴ GARRETÓN, Manuel. 1978. En torno a la problemática actual de los Derechos Humanos. Revista de la Vicaría de la Solidaridad, Chile, Estudios N° 1, p. 14.

Téngase presente que el estudio y subsecuente exposición de la evolución histórica de los Derechos Fundamentales escapa a los objetos perseguidos por el presente estudio⁸⁵.

Ahora bien, desde una segunda perspectiva, la historicidad de los Derechos Fundamentales se encuadra dentro de la emergencia de necesidades tutelares sobre derechos que no habían sido reconocidos en épocas pasadas o cuya protección no parecía relevante⁸⁶.

Finalmente, la historia evolutiva de los Derechos Fundamentales mucho tiene que ver con la realidad socio-cultural de cada país. Sin perjuicio de lo señalado, la consagración y promoción de los Derechos Fundamentales, no puede quedar íntegramente entregada a los órganos constituyentes de cada Estado, sino que dicha discrecionalidad debe ser tenida de manera relativa, toda vez que en el tratamiento de los Derechos Fundamentales deben respetarse las limitaciones impuestas por fuentes internacionales, como también aquellas provenientes del *ius cogens*⁸⁷.

⁸⁵ V. PAPACCHINI, Ángelo. 2001. Los Derechos Humanos a través de la Historia. Revista Colombiana de Psicología (7): 138-200.

⁸⁶ Ejemplo de lo anterior es el Derecho Fundamental a la intimidad y el de la privacidad, que cobran real trascendencia a propósito de la aparición del teléfono, del telégrafo, del internet, etc. CARPIZO, Jorge. op. cit. p. 20.

⁸⁷ ABELLO-GALVIS, Ricardo. 2011. Introducción al estudio de las normas de *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI. Revista Universitas (123): 75-104.

3.3 Progresividad

La progresividad de los Derechos Fundamentales es una nota característica de su fisionomía, en la medida en que su protección regional, nacional e internacional se va acrecentando en términos irreversibles. Es una realidad innegable⁸⁸. En Chile, el alcance progresivo de los Derechos Fundamentales, alcanzado hasta el año 2013, ha sido observado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH), en los siguientes términos:

“La vigencia de los derechos humanos en esta relación se ha denominado ‘efecto horizontal’ de los derechos humanos (Aguilar & Contreras, 2007). Ello es expresión del carácter dinámico y progresivo que los derechos humanos alcanzan en una sociedad globalizada, en que las amenazas, como consecuencia de las asimetrías de poder, ya no tendrán su origen sólo en el aparato estatal. De este modo, y sin perjuicio de los demás derechos y libertades asegurados a todas las personas, normas y principios que son parte sustancial del derecho internacional de los derechos humanos, hoy son exigibles en las relaciones entre particulares, correspondiendo al Estado el

⁸⁸ En nuestro país, el principio de progresividad de los Derechos Fundamentales aparece delineado en el Informe Anual de Situación de los Derechos Humanos en Chile, informe elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

deber de velar, asegurar y en su caso reparar, que esos derechos sean debidamente respetados”⁸⁹.

En el ámbito del Derecho comparado, la doctrina está de igual forma conteste en admitir que la tendencia a ampliar el alcance y la eficacia del régimen de Derechos Fundamentales, aparece como una consecuencia intrínseca de aquellos⁹⁰.

3.4 Aspecto tutelar

El principio tutelar que gobierna el régimen de los Derechos Fundamentales consiste en la protección global de éstos, dirigida a todas las personas, e incluso, hacia aquellas que forman parte del aparataje público.

En países como México, la tutela del respeto, vigencia y eficacia de los Derechos Fundamentales, ha alcanzado iniciativas que han concluido en la reforma constitucional de su Código Político, mediante la creación del denominado Sistema Nacional No Jurisdiccional de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, constituido por 33 organismos públicos, cuya misión es ejercer la función proteccionista de los Derechos Fundamentales de las

⁸⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Informe Anual 2013 Situación de los Derechos Humanos en Chile. Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, p. 188.

⁹⁰ NIKKEN, Pedro. 1987. La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo. Madrid, Editorial Civitas, p. 27.

personas⁹¹. En el mismo sentido, España y Paraguay han adoptado la figura del Ombudsman⁹², como exigencia de los ciudadanos por salvaguardar sus Derechos Fundamentales⁹³. Como hemos venido señalando, entre nosotros, el artículo 5º de la Carta Fundamental establece expresamente el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Sin embargo, coincidimos con la doctrina que expresa que el respeto de los Derechos Fundamentales no puede ser, tan sólo, exigida a los órganos del Estado.

“Los derechos humanos se presentan, y así surgieron, como una garantía de protección frente al ejercicio del poder por parte del Estado. Sin embargo, con el correr de los años se ha entendido casi sin discusión, que el respeto y tutela de los derechos fundamentales no sólo puede exigirse al Estado y sus agentes, sino que también y como es lógico, a todos los individuos, en tanto particulares”⁹⁴.

⁹¹ V. ROCCATTI VELÁSQUEZ, Mireille. 1995. Alcances y perspectivas de los organismos públicos de Derechos Humanos. En: FORO DE CONSULTA POPULAR SOBRE DERECHOS HUMANOS: 20 de abril de 1995. Ciudad de México, México, Secretaría de Gobernación. 242 p.

⁹² N. Ya en 1919, la Constitución de Finlandia incorporaba en su texto la institución del Ombudsman, para oponerse a las autoridades que afectaban con actos ilegales a la vida de los ciudadanos.

⁹³ V. VILLALBA BENÍTEZ, Laura. 2003. La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo. Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay. Tesina presentada en el marco de la Vª Maestría en Administración y Gerencia Pública del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Alcalá, España, Universidad de Alcalá, Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo Iberoamericano. p. 5.

⁹⁴ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. 2007. El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. Revista *Ius et Praxis* 13(1): p. 205.

En idéntico sentido, el inciso 2º del artículo 6º de la Constitución chilena, establece que los preceptos constitucionales obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo.

3.5 Indivisibilidad

La indivisibilidad de los Derechos Fundamentales implica que todos los derechos, sean sociales, culturales, políticos, civiles, económicos o de solidaridad, conforman una unidad⁹⁵. Sin prescindir de ciertas clasificaciones, la ONU ha declarado la indivisibilidad de los Derechos Fundamentales a través de la siguiente premisa:

“Reafirmamos que todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y que deben tratarse de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y con la misma atención”⁹⁶.

⁹⁵ CARPIZO, Jorge. op. cit. p. 23.

⁹⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2005. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Resolución 60/1, Título IV, Párrafo N° 121. CUMBRE MUNDIAL 2005: 20 de septiembre de 2005, New York, Estados Unidos, Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (aprueba) Plataforma 2015 y más (canal). 42 p.

3.6 Eficacia directa

La eficacia directa de los Derechos Fundamentales se encuentra estrechamente vinculada con el rango de las fuentes en donde se encuentran contenidos. En este orden de ideas, alguna doctrina española apunta hacia la inviolabilidad de los Derechos Fundamentales establecidos, en forma expresa, en el texto de la Constitución. Antecedente de donde se desprende la eficacia jurídica directa, dado que el legislador no puede suprimirlos, sino que sólo puede limitarse a regularlos en los términos y condiciones predeterminados por la Constitución⁹⁷. Sin perjuicio de lo anterior, creemos en los postulados de la doctrina nacional que subyace a la del bloque de constitucionalidad y que, en términos generales, implica que dicho bloque se encuentra conformado, no sólo por los Derechos Fundamentales contenidos en la Constitución en un sentido formal, sino que también, por los Derechos Fundamentales contenidos en Tratados Internacionales. Adicionalmente, forman parte de la Carta Fundamental, en sentido material, los derechos implícitos, los principios imperativos del *Ius Congens* y aquellos contenidos en las normas de Derecho Consuetudinario Internacional⁹⁸. De ahí que la eficacia directa de los Derechos Fundamentales derive no de la consagración positiva del respectivo derecho,

⁹⁷ BASTIDA FREIJEDO, Francisco. 2005. El fundamento de los Derechos Fundamentales. Revista de Derecho de la Universidad de La Rioja (3): p. 46.

⁹⁸ V. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2005. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. op. cit. p. 28.

sino que de su aseguramiento y protección constitucional, como también de su carácter de atributos de la dignidad humana y de límites al poder estatal.

4. Jerarquía de los Derechos Fundamentales

El tópico de la jerarquía de los Derechos Fundamentales puede ser analizado desde la perspectiva de la supremacía de uno por sobre el resto y desde el ámbito de la jerarquía de la fuente que los contiene⁹⁹, (V.gr. jerarquía de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos). La segunda de las cuestiones excede los propósitos de nuestro estudio, por lo que sólo profundizaremos sobre el primer aspecto.

En principio, los instrumentos internacionales de mayor autoridad en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales, han venido sosteniendo la igualdad jerárquica entre los referidos derechos, expresando que no existen derechos de mayor o menor jerarquía. En el precitado sentido, se desprende del texto de la DUDH, que no existe diferencias de supremacía entre los diversos derechos y libertades a los que hace referencia¹⁰⁰. Así las cosas, la

⁹⁹ V. NASH ROJAS, Claudio. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 447 p.; HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. 2008. Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el método de casos. Revista de Estudios Constitucionales 6(2): 73-119; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2013. Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y Derechos Esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la reforma constitucional de 2005. Revista Estudios Constitucionales (2): 97-154.

¹⁰⁰ N.B que la DUDH utiliza expresiones como: “cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

igualdad jerárquica ha sido reafirmada por la Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada casi universalmente.

A mayor abundamiento, a propósito de la exposición de la característica de la indivisibilidad de los Derechos Fundamentales, tuvimos oportunidad de comprobar la premisa que sostiene que ningún Derecho Fundamental es intrínsecamente inferior a otro¹⁰¹.

4.1 Relevancia de la titularidad

El tema aquí propuesto tiene relevancia para efectos del presente estudio, en la medida que despejemos titubeos acerca de la relevancia del titular de uno o más Derechos Fundamentales en particular. Le parecerá al lector que, en principio, debe afirmarse que la titularidad de los Derechos Fundamentales sólo exige la condición de ser humano y que, por cierto, no parece tener importancia quién sea esa persona humana. Empero, creemos que dicha afirmación no es absoluta, puesto que el tratamiento de algunos derechos de índole constitucional, tiende a categorizarse dentro de ciertas características o calidades de los titulares de los mismos.

¹⁰¹ En el mismo sentido ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2006. Preguntas frecuentes sobre el enfoque de los Derechos Humanos en la cooperación para el desarrollo. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. New York y Ginebra, p. 2.

En nuestro concepto, la relatividad de la titularidad sin diferenciación debe analizarse desde dos perspectivas: desde el tópico de la titularidad igualitaria y desde el de la universalidad subjetiva de los Derechos Fundamentales. Nosotros pensamos que, si concebimos los Derechos Fundamentales como “igualitarios” (denominación propia a falta de una mejor), deberíamos llegar a la siguiente conclusión: “a igual derecho igual peso”. Lo anterior significa que el derecho a la vida tiene el mismo valor sin importar quién sea el titular del mismo. Justificaría la precedente solución, la forma de redacción por la que optó el constituyente en el artículo 19 N° 1, al establecer que “La Constitución asegura a todas las personas: N° 1. El derecho a la vida [--]”.

Si bien es cierto, no nos parece incorrecta la premisa de los Derechos Fundamentales igualitarios, creemos que el derecho interno puede establecer ciertas diferenciaciones dependiendo de la vinculación que exista entre el referido derecho y el titular del mismo. Encontramos asidero a nuestra postura, simplemente dentro del rango legal. Primero, en la sanción que prevé el Código Penal para el homicidio de una persona, versus las penas previstas para el que comete homicidio en contra de su cónyuge, de su conviviente o de los familiares a los que se refiere el artículo 390 del mencionado cuerpo legal, en lo que respecta a la figura del parricidio o en contra de un hijo dentro de las 48 horas siguientes al parto, es decir, si comete infanticidio, está sujeto a una pena

mayor de la que dispone el mismo Código para sancionar el homicidio de una persona con la que no se tiene vínculo alguno. En segundo lugar, y en el tema que nos atañe, el derecho a la vida es uno de los que la Constitución asegura a todas las personas, pero cuando el titular es un trabajador, la ley pone a su disposición un mecanismo especial de tutela si es el empleador quien hace vulneración de aquel: el procedimiento de tutela laboral. ¿Quiere decir lo anterior que el derecho a la vida del *neonatus* vale o pesa más que el derecho de quien no tiene esa condición? Es más, ¿la calidad de trabajador se tiene como privilegiada, en relación a ciertos Derechos Fundamentales, respecto de quienes no mantienen un vínculo laboral con otra persona, natural o jurídica? Lógicamente debemos responder a estas preguntas en forma negativa, lo que no implica que no estemos por reconocer que, en razón de la especial salvaguardia que merecen dichas personas, el orden jurídico responde con un mayor grado de protección hacia los bienes jurídicos de carácter fundamental de que son titulares.

Avanzando en nuestro análisis, denominamos “universalidad subjetiva” a la característica, tradicionalmente imputada a los Derechos Fundamentales, que declara que todos los seres humanos son titulares de tales derechos, en forma absoluta, sujetos sólo a las limitaciones que impone el ejercicio legítimo de los derechos de los demás. En este sentido, el artículo 29 N° 2 de la DUDH reza lo siguiente:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Como se observa, el ejercicio de los Derechos Fundamentales se encuadra dentro del relativismo, puesto que, en una sociedad democrática, los Derechos Fundamentales tienen límites legítimos en su ejercicio. Sin embargo, cuando se imponen límites a los Derechos Fundamentales, ¿quién resulta beneficiado? Sin lugar a dudas, en la generalidad de los casos, las limitaciones serán impuestas en beneficio de la sociedad toda. V.gr. las limitaciones que la Constitución autoriza imponer al derecho de dominio de un individuo, en razón de “la función social” que cumple la propiedad. Lo interesante resulta al cabo de analizar que también pueden imponerse limitaciones –legítimas– al titular de un Derecho Fundamental, en beneficio de una o más personas determinadas. Nos referimos, precisamente, a las limitaciones impuestas a ciertos Derechos Fundamentales del empleador, en protección de los Derechos Fundamentales laborales, específicos o inespecíficos. Volveremos sobre este punto al tratar tales derechos.

4.2 Conflictos entre Derechos Fundamentales

A propósito de lo expuesto en los acápites anteriores, cabe plantear la interrogante relativa a determinar si existen soluciones predeterminadas en cuanto a la colisión de Derechos Fundamentales inter-personales o, si dichos conflictos, quedan entregados a la solución discrecional de los tribunales de justicia.

La primera cuestión a destacar es que, si bien es cierto señalábamos con anterioridad que, en principio, no existe desigualdad jerárquica entre los diversos Derechos Fundamentales, es un hecho irrefutable que el ejercicio de los mismos trae aparejada la colisión o choque de los derechos de que el resto de las personas son titulares. Con todo, más allá de la interferencia recíproca de esferas de ejercicio de los Derechos Fundamentales, la colisión entre ellos puede desembocar en un juicio de ponderación, que deberá llevarse a cabo cuando existan antinomias normativas.

Las antinomias normativas pueden ser conceptualizadas como aquellas contradicciones advertidas dentro de un mismo sistema jurídico, en virtud de las cuales se imputan consecuencias incompatibles a idénticas condiciones fácticas¹⁰².

¹⁰² PRIETO SANCHÍS, Luis. 2003. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. 1ª Edición. Madrid, Editorial Trotta, p. 175.

Sin embargo, la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre normas contradictorias. De ahí que alguna doctrina haya expresado:

“Podría decirse que todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma <dignidad> constitucional y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras”¹⁰³.

Por las razones antes anotadas, resulta imperativo llevar a cabo un juicio de ponderación que exige, o bien la victoria circunstancial de uno de los principios, o la determinación de una regla específica que procure la satisfacción de ambos principios contrapuestos, pero, en cualquier caso, desde el análisis autónomo de las particularidades de cada situación¹⁰⁴.

Habiendo contextualizado las aristas esenciales de la Teoría General de los Derechos Fundamentales, sobre las cuales se basará el desarrollo y análisis del presente estudio, en los acápites siguientes avanzaremos hacia la contextualización de los Derechos Fundamentales insertos, específicamente, en el ámbito laboral.

¹⁰³ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. 2005. La argumentación en el Derecho. 2ª Edición corregida. Lima, Palestra Editores, p. 315.

¹⁰⁴ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. 2009. Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, p. 29.

5. Derechos Fundamentales Laborales

5.1 Conceptualización

Con antelación, veíamos cómo la dignidad humana se alza como la base axiomática de los Derechos Fundamentales y aquellos que se insertan en el orden laboral no escapan al núcleo referido. El trabajo constituye el mecanismo a través del cual, el ser humano vincula su actividad con su pleno desarrollo material y espiritual (en términos similares se refiere nuestra Carta Fundamental al bien común, en el artículo 1º inciso 4º).

Por su parte, y reafirmando la importancia del trabajo en la evolución integral de las personas, la DUDH prescribe al respecto lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”¹⁰⁵.

Tanto la DUDH, como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), han promovido los Derechos Fundamentales laborales, en el marco del “trabajo decente”, institución que ha sido definida como:

“Aquel trabajo productivo que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”¹⁰⁶.

La incorporación de la concepción del trabajo decente repercutió en el fomento del reconocimiento de los principios del Derecho Laboral y de los Derechos Fundamentales en el trabajo, como factores importantes para lograr el cumplimiento efectivo de todos los objetivos estratégicos de la OIT, y el impacto colectivo que esos principios y derechos tienen en la consecución de la justicia social en el contexto de la globalización¹⁰⁷.

Los Derechos Fundamentales laborales pueden ser conceptualizados como aquellos derechos básicos que aseguran el respeto de la dignidad

¹⁰⁵ Artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹⁰⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 2009. Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo. 1ª Edición. Oficina Subregional para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana, p. 7.

¹⁰⁷ Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo: del compromiso a la acción. Informe IV. Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, 2012, p. 8.

humana en el ámbito de las relaciones de trabajo¹⁰⁸, sea en sentido estricto, es decir, aquellos derechos que emanan directamente de las relaciones laborales, sea en sentido amplio o no específico, es decir, aquellos Derechos Fundamentales que conserva el trabajador aún dentro de la empresa. Volveremos sobre este punto al tratar la “ciudadanía laboral”¹⁰⁹.

Por el momento, nos interesa subrayar que en el marco de los instrumentos internacionales gravitantes, un grupo selecto de derechos laborales han sido elevados al rango de fundamentales, dentro de los cuales cabe destacar los siguientes: el derecho a la libertad del trabajo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso, la prohibición de discriminación en materia de empleo, el derecho al trabajo, el derecho a la tutela de sus créditos bajo la circunstancia de quiebra del empleador¹¹⁰, el derecho a la huelga y a la seguridad social, entre otros¹¹¹.

¹⁰⁸ CANESSA MONTEJO, Miguel. 2008. Los derechos humanos laborales. El núcleo duro de derechos (core rights) y el “ius cogens” laboral. Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales (72): p. 111.

¹⁰⁹ Véase en el acápite 5.2.2 del Capítulo I del presente estudio.

¹¹⁰ N.B que la Ley N° 20.720, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 2014, que entró en vigor en el mes de octubre de ese mismo año, y que Sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, modificó las disposiciones vigentes, en materia laboral, sobre los créditos insolutos de los trabajadores ante el proceso de liquidación del empleador.

¹¹¹ “En el extenso corpus de derechos en el trabajo establecidos por las normas de la OIT, ésta y la comunidad internacional reconocen como principios y derechos fundamentales en el trabajo la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; 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. Estas cuatro categorías de principios y derechos forman parte integrante de la Constitución de la OIT.

La Declaración de Filadelfia adoptada en 1944, que constituye su anexo, fue determinante al destacar el derecho que tienen todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad,

Sin perjuicio del reconocimiento expreso de ciertos Derechos Fundamentales específicos o laborales, la OIT ha pregonado el carácter de esenciales de los mismos, cuya fuente no emana de los instrumentos internacionales que los incorporan, sino que éstas se limitan a reconocerlos. Esta idea, que parece redundante, cobra importancia en el marco de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. De esta manera, y según se recalcó en las labores preparatorias de la Declaración de 1998, los Derechos Fundamentales no son fundamentales porque la Declaración lo diga, sino que la Declaración lo dice porque lo son¹¹². Ahora bien, como habíamos dejado planteado, es dable colegir que los Derechos Fundamentales de que son titulares los trabajadores, admiten una importante clasificación para efectos de nuestro estudio, es decir, para efectos de la determinación y procedencia de la tutela procesal a su respecto.

5.2 Clasificación de los Derechos Fundamentales del trabajador

Los Derechos Fundamentales que tienen por titular al trabajador, admiten la siguiente clasificación:

seguridad económica y en igualdad de oportunidades". Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. op. cit. p. 1.

¹¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1998. Examen de una eventual Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Derechos Fundamentales, y del mecanismo de seguimiento apropiado, Informe VII, CIT, 86.ª Reunión, Ginebra, sección II.

5.2.1 Derechos Fundamentales laborales, en sentido estricto

Son aquellos derechos a los cuales hemos venido haciendo alusión y que comprenden aquellos que emanan directamente de las relaciones laborales, como son la libertad de trabajo, el derecho a la no discriminación en materia laboral, entre otros.

5.2.2 Derechos Fundamentales del trabajador en base a la ciudadanía laboral

Hacemos presente que las referencias realizadas a la institución de la ciudadanía laboral, se refieren, también, a los Derechos Fundamentales Laborales inespecíficos. Lo anterior porque los Derechos Fundamentales del trabajador dentro de la órbita de la ciudadanía laboral, han sido nomenclaturizados también como “inespecíficos” y han sido conceptualizados en los siguientes términos:

“Son aquellos atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, que han concedido al Derecho del Trabajo la posibilidad de garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática”¹¹³.

¹¹³ UGARTE CATALDO, José Luis. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. Santiago, Editorial Legal Publishing, p. 3.

Creemos necesario hacer presente que la conceptualización de los Derechos Fundamentales Laborales inespecíficos se realiza desde la perspectiva del trabajador, mientras que la de ciudadanía laboral se realiza teniendo en consideración el ámbito empresarial.

Así, la “ciudadanía laboral” se traduce en que los trabajadores gozan de la protección de los derechos que les corresponden como ciudadanos, aun dentro de la empresa.

A nivel de Derecho Comparado, un conjunto de legislaciones ha intentado cautelar la vigencia efectiva al interior de la empresa de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, proceso a partir del cual se ha ido acuñando el concepto de “ciudadanía laboral”, con la finalidad de hacer explícita la plena validez de los derechos de aquellos en el marco de las relaciones laborales¹¹⁴. En el mismo sentido, alguna doctrina española precisa que los Derechos Fundamentales del trabajador, como ciudadano dentro de la empresa, son aquellos otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales, que pueden ser ejercitados por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas¹¹⁵.

¹¹⁴ Boletín N° 2.626-13, Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica, de 2 de abril de 2001, p. 18.

¹¹⁵ PALOMENQUE LÓPEZ, Manuel. 1991. Los Derechos laborales en la Constitución Española. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, p. 229.

De esta manera, los derechos laborales inespecíficos se alzan como garantías generales, no exclusivas de la vida laboral. Entre estos, cabe destacar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, el derecho a la intimidad y a la vida privada, el derecho a la honra, entre otros. El escenario precedentemente descrito es donde se enmarca el procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales del trabajador dentro de nuestro orden jurídico laboral, según tendremos oportunidad de comprobar.

Es digno anotar de paso, que los derechos inespecíficos del trabajador pueden ser o no objeto de positivización laboral. Por tanto, al emplear el vocablo “laboralizados” para explicar el citado fenómeno, la doctrina (principalmente española) ha señalado que los derechos inespecíficos laboralizados son aquellos Derechos Fundamentales que el legislador hace operativos en el ámbito de las relaciones laborales, individuales o colectivas, al desarrollarlos¹¹⁶.

Asimismo, la citada doctrina ha agregado que los derechos inespecíficos no laboralizados, son aquellos Derechos Fundamentales que no han recibido reconocimiento legal para efectos de su aplicación en la relación laboral (individual o colectivamente considerados)¹¹⁷.

¹¹⁶ RODRIGUEZ MANZINI, Jorge. 2004. Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales. Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 40.

¹¹⁷ *Ibidem*.

5.3 Principio de protección al trabajador

El principio de protección al trabajador no sólo es emanación de los Derechos Fundamentales específicos de éste, sino que se desprende de la naturaleza intrínseca del Derecho del Trabajo. En general, el Derecho Laboral atiende a lo que la doctrina denomina “vocación del Derecho del Trabajo”¹¹⁸, es decir, a la protección de la parte más débil dentro de las relaciones laborales.

Como expresa el insigne laboralista nacional Sergio Gamonal, el principio de protección, también conocido como principio tuitivo, proteccionista o de favor, se fundamenta en la falta de libertad inicial y consecuente del trabajador. Esta carencia de libertad derivada de la necesidad de trabajar es la causa inmediata de la desigualdad existente entre empleados y empleadores y explica la protección del Derecho del Trabajo¹¹⁹.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha expresado:

“A partir del reconocimiento normativo de la denominada <ciudadanía en la empresa> la función tutelar del derecho laboral añade una nueva dimensión. A la tradicional, consistente en establecer un orden público mínimo laboral, esto es, el establecimiento por el soberano de un conjunto de derechos mínimos irrenunciables del trabajador (por ejemplo, sueldo mínimo, máximos de la

¹¹⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2013. El principio de protección del trabajador en la Constitución Chilena. Revista de Estudios Constitucionales (1): p. 426.

¹¹⁹ op. cit. p. 427.

jornada, sistema de descansos, fuero maternal y sindical, deber de escrituración del contrato individual del trabajo, etc.), se agrega esta nueva faceta, constituida por el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en su calidad de ciudadanos, los que constituyen un límite al ejercicio de los poderes empresariales”¹²⁰.

Agréguese a lo dicho hasta acá, que en la aplicación del principio de protección al trabajador, existente *per se* en la rama del Derecho del Trabajo y especialmente, en el campo de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, en el marco de las facultades de los jueces laborales para resolver las desavenencias suscitadas entre empleador y trabajador, a propósito de la relación laboral, en materia de interpretación del contrato de trabajo, éstos se manifiestan en favor del principio “*in dubio pro operario*”, que señala que en caso de que un enunciado normativo admita dos o más sentidos, el juez deberá escoger el más favorable para el trabajador. Del referido principio se derivan otros, entre los que se encuentra el de la “norma más favorable”, según el cual, ante la concurrencia de normas actualmente vigentes sobre una misma materia, el juez debe aplicar aquella que resulte más favorable al trabajador¹²¹.

¹²⁰ Tercer Juzgado de Letras de Ovalle con competencia Laboral, Sentencia RIT T-1-2013, de 3 de mayo de 2013 (procedimiento general de tutela por vulneración de derechos fundamentales), considerando decimoquinto.

¹²¹ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 6.970-2013, de 13 de noviembre de 2013 (recurso de queja), considerando primero.

Resta agregar que el elemento de la subordinación, eje central del contrato de trabajo, constituye la expresión de un poder privado, escenario bajo el cual el ejercicio de los Derechos Fundamentales de los trabajadores se despliega en un contexto poco amistoso. El Estado no pudo mantener la ficción de una igualdad entre las partes del contrato de trabajo, inexistente en el hecho, y procuró compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica que lo favoreciera¹²² (protección que expondremos en los acápites siguientes).

Con todo, creemos hallar la justificación de la necesaria y vital tutela de los derechos de los trabajadores, en el marco de las relaciones laborales, en la relación proporcional que se advierte entre el poder de mando o dirección del empleador y la implicación del trabajador en los objetivos de la empresa.

De allí que la doctrina sostenga:

“La lógica empresarial determinada sustancialmente por la búsqueda de la eficiencia y la maximización de los beneficios, puede convertirse en un serio y poderoso obstáculo, en una amenaza, a veces insalvable, para el ejercicio de estos derechos”¹²³.

En pos de lo apuntado, los ordenamientos jurídicos laborales deben mermar la ineficacia de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, a

¹²² PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. 1998. Los principios del derecho del trabajo. 3ª Edición Actualizada. Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 63.

¹²³ MELIS VALENCIA, Christian. 2010. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Santiago, Editorial Legal Publishing, p. 39.

través de establecimiento de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos, ante los abusos del empleador en su legítimo ejercicio.

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

LABORALES

1. Derecho del Trabajo tutelar y tutela de Derechos Fundamentales

1.1 Dimensión histórica

En sus estados incipientes (principios del Siglo XX), el Derecho del Trabajo se encontraba en dicotomía con la Constitución y, por ende, con los Derechos Fundamentales y libertades.

En el citado contexto, el contrato de trabajo se mantenía inserto dentro del ámbito del derecho privado, lo que traía aparejada la consecuencia de excluir la regulación estatal de las relaciones laborales por corresponder a principios privatistas. Por otra parte, tal como señala el profesor Ugarte, los Derechos Fundamentales nacen en el seno de un Estado liberal, con la finalidad de otorgar protección al comerciante y al burgués de la invasión estatal. De allí que, en este status, se trate de derechos individuales¹²⁴.

En el ámbito nacional y en opinión del profesor William Thayer, el Derecho del Trabajo reflejaba, en sus primeras leyes, la herencia de algunos caracteres históricos y sociales de la época, como también, ciertos arraigos del

¹²⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. op.cit. p. 5.

Derecho Indiano. El citado autor sistematiza dichas influencias de la siguiente manera:

a) Numeroso sector de trabajadores manuales (aborígenes o mestizos), generalmente analfabetos, que servía a un sector social ilustrado e influyente de criollos o españoles;

b) Profusa legislación protectora;

c) Permanente tensión entre las exigencias de cumplimiento y constante infracción de la normativa laboral;

d) Confusa, activa y contradictoria participación de la Corona, sus enviados, las autoridades locales, la Iglesia, los encomenderos, propietarios, industriales, comerciantes y vecinos, en torno a una desmedrada condición social del trabajador, que veía como sus defensores principales a la Corona y a la Iglesia¹²⁵. Sin perjuicio de lo anterior, y a propósito de la evolución del Derecho del Trabajo, en razón de la introducción de nuevas instituciones, como la denominada “cuestión social” y de la incorporación de Chile a la OIT, en virtud de la Ley N° 3.557, del año 1919, el rol tutelar del derecho del ramo se hace latente y ha venido *in crescendo* desde la dictación del primer Código del Trabajo en nuestro país. En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha expresado:

¹²⁵ THAYER ARTEAGA, William. 1994. Orígenes, Evolución y Perspectivas del Derecho Laboral Chileno. Revista Estudios Públicos (54): p. 225.

“El denominado principio de la autonomía de la voluntad que se traduce, en materias de derecho privado, en la libertad para realizar todo aquello que no esté prohibido, en el derecho laboral se encuentra restringido, debido, fundamentalmente, al carácter protector del conjunto de normas laborales que rigen las relaciones entre trabajador y empleador”¹²⁶.

La doctrina ha expuesto la evolución tutelar del Derecho Laboral, en nuestro medio, desde las siguientes aristas de análisis:

Primero, se crean mecanismos de protección social mínima, dirigidos a beneficiar a los trabajadores, dentro del contexto de los Derechos Fundamentales laborales, en sentido estricto. Manifestaciones de lo anterior son: el derecho a un salario mínimo, la regulación de la jornada de trabajo ordinaria y extraordinaria, las indemnizaciones por término de contrato, entre otros¹²⁷.

En segundo término, ciertos Derechos Fundamentales laborales, en sentido estricto, tales como la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y a la huelga, han devenido en la democratización de las relaciones laborales. De ahí que actualmente se haya abandonado la nomenclatura de

¹²⁶ Corte Suprema, 27 de junio de 2000. MONARDES FLORES, JUAN CARLOS (casación en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (2): p. 93.

¹²⁷ UGARTE CATALDO, José Luis. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, op cit. p. 3.

“economía de mercado”, para ser sustituida por una nueva expresión: “economía social de mercado”¹²⁸.

Desde una tercera perspectiva, los Derechos Fundamentales en materia laboral extienden la tutela individual hacia la protección colectiva de los mismos, mediante herramientas que salvaguardan la libertad de organización dentro de la empresa, tales como el derecho a la negociación colectiva, a la huelga, la libertad sindical, por mencionar algunos¹²⁹.

Luego, la institucionalización del Orden Público Laboral (en adelante OPL), aparece caracterizado por la concurrencia copulativa de los siguientes elementos:

- a) Los derechos que comprende son irrenunciables.
- b) El principio protectorio constituye la base axiomática de su existencia, reconocimiento y extensión. Del principio de protección de los derechos de los trabajadores se derivan otros subprincipios, como son el de continuidad y el de *indubio pro operario*, al cual hicimos referencia con anterioridad.
- c) La garantía contenida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, no se agota en la protección de la libertad del trabajo,

¹²⁸ THAYER ARTEAGA, William. 1994. Orígenes, evolución y perspectivas del Derecho Laboral Chileno, op. cit. p. 229.

¹²⁹ RODRIGUEZ MANZINI, Jorge. 2004. Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales. op. cit. p. 40.

sino que se extiende a la protección del trabajo mismo, como un bien jurídico socialmente valioso¹³⁰.

d) La vigencia y efectiva aplicación de las normas circunscritas dentro del OPL deben ser fiscalizadas por un organismo público a quien la ley le encomiende dicha función. Entre nosotros, labor de fiscalizar la vigencia de la legislación laboral y previsional corresponde a la Dirección del Trabajo¹³¹.

e) El OPL implica que, en la relación laboral, el empleador debe respetar las condiciones mínimas establecidas en la ley. Lo anterior significa que el empresario podrá pactar condiciones más favorables para el trabajador, pero no más perjudiciales.

En síntesis, atentan contra el OPL aquellas acciones que afectan los derechos establecidos en favor del trabajador, en el marco de la relación laboral, sin observar los mínimos establecidos por el legislador y que, por lo demás, no requieren estar expresamente prohibidas en la ley.

¹³⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2013. El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena. op. cit. p. 434.

¹³¹ “En segundo lugar señala que la clausura constituye una manifestación de la protección al orden público laboral, agregando que esta facultad que le fue otorgada a la Dirección del Trabajo frente al hecho de que algunas empresas incurren persistente y reiteradamente en infracciones a la legislación laboral y previsional, sin que la circunstancia de impartir instrucciones o aplicar multas resulten un remedio eficaz para un cambio de actitud en su obrar, lo que impide dar debida protección a los derechos laborales y debida aplicación a las normas de orden público sobre higiene y seguridad laboral”. Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 2.346-2014, de 16 de enero de 2014, parte expositiva.

1.2 Tutela de Derechos Fundamentales de los trabajadores

El inciso 1º del artículo 5º de nuestro Código del Trabajo, reza lo siguiente: “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”.

La vulneración de los Derechos Fundamentales del trabajador por parte del empleador, constituye un quebrantamiento abierto al Orden Público Laboral. En los mismos términos lo ha expresado la Corte Suprema:

“Que, en consecuencia, no se han respetado los derechos establecidos por el legislador en favor del trabajador, mínimos que no pueden ser transgredidos, desde que, según se dijo, la vinculación de naturaleza laboral obedece a una reglamentación de orden público [---]”¹³².

El OPL se erige en el estatuto mínimo de derechos y obligaciones sobre el que se constituye, desarrolla y cesa el vínculo contractual de índole laboral. La intervención normativa de la cual es objeto el estatuto laboral, ha sido puntualizada por los jueces del fondo en el siguiente orden:

“El poder público busca contrapesar -siempre a contrapelo de los dogmas económicos, recelosos de ‘tanta ley laboral’- la desigualdad que

¹³² Corte Suprema, Sentencia ROL N° 2.804-2003, de 27 de mayo de 2004, considerando décimo.

reconoce en los hechos y que motiva la intervención legislativa igualadora, valiéndose de la ley y principios especiales (primacía de la realidad, contenidos mínimos irrenunciables, orden público laboral...)»¹³³.

Ahora bien, el tópico de la tutela de los Derechos Fundamentales del trabajador puede ser analizado desde la perspectiva de la necesidad de la misma, para otorgarles eficacia en su ejercicio.

2. Procedimiento de Tutela Laboral

2.1 Contextualización

En apartados anteriores habíamos avanzado hacia la teorización de los conflictos de Derechos Fundamentales interpersonales y del juicio de ponderación subyacente.

Luego, nos parece importante insistir en el desenmarañamiento del fenómeno, situado específicamente en el ámbito laboral.

Dentro de este primer apartado, nos parece esencial analizar el cauce de la colisión de Derechos Fundamentales de trabajador y empleador.

Para efectos didácticos, debemos advertir que los derechos del empleador y sus intereses jurídicamente tutelados, expuestos en esta parte, se

¹³³ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT T-6-2010, de 11 de mayo de 2010, considerando cuarto.

enmarcan dentro del contexto del Orden Público Económico (en adelante OPE) protegido constitucionalmente.

Por otra parte, hacemos presente nuestra adherencia a la tesis propuesta por la doctrina laboralista que se inclina por el reconocimiento de la coexistencia entre el OPE y el OPL que, en definitiva, justifica los poderes del empleador dentro del ámbito empresarial, pero que también engendra derechos para los trabajadores.

“Este Orden Público Económico ha eclipsado, tradicionalmente, el componente laboral que emana de sus normas. Más aún, el diseño económico que traza la Constitución no puede entenderse sin aceptar la existencia de otro Orden Público, ahora propiamente laboral, que justifica los poderes del empresario (en cuanto empleador), y que dibuja una serie de deberes para ambas partes del contrato de trabajo”¹³⁴.

La cita anterior, que expresa en similares términos nuestra idea de los órdenes públicos subyacentes en la relación laboral, hace alusión a los poderes empresariales, por lo que nos parece apropiado plantear la siguiente analogía: el inciso final del artículo 5º de nuestra Constitución, expresa que el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituye un límite al ejercicio de la soberanía. De la misma manera, los Derechos Fundamentales laborales, que además de emanar de la naturaleza misma de la

¹³⁴ IRURETA URIARTE, Pedro. 2013. El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la Libertad de la Empresa. Revista Estudios Constitucionales (2): p. 371.

persona, emergen de su calidad jurídica de trabajador, funcionan como límite al ejercicio del poder “soberano” del empleador. Lo anterior tiene consagración positiva en el inciso 1º del artículo 5º del Código del Trabajo:

“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”.

En lo que sigue expondremos los principales poderes empresariales para efectos del presente estudio.

2.1.1 Derecho de libertad empresarial

Los derechos del empleador-empresario, encuentran su fundamento último en la libertad de empresa, la cual puede ser conceptualizada como aquella de propiedad empresarial, constituida por un conjunto de 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.

Este conjunto de facultades otorgadas al empresario redundan en las atribuciones organizativas que aquel detenta y que se encuentran dirigidas al

logro del proyecto empresarial,¹³⁵ mismo que denominaremos “ratio económica”, por considerar que es la expresión que mejor se ajusta a las finalidades lucrativas que tiene por objeto el desarrollo de los fines de la empresa, respecto del empleador¹³⁶.

2.1.2 Derechos derivados del poder de dirección

En virtud de lo que genéricamente se denomina “poder de dirección”, el empleador está dotado de las facultades inmersas en la libertad para contratar trabajadores¹³⁷, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o incumplimientos contractuales del trabajador (en nuestra lógica “ratio jurídica”).

Del escenario expuesto, sobreviene la idea de que los Derechos Fundamentales del empleador deben ser limitados en su ejercicio, bajo el prisma de protección y tutela de los Derechos Fundamentales del trabajador, sean específicos o inespecíficos.

¹³⁵ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2856/ 0162, de 30 de agosto de 2002, que Fija sentido y alcance del inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo.

¹³⁶ N.B. que no estamos diciendo con lo anterior que el trabajador no tenga una finalidad económica en el desarrollo de una labor, puesto que, precisamente, lo hace a cambio de una remuneración.

¹³⁷ N.B. que la libertad de trabajo y su protección no sólo se aplica en favor de los trabajadores, sino que también de los empleadores, quienes a propósito de sus poderes de organización y dirección, pueden elegir libremente a quien contratar, en la medida en que no se infrinjan las normas antidiscriminatorias de rango constitucional y legal.

En palabras del profesor Mella, “el sistema de controles antes de la irrupción de la denominada ciudadanía laboral, y que en nuestro país encuentra un reconocimiento natural con las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por la Ley N° 19.759, de 2001, no tuvo la eficacia de hacer realidad el ejercicio y disfrute de los derechos constitucionales del trabajador al interior de la empresa. De esta manera se produce un reconocimiento expreso del conflicto de derechos fundamentales al interior del contrato de trabajo, que explica la redacción del inc. 1º del artículo 5 CT. al disponer que las facultades que la ley le reconoce al empleador no podrán prevalecer respecto de los derechos constitucionales del trabajador. Esta regla no hace más que reiterar lo preceptuado en la Constitución aun cuando su redacción podría sugerir una prevalencia de los derechos constitucionales del trabajador, superando los poderes empresariales, cuestión que no es así, atendido los principios de vinculación directa y eficacia horizontal de la Constitución, en cuanto sus disposiciones resultan vinculantes no solo para los poderes públicos sino también ellas pueden ser invocadas por los particulares (empresario y trabajador) para solicitar su protección frente al juez que corresponda”¹³⁸.

La doctrina de la Dirección del Trabajo, ha manifestado al respecto que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º inciso 1º del Código del Trabajo y a la doctrina vigente del referido Servicio, contenida en el dictamen 2328-130,

¹³⁸ MELLA CABRERA, Patricio. 2012. Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela Laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (39): p. 181.

del 19 de julio del año 2002, los Derechos Fundamentales de los trabajadores 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.

Sin embargo, adiciona que los Derechos Fundamentales de los trabajadores habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, las cuales tienen su fundamento en la libertad de empresa y en 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.

Así las cosas y en pos de conciliar las conclusiones anteriores, cabe concluir que existen ciertos requisitos que deben tenerse a la vista al momento de imponer límites a un Derecho Fundamental, requisitos que pueden ser subsumidos en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad".

En razón del referido principio, para poder limitar el ejercicio de los Derechos Fundamentales del trabajador, el empleador tendrá que observar los siguientes principios:

- a) 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.

b) Principio de necesidad, según el cual la medida limitativa debe ser 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.

c) Finalmente, el empleador debe dar cumplimiento al 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 restricción¹³⁹.

Ahora bien, creemos que en el espectro de los Derechos Fundamentales generales, emerge como una consecuencia consustancial, el abuso del poder o posición dominante del hombre por sobre el hombre¹⁴⁰. El marco laboral no constituye excepción a lo antes anotado¹⁴¹. De allí que la tutela efectiva de los derechos del trabajador, apunta hacia la interdependencia de los aspectos materiales y procesales recogidos por el Derecho del Trabajo, en vías del establecimiento del idóneo reconocimiento y de la estructuración de un

¹³⁹ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2.210-035, de 5 de septiembre de 2009, p. 1.

¹⁴⁰ KOSOVSKI, Ester. 2006. Abuso de poder: nuevas medidas contra la prepotencia. Revista *Ilanud* (27): 61-74.

¹⁴¹ V. FABREGAT MONFORT, Gemma. 2003. La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿*Ius Resistentiae* o *Solve et Repete*? Revista del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Valencia (27): 1-10.

procedimiento laboral, que sea capaz de subsumir ciertos fines tutelares generales (en el contexto de los procedimientos comunes, como lo es el seguido ante los tribunales ordinarios, a propósito de la acción constitucional de protección) dentro de un mecanismo procesal tendiente a resguardar los derechos emanados de la ciudadanía laboral.

2.2 Procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales en Chile

El procedimiento de tutela de los Derechos Fundamentales de los trabajadores es un procedimiento especial, incorporado por la Ley N° 20.087, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, publicado en el Diario Oficial el 3 de enero del año 2006.

A partir del artículo 485 del Código del Trabajo, se incorpora al orden jurídico-tutelar de carácter laboral, la efectiva protección de los Derechos Fundamentales inespecíficos del trabajador. El objeto del procedimiento, base de nuestro estudio, es el establecimiento de mecanismos de resguardo especial y privilegiado de amparo de los derechos del trabajador frente a las facultades o poderes del empleador.

2.2.1 Campo de aplicación

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, el artículo 485 del Código del Ramo determina el campo de aplicación del procedimiento de tutela laboral. Ahora bien, el ejercicio de la acción constitucional de protección excluye y hace incompatible la denuncia por afectación de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, en la medida en que sea por los mismos hechos, según prevé el inciso final del artículo 485 del Código del Trabajo.

La norma en comento prefija el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela, en los incisos 1º y 2º, en los siguientes términos:

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

del empleador.

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

Del citado texto es dable desprender los siguientes requisitos o hipótesis de procedencia del procedimiento en cuestión:

Primero, debe tratarse de una cuestión suscitada en la relación laboral en virtud de la aplicación de la normativa laboral. De donde se desprenden dos antecedentes de procedencia:

a) El objeto de resguardo debe centrarse en el eje de la relación laboral, prescindiendo de otro tipo de vinculaciones que pueden, eventualmente, existir entre trabajador y empleador.

b) Sólo serán foco pasivo de tutela aquellas cuestiones a las cuales les resulte aplicable la normativa laboral, excluyendo los asuntos sometidos a la normativa de otras ramas.

Segundo, las cuestiones suscitadas en el marco de la relación laboral a las cuales les sea aplicable el estatuto laboral, necesariamente deben redundar en la afectación de los Derechos Fundamentales del trabajador.

Tercero, que dichos Derechos Fundamentales sean alguno de los

comprendidos en la norma, esto es: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de los actos ocurridos en la relación laboral; el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; el derecho a la libertad de conciencia, 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; el derecho que asegura la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley; el derecho a la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y el artículo 19 N° 16 inciso 4°.

Cuarto, en caso de que la lesión no se encuadre dentro de los parámetros anotados, que se inserte dentro de la esfera discriminatoria de la que puede ser víctima el trabajador, en razón de 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.

Quinto, el procedimiento tutelar también resulta aplicable ante las denuncias por prácticas desleales o antisindicales con ciertas normas especiales, en

relación a lo preceptuado en el artículo 292 del Código del Trabajo.

Sexto, que la lesión de los derechos y garantías referidos se produzca cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limite el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial, o representen represalias ejercidas en contra de los trabajadores, en razón, o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales (artículo 485 inciso 3º del Código del Trabajo).

2.2.2 Titularidad de la acción de tutela de Derechos Fundamentales

Hemos reservado, hasta este punto, la prevención relativa a diferenciar la titularidad de la acción de tutela, en consideración al bien jurídico protegido y al factor asociación a una organización sindical, toda vez que nos interesa delimitar los márgenes individuales de la acción en cuestión.

2.2.2.1 Acción general durante la vigencia de la relación laboral

A la acción general de tutela laboral devengada mientras el vínculo laboral se encuentra vigente, se refiere al artículo 486 del Código del Trabajo, para efectos de lo cual estableceremos las siguientes distinciones:

i. Legitimación del trabajador

Cualquier trabajador podrá requerir la tutela de sus Derechos Fundamentales, en la medida en que concurren, copulativamente, los siguientes elementos:

a) Que la lesión de los Derechos Fundamentales se inserte dentro del ámbito de la relación jurídica que sean de competencia de la jurisdicción laboral.

b) Que la lesión verse sobre alguno de los derechos en beneficios de los cuales, la tutela laboral se instituye como procedimiento idóneo.

c) Que exista un derecho o interés legítimo.

ii. Legitimación de las organizaciones sindicales

Las organizaciones sindicales se encuentran legitimadas para accionar de manera general, en los mismos términos antes anotados, es decir, cuando la referida organización considere lesionado uno de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas que competan a la jurisdicción laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, las organizaciones sindicales se encuentran habilitadas por ley para actuar como tercero coadyuvante dentro de un proceso

iniciado por un trabajador afiliado. Los requisitos de procedencia son:

a) Que el procedimiento tutelar de Derechos Fundamentales haya sido incoado por el trabajador afectado, según las disposiciones del Párrafo 6º del Libro V del Código del Trabajo.

b) La afiliación del trabajador a la organización sindical puede ser directa o bien, por intermedio de su organización sindical de grado superior.

Téngase presente que el apersonamiento de la organización sindical en el juicio iniciado por el trabajador afiliado y afectado, es una facultad privativa y discrecional de aquella, por lo que el trabajador no se encuentra habilitado para ejercer admonición en cuanto a su comparecencia.

Con todo, las organizaciones sindicales pueden actuar como partes directas (no como partes indirectas o terceros coadyuvantes), en caso de conjugarse los siguientes elementos:

a) Que se haya vulnerado algún Derecho Fundamental de un trabajador afiliado.

b) Que se trate de una facultad privativa de la organización sindical¹⁴².

c) Que se trate de la organización sindical a la cual se encuentra afiliado el trabajador lesionado y no una distinta.

¹⁴² SILVA MONTES, Rodrigo. 2009. Manual de Procedimiento Laboral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 62.

iii. Legitimación de la Inspección del Trabajo

La Inspección del Trabajo, según establece el artículo 1° letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, detenta entre sus funciones la de fiscalizar la aplicación de la legislación laboral.

En este orden de ideas, el ya citado artículo 486 del Código del Ramo, habilita a la Inspección del Trabajo a denunciar la vulneración de Derechos Fundamentales de los trabajadores cuando toma conocimiento de ésta, sin perjuicio del ejercicio de sus facultades fiscalizadoras. Con todo, la Inspección del Trabajo deberá acompañar a su denuncia el informe de fiscalización correspondiente que haya emitido en la especie. Agrega la norma que la Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que, por causa de la denuncia-requerimiento que da curso al procedimiento de tutela laboral, se haya desplegado. Lo anterior constituye un derecho opcional del citado organismo, por lo que bien puede no hacerse parte en el procedimiento en cuestión. Todo lo anterior debe armonizarse con lo dispuesto en el inciso 6° del artículo 486 del Código del Trabajo, es decir, previa denuncia, la Inspección del Trabajo debe intervenir en la corrección de las infracciones constatadas en el ejercicio de sus facultades, a través de la instancia de la mediación. Agotada esta instancia y cumplidos los demás presupuestos legales, la Inspección del Trabajo goza del

término de 60 días, contados a partir de la producción de la vulneración de Derechos Fundamentales alegada, sin perjuicio de que pueda suspenderse dicho plazo bajo el supuesto de que el trabajador interponga el correspondiente reclamo ante la propia Inspección del Trabajo, para denunciar los hechos ante el tribunal competente. Dicho plazo continuará corriendo una vez concurrido el trámite ante la Inspección. Con todo, el plazo –suspendido- no podrá nunca exceder de los 90 días desde la vulneración específica¹⁴³.

2.2.2.2 Acción por despido y titularidad exclusiva del trabajador

Según se desprende de lo dispuesto en el artículo 489 del Código Laboral, si la vulneración que comete el empleador en el ejercicio de sus facultades, dentro del ámbito de la relación laboral, sobre cuestiones a las cuales resulte aplicable la normativa laboral, es decir, versa sobre alguno de los derechos constitucionales expresamente individualizados en el artículo 485 del mismo cuerpo legal, o se refiere a actos discriminatorios de aquellos a los cuales se refiere el inciso 2º del artículo 1º del Código del Trabajo, y dicha vulneración se ha producido con ocasión del despido, la legitimación activa, en vías de obtener tutela judicial, corresponde única y exclusivamente al trabajador lesionado.

¹⁴³ N.B que el inciso final del artículo 486 del Código del Trabajo señala que el plazo de denuncia de la Inspección del Trabajo se suspende en la misma forma a la que se refiere el artículo 168 del mismo cuerpo legal.

3. Derechos Fundamentales individuales tutelados por el procedimiento de Tutela Laboral

La razón de ser del procedimiento laboral de tutela es hacer prevalecer los Derechos Fundamentales del trabajador como ciudadano, frente a un acto que la ley permite ejecutar al empleador, pretendiendo con ello que el órgano jurisdiccional examine el valor de dicho acto desde la perspectiva del trabajador que se ve afectado y que pueda dejarlo sin efecto si constata una vulneración de las garantías constitucionales de que es titular como ciudadano.

En orden a comprender la extensión de la protección a los trabajadores, expondremos los lineamientos generales del contenido de los Derechos Fundamentales resguardados por el procedimiento de tutela laboral.

3.1 Derecho a la vida

3.1.1 Consagración como derecho esencial en el concierto internacional

El derecho a la vida se contempla en diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. “Todo individuo tiene derecho a la vida”, expresa la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3º). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, dispone que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará

protegido por la ley. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (artículo 6). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana), por último, prescribe que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (artículo 4).

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que el derecho a la vida es el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación (Observación general N° 6, de 1982, párrafo 1). Además, en diversos casos en que ha debido pronunciarse para resolver una controversia en contra de ciertos Estados, reiteradamente ha sostenido que el derecho a la vida “es el más esencial” de los derechos del Pacto.

El Comité de Derechos Humanos ha declarado también, que el derecho a la vida no sólo se vulnera cuando se atenta directamente en contra de él. Este derecho también se vulnera cuando se amenaza o pone en peligro la vida, como en el caso de un condenado a muerte en virtud de un proceso judicial irregular. Por otra parte, la protección del derecho a la vida exige adoptar medidas conducentes a evitar la guerra y para la protección de la salud pública (Observación general N° 6, de 1982, párrafos 2 y 5). En consecuencia, el

derecho a la vida impone no sólo abstenciones, sino también acciones.

Las ideas anteriores aparecen comprendidas en la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Constitucional, en el siguiente orden de cosas:

“Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6° del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es ‘el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación’. Ha agregado, asimismo, que ‘el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos’.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por su parte, que ‘el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y conditio sine qua non para el goce de todos los demás derechos’¹⁴⁴.

Sin perjuicio de la claridad con que nuestro Tribunal Constitucional posiciona el derecho a la vida en la base de la pirámide de Derechos Fundamentales, no ha faltado la doctrina que refuta la existencia de la vida como derecho¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 740-2007, de 18 de abril de 2008, considerando quincuagésimo quinto.

¹⁴⁵ V. CHOMALI, Fernando. 2007. Derecho a la vida, derecho fundamental. Teología y Vida. Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal 68(4): 413-423.

3.1.2 Derecho a la vida en el marco constitucional interno

De entre los derechos que la Constitución asegura a todas las personas, sin lugar a dudas, el derecho a la vida es el derecho fundante de todos los demás. De allí que el Tribunal Constitucional haya declarado, en Sentencia ROL N° 740, del 2008¹⁴⁶, que sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales.

El derecho a la vida ha sido conceptualizado por la doctrina especializada, como la facultad jurídica o poder de exigir la conservación y la protección de la vida humana, es decir, de ese estado de actividad sustancial propia del hombre¹⁴⁷. De las Actas de la Comisión Constituyente se desprende que el derecho a la vida se refiere al soporte biológico y psíquico del ser humano, sin perjuicio de que la dogmática moderna lo extienda al derecho a la protección de la salud¹⁴⁸.

En materia de Derechos Fundamentales rige el denominado “principio *pro-homine*”, el cual ha sido destacado de manera reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Uno de los subprincipios derivados del

¹⁴⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 740, de 18 de abril de 2008, considerando quincuagésimo quinto.

¹⁴⁷ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto. 1994. Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 192.

¹⁴⁸ ZUÑIGA FAJURI, Alejandra. 2011. El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria. Revista de Estudios Constitucionales (1): 37-64.

principio *pro-homine* es que debe estarse siempre a la interpretación más favorable para el más débil.

Cabe hacer presente que el derecho a la vida no implica un momento o instante determinado del ser humano, sino que comprende un proceso que comienza con la concepción. A partir de dicho instante, el ser humano se encuentra en potencia, requiriendo sólo de tiempo para la adquisición de personalidad legal y de su subsecuente desarrollo, el cual continuará a lo largo de la vida en el ámbito de la sociedad, terminando sólo con la muerte. La vida humana constituye así un continuo, que está sometido a cambios de naturaleza somática y psíquica con el transcurso del tiempo, constituyendo durante todo el proceso vida humana y ser humano¹⁴⁹.

3.1.3 Derecho a la vida del trabajador en el marco laboral

En el seno de las relaciones laborales, cabe hacer presente que el contrato de trabajo, es decir, aquel acuerdo de voluntades que crea entre las partes un vínculo jurídico de obligaciones recíprocas, transformando al trabajador y al empleador en deudores y acreedores a la vez, da cuenta de las consecuentes prestaciones y de la forma de cumplirlas. Es lo que la doctrina y

¹⁴⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2007. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo I. Santiago, Editorial Librotecnia, p. 313.

jurisprudencia¹⁵⁰ de nuestros tribunales han reconocido como el “contenido jurídico instrumental”. Del citado contenido, se desprende el deber de obediencia del trabajador y la facultad de mando del empleador. Por otra parte, existe un contenido patrimonial, que se expresa en el deber de trabajar y en pagar el salario. Finalmente, en lo que dice relación al contenido ético-jurídico, cabe decir que éste se expresa en el respeto mutuo, el respeto a las obligaciones de seguridad social, el deber de ocupación efectiva, el deber de capacitación y el deber de protección que, a su vez, se expresa en el artículo 184 del Código del Trabajo, mismo que establece que el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.

La importancia de la obligación de seguridad que tiene el empleador para con los trabajadores, en lo que dice relación con su vida y salud, es que el orden jurídico ya no se conforma con el deber de abstención, es decir, de no lesionar la vida de los trabajadores, sino que impone un deber activo, de proteger eficazmente dichos bienes jurídicos. Dicha obligación es fundamental, pues busca prevenir los riesgos profesionales, resguardando así la vida y salud de los trabajadores, materia de suma importancia tanto para los trabajadores, para sus familias y para la sociedad. El cumplimiento de este deber no queda entregado a la autonomía de la voluntad de las partes, ni menos a la decisión

¹⁵⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, Sentencia RIT N° 27-2009, de 10 de mayo de 2010 (Procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales), considerando noveno.

unilateral del empleador. Dicha regulación comprende, en general, una serie de normas de Derecho necesarias, cuyo contenido, forma y extensión se encuentran establecidas en normas de orden público, sin perjuicio de otras normativas adicionales decididas o convenidas con el propio empleador. Del tenor literal del artículo 184 inciso primero del Código del Trabajo, se desprende que el empleador debe adoptar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores. La palabra “eficazmente”, apunta a un efecto de resultado; claramente lo que se busca es un resultado, el cual es prevenir los accidentes. Pero, además debe considerársela referida a la magnitud de las responsabilidad y acuciosidad con que el empleador debe dar cumplimiento a su obligación de prevención y seguridad. En definitiva, cabe inferir una máxima exigencia del legislador. La obligación de prevención y seguridad que pesa sobre el empleador, se encuentra regulada en el título VIII de la Ley N° 16.744 sobre Seguro social contra riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en sus artículos 66, 66 bis, 67 y 68, cuyo reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo N° 40, de 1969, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Siendo la obligación de protección estatuida en el inciso 1° del artículo 184 del Código del Trabajo, una obligación emanada de la naturaleza del contrato y de la ley misma, cabe resaltar que tiene efecto vinculante para al empleador. De esta manera y según se desprende de lo prescrito por el artículo

1546 del Código Civil, los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella. A mayor abundamiento, las leyes laborales deben entenderse incorporadas a los respectivos contratos de trabajo.

La jurisprudencia pronunciada por los jueces del fondo, ha destacado la naturaleza del contrato de trabajo, en orden a hacer aplicable al contenido personal del mismo, el deber general de protección del empleador. Dentro de ese deber general de protección del empleador se encuentra el deber de seguridad, que encierra una problemática adicional. Los valores que tienden a preservar la obligación de seguridad, en forma directa e inmediata, no son de índole patrimonial, sino que son la propia vida, la integridad física y psíquica y la salud del trabajador. Respecto del grado de culpa que debe responder el empleador y dado que el artículo 69 de la Ley N° 16.744 no ofrece solución, la Corte Suprema, en forma reiterada, ha concluido que éste es el propio de la culpa levísima. Lo anterior guarda concordancia con la forma como debe interpretarse el artículo 184 del Código del Trabajo, toda vez que de acuerdo a los principios generales del Derecho Laboral y al imperativo social, el citado artículo debe interpretarse en sentido amplio, específicamente su inciso 1°, vale

decir, que el empleador debe adoptar “todas” las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores¹⁵¹.

3.2 Derecho a la integridad física y psíquica

3.2.1 Tratamiento doctrinario

El derecho a la integridad física y psíquica de la persona se enmarca dentro de lo que la doctrina de Derecho Comparado y la nacional¹⁵² han acuñado como “derecho a la integridad o incolumidad personal”¹⁵³. Es la mencionada integridad personal la que puede manifestarse en el ámbito físico y psíquico. Así las cosas, la integridad física hace referencia a la plenitud corporal del individuo; de allí que toda persona tiene derecho a ser protegida contra agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, sea destruyéndola o causándole dolor físico o daño a su salud¹⁵⁴.

La integridad psíquica y moral se concreta en la plenitud de facultades morales, intelectuales y emocionales; la inviolabilidad de la integridad psíquica

¹⁵¹ Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT N° 1280-2010, de 27 de agosto de 2010 (demanda de indemnización de perjuicios por accidente del trabajo), considerando primero.

¹⁵² v. MEDINA QUIROGA, Cecilia. 2003. La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 138.

¹⁵³ AFANADOR, María Isabel. 2002. El derecho a la integridad personal. Elementos para su análisis. Revista Reflexión Política 4(8): 93-104.

¹⁵⁴ Op. cit. p. 93.

se relaciona con el derecho a no ser obligado, constreñido o manipulado mentalmente contra su voluntad¹⁵⁵.

En otros términos, concordamos con la postura que señala que el derecho a la integridad personal tiene dos aspectos. Primero, engendra la obligación para el Estado, de abstenerse de realizar alguna conducta, activa u omisiva, que vulnere el derecho en comento, como también debe impedir que otros las realicen. En segundo término, todo individuo es merecedor de respeto, por lo que nadie puede, en principio, interferir con él o con sus decisiones, sugiriendo de este modo, que el individuo es el dueño de sí mismo, que tiene autonomía personal y que, por lo tanto, está facultado para decidir a su respecto, sin que el Estado tenga el poder de impedirselo. Desde la aludida perspectiva, cabe hacer presente la íntima relación existente entre este derecho y el derecho a la vida privada, lo que no puede parecernos extraño, puesto que el catálogo de Derechos Fundamentales tiene por fin primordial proteger la dignidad de la persona desde diversos flancos¹⁵⁶.

3.2.2 Dimensión laboral del derecho a la integridad física y psíquica

Según señalamos a propósito del derecho a la vida del trabajador, el empleador tiene el deber positivo o activo de prevención y protección de la integridad personal del trabajador, por lo que de esta obligación general del

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ MEDINA QUIROGA, Cecilia. 2003. op. cit. p. 139.

empleador es posible derivar la obligación específica de mantener un ambiente libre de acoso físico y psíquico en los lugares de trabajo. Y es que, como observa la doctrina comparada, el ambiente laboral es fuente de riesgo no sólo para la integridad física del trabajador, sino que tiende a afectar el derecho a la salud en su globalidad. Y, sobre todo, son los riesgos “psicosociales” los que se configuran hoy como los principales riesgos emergentes en las nuevas formas de organización laboral¹⁵⁷.

3.3 Respeto y protección de la vida privada

Se entiende por vida privada (o privacidad) aquellos aspectos de la vida que una persona desea sustraer del conocimiento público o general. La Constitución Política de la República protege la intimidad, pues es un aspecto de la vida privada, derecho que supone una protección, donde está prohibida su fractura o intromisión.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la privacidad apunta a la posición de una persona o entidad colectiva personal, en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que,

¹⁵⁷ PALAVECINO CACERES, Claudio. 2004. La Protección Contra el Acoso Psíquico Laboral en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Revista de Derecho de Valdivia 17(1): 63-89.

sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones¹⁵⁸.

3.3.1 Derecho a la vida privada en el ámbito laboral

El Derecho Fundamental de la intimidad o de respeto y protección de la vida privada, con rango de garantía constitucional, no puede ser restringido, afectado o limitado sino por la existencia de otro derecho de igual rango o jerarquía, o por expresa disposición de la ley, la que, sin embargo, según lo exige nuestra Constitución en el artículo 19, número 26, no puede afectar en "su esencia" el derecho de que se trate. De esta manera, el poder de dirección o las facultades del empleador, ya sea que deriven de la ley o del contrato de trabajo respectivo, deben, en principio, otorgar plena vigencia al derecho en comento. Empero, la vigencia de dicho Derecho Fundamental a la intimidad, dotado de efecto horizontal, debe ser "matizada" dentro de la relación laboral, frente a los derechos constitucionales del empleador con los que puedan entrar en colisión, como son el derecho de propiedad, la libre contratación y la libertad económica. Lo anterior importa desarrollar un juicio de ponderación, el que se

¹⁵⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 1683-2010, de 4 de enero de 2011 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), siguiendo en forma textual la definición dada por CORRAL TALCIANI, Hernán. 2000. Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación. Revista Chilena de Derecho 27(2): p. 347.

materializará en diversas operaciones de "balanceo o sopeso" entre la intimidad y los derechos económicos del empleador¹⁵⁹.

3.3.2 Vinculación de los derechos de integridad psíquica y el derecho a la vida privada

Los jueces del fondo han declarado que constituye un atentado en contra de la integridad síquica de los trabajadores, cuando se les fuerza a someterse a evaluaciones y entrevistas con psicólogos, a fin de tratar sus emociones y estado psicológico, destinado a calificar su idoneidad o aptitud para reasumir las funciones laborales, impidiendo la realización personal a través del trabajo, sin perjuicio de la previsible y grave afectación psicológica y emocional por la incertidumbre de la estabilidad laboral futura. Asimismo, señalan que no respeta o protege el empleador la vida privada del trabajador, en la que necesariamente se debe ubicar su salud o situación psicológica y su estado emocional, si obliga al trabajador a manifestar o evidenciar este estado personal, privado e íntimo, a profesionales contratados o dispuestos por la empresa, puesto que el diagnóstico y tratamiento sobre situaciones que afecten eventualmente el estado de salud mental o psicológico del trabajador, sólo le empecen a él, y aceptar la intromisión del empleador, sólo en virtud de su decisión discrecional,

¹⁵⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. 2000. El derecho a la intimidad y la relación laboral. Boletín oficial de la Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile (139): 1-23.

constituye una extralimitación ilegítima y desproporcionada de la facultad de mando del empleador¹⁶⁰.

3.4 Derecho a la honra de la persona y su familia

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la honra alude a la “reputación”, al “prestigio” o el “buen nombre” de todas las personas¹⁶¹. Por su parte, la doctrina ha señalado que la honra 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, de manera que la honra resguardada es el honor en sentido objetivo, y en ningún caso la valoración personal que cada persona tiene de sí mismo, lo que se conoce por autoestima¹⁶². De igual manera es titular del referido derecho la familia de la persona, puesto que el derecho a la honra no se extingue con la muerte del sujeto.

¹⁶⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, Sentencia RIT N° 27-2009, de 10 de mayo de 2010 (Procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales), considerando segundo.

¹⁶¹ Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 943-07, de 10 de julio de 2008 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), considerando vigésimo quinto.

¹⁶² V. CEA EGAÑA, José Luis. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. 1ª Edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile y CEA EGAÑA, José Luis. 1988. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 223.

3.4.1 Derecho a la honra del trabajador y de su familia

Los tribunales con competencia en lo laboral han sustentado, frecuentemente¹⁶³, las resoluciones judiciales tendientes a resolver conflictos de vulneración del derecho a la honra del trabajador, devenida por el accionar del empleador, en lo establecido en el artículo 5º del Código del Trabajo, que dispone que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

El ambiente laboral en donde el trabajador desempeña sus funciones constituye un medio de desenvolvimiento social y económico. El prestigio constituye, sin dudas, un bien preciado en el ámbito de relaciones horizontales y verticales de trabajo.

Ahora bien, la honra de los trabajadores no sólo puede verse afectada en el marco del término de la relación laboral, sino que también mientras ésta se encuentra vigente. Esto porque, aun cuando con frecuencia las denuncias sobre vulneración del derecho a la honra se promueven junto a peticiones de declaración judicial de despido injustificado o nulidad de despido, el trabajador puede verse afectado por una perturbación grave del buen nombre que refleja

¹⁶³ Primer Juzgado de Letras de Santiago de Santiago, Sentencia RIT N° O-2628-2014, de 25 de septiembre de 2014 (procedimiento despido indirecto), considerando segundo. V.a Segundo Juzgado de Letras de Santiago, Sentencia RIT T-14-2012, de 3 de abril de 2012 (procedimiento de tutela laboral), considerando primero, entre otras.

su actuar en la comunidad laboral, en virtud del cual se la ha tenido como capital humano digno de confianza, de ser considerada en relación a sus actos propios y con los de los demás trabajadores y de ser retribuida justamente. Así las cosas, el quebrantamiento de la fama del trabajador ante sus pares y superiores, puede ser constitutiva de acoso laboral. En este sentido, la Dirección del Trabajo ha manifestado que debe entenderse por acoso laboral:

“[---] todo acto que implique una agresión física por parte del empleador o de uno o más trabajadores, hacia otro u otros dependientes o que sea contraria al derecho que les asiste a estos últimos, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se practiquen en forma reiterada, cualquiera sea el medio por el cual se someta a los afectados a tales agresiones u hostigamientos y siempre que de ello resulte **mengua o descrédito en su honra o fama**¹⁶⁴, o atenten contra su dignidad, ocasionen malos tratos de palabra u obra, o bien, se traduzcan en una amenaza o perjuicio de la situación laboral u oportunidades de empleo de dichos afectados”¹⁶⁵. Lo anterior no obsta, por cierto, a que el trabajador pueda iniciar un procedimiento cuya finalidad sea la declaración del autodespido¹⁶⁶.

¹⁶⁴ n. las negritas son nuestras.

¹⁶⁵ Dirección del Trabajo, Dictamen Nº 3519/034, de 9 de agosto de 2012.

¹⁶⁶ V. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia O-1901-2014 (procedimiento despido indirecto).

Conforme se desprende de la revisión de diversas sentencias laborales, existe repelencia en nuestros jueces hacia la sumisión de todo acto del empleador que disguste al trabajador dentro de un contexto vulneratorio de Derechos Fundamentales. En otras palabras, no es posible establecer una coincidencia automática entre los efectos del ejercicio de las facultades de que legalmente el empleador es titular, en la medida en que a los trabajadores no les apetece soportarlas y las ganancias procesales del trabajador que inicia un procedimiento de tutela en su contra.

En el citado orden de ideas, la judicatura ha señalado que la simple imputación de ciertos hechos en la carta que comunica el despido al trabajador, no configura por sí mismo la vulneración del derecho a la honra¹⁶⁷. En lo que denominaremos *ratio jurisdictio*, es posible advertir que ante los derechos del empleador de organizar y dirigir su empresa y de los trabajadores en el marco de estabilidad laboral relativa, los primeros pueden prescindir de los servicios prestados por los últimos, siempre y cuando se cumplan las formalidades legales. Por tanto, si el empleador comunica por escrito al trabajador su voluntad de terminar la relación laboral que los vincula, fundando su decisión en la ocurrencia de hechos constitutivos de delitos o de faltas de probidad e imputándoselos, no significa que exista, *per se*, una vulneración al derecho a la honra.

¹⁶⁷ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT N° 166-2010, de 13 de septiembre de 2010 (procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales), considerando octavo.

A contrario sensu, la imputación pública de hechos constitutivos de delitos, de faltas a la honestidad, probidad o de desacreditaciones, vulnera la honra de los trabajadores. Así se falló por los jueces del fondo a favor de la trabajadora, cuya empleadora denostó públicamente, en el siguiente sentido:

“La demandada ha proferido y esparcido calumnias aberrantes, ha manchado su nombre al llamar a su familia y contarles historias inauditas de robo y sexo, le ha tratado de ladrona, ha manifestado inclusive ante un ministro de fe que ha vendido drogas, y que moralmente ha violado todas las confianzas, en definitiva, le ha hecho un mal nombre, uno del que difícilmente podrán los años limpiar. Esto se reflejará en que no sólo ha perdido un trabajo, sino que la demandada se ha asegurado que no sea considerada digna de confianza ante la comunidad, sus amigos y personas en general, cerrándole muchas puertas alguna vez abiertas en lo laboral, así como en lo social”¹⁶⁸.

3.5 Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada

La Constitución asegura a todas las personas la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Las comunicaciones privadas sólo pueden abrirse o registrarse en los casos y formas establecidos por la ley. El Tribunal Constitucional ha sostenido que “el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial

¹⁶⁸ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT T-417-2012, de 23 de noviembre de 2012 (procedimiento de tutela laboral), considerando décimo.

del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad” (sentencia de 28 de octubre de 2003, Rol N° 389, considerando 21º, y sentencia de 25 de enero de 2005, rol 433, considerando vigésimo séptimo)¹⁶⁹.

3.5.1 Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada del trabajador

A propósito de la revisión por parte del empleador del correo electrónico de los trabajadores, la jurisprudencia y la doctrina han debido manifestarse con la finalidad de sentar los márgenes bajo los cuales se encuadran dos derechos en colisión: el derecho del empleador de administrar su empresa y el del trabajador de que sus comunicaciones privadas no sean violentadas.

En el terreno de las comunicaciones del trabajador cabe tener por incluidas dentro de las múltiples formas de comunicación posibles, la epistolar, telefónica, audiovisual y dentro de los "medios de comunicación", el télex, el fax, el correo electrónico, la video conferencia, etc., advirtiendo que esas y otras especies de comunicación están amparadas por la norma constitucional en referencia, siempre que no estén abiertas al público.

¹⁶⁹ N.B que además de este pronunciamiento, no hay elementos de interés en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, en relación a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, ha sostenido:

"[---] de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. Conciliando la vigencia de tal derecho fundamental, con las facultades empresariales, se ha dispuesto que será entonces el empleador quién podrá tomar la iniciativa para formalizar esta normativa interna de la empresa y, en el ámbito de sus facultades de administración, podrá también incorporar preceptos a este reglamento con el fin específico de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes, todo lo cual no obsta -como se ha dicho- que 'el delegado del personal, cualquier trabajador, o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva' (artículo 153 inciso 3º del Código del Trabajo), pueda impugnar de ilegalidad estas normas ante este Servicio. Se reitera, esta regulación podrá recaer en el uso del correo electrónico, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada. Así las cosas, se ha señalado, por último, que podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna Gerencia o

Unidad de la empresa, envió que de esta forma perderá -en el instante- su condición de comunicación privada, regulación que sin embargo no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter privada, como asimismo, permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional¹⁷⁰.

De la transcrita referencia es posible dar por sentada la protección constitucional de que se beneficia la comunicación privada del trabajador, a la cual el empleador no puede tener acceso ni siquiera en ejercicio de sus facultades empresariales. De allí que la jurisprudencia judicial haya expresado:

“Esta precisa disposición, impide cualquier intento de afectarla por vía contractual o reglamentaria y con mayor razón, por la vía del reglamento interno de la empresa. Lo anterior por cuanto la referida inviolabilidad de las comunicaciones privadas, acompaña a la persona a donde quiera que ella se encuentre, incluso al interior de la empresa”¹⁷¹.

El interés del orden jurídico, en general, por dar protección a la intimidad, a la vida privada y a la correspondencia privada de las personas, no sólo persigue a los trabajadores al interior de la empresa, sino que también se extiende a los funcionarios públicos. Así se ha fallado:

¹⁷⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2210/035, de 5 de junio de 2009.

¹⁷¹ Corte de Apelaciones de Copiapó, Sentencia ROL N° 20-2008, de 21 de noviembre de 2008, considerando cuarto.

“Que asimismo estos sentenciadores no pueden dejar de señalar que el carácter de funcionarios públicos de los titulares de las cuentas en que se alojan los correos de que se trata en nada altera la protección que la Constitución Política de la República otorga a sus comunicaciones privadas, esto es, que no por tener la calidad de empleados del Estado un determinado grupo de personas ha de ver restringidos sus derechos fundamentales más allá de lo que se resguardan los de la población en general, de lo que se sigue que a su respecto resultan plenamente aplicables las disposiciones del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, precepto que ampara precisamente el contenido de las comunicaciones intercambiadas por los trabajadores del Servicio de Impuestos Internos aludidos en la Decisión de Amparo Rol N° 33-13 objeto de la reclamación deducida por el Subdirector Jurídico de esa entidad”¹⁷².

3.6 Derecho a la libertad de conciencia, 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

El Derecho Fundamental regulado en el numeral 6 del artículo 19, comprende una tríada de derechos: la libertad de conciencia, de creencia y de culto.

¹⁷² Corte Suprema, Sentencia ROL N° 7484-2013, de 15 de enero de 2014 (recurso de queja), considerando décimo segundo.

3.6.1 Libertad de conciencia

Conciencia es la aptitud o capacidad del ser humano de distinguir lo bueno de lo malo, lo correcto de lo incorrecto, y de comportarse en consecuencia con tal distinción. En coherencia con esa definición, el derecho fundamental a la libertad de conciencia incluye una permisión y una prohibición. Se permite a toda persona determinar por sí misma qué considera bueno y qué considera malo, y comportarse de conformidad con esa distinción. Se prohíbe al Estado obligar a la persona a comportarse de acuerdo con lo que estima que es malo o impedirle comportarse de conformidad con lo que estima que es bueno. No es efectivo, por tanto, como erróneamente se postuló en las discusiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que la conciencia es lo que está y permanece en el fuero interno o interior de la persona. Si así fuera, no tendría importancia para el Derecho y, en consecuencia, no tendría sentido su regulación constitucional¹⁷³.

¹⁷³ Inciso 2º del artículo 12 del Pacto de San José de Costa Rica: “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, lo que implica el libre ejercicio de dicha libertad, esto es, que toda persona puede celebrar ceremonias, ritos o actos de acuerdo con sus propias convicciones, libertad que puede ser limitada por leyes que razonablemente busquen la tutela de la seguridad, el orden, la salud, la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás, extractando jurisprudencia que refrenda sus argumentos para concluir en cuanto a este capítulo, que quien profesa y practica una determinada creencia o religión, es titular del derecho de reclamar el espacio espiritual necesario para vivirla de acuerdo a sus convicciones, lo que no obsta para que pueda desconocerse su ejercicio si hay razones efectivas para ello”. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Sentencia ROL N° 994-2005, de 26 de noviembre de 2005, considerando octavo.

3.6.1.1 Libertad de conciencia en el ámbito laboral

En lo que dice relación con la libertad del trabajador, ante un auténtico conflicto de conciencia, de obedecerse a sí mismo antes que al empleador, manifestando su oposición de actuar contra de sus valores y creencias, cualquiera sea su situación jurídica, es dable traer a colación la institución de la “objeción de conciencia”. Esto importa que el trabajador es libre de abstenerse de hacer propios los principios y valores empresariales, en la medida en que no los comparta. De esta manera, es posible concluir que la imposición de un ideario valórico o ético, escapa a la delimitación de la facultad empresarial, la que sólo puede comprender cómo ámbito de acción la conducta laboral del trabajador y jamás la extralaboral, ni menos sus valores personales¹⁷⁴.

3.6.2 Libertad de creencia

La creencia es el conjunto de afirmaciones que se tienen por verdaderas, pero que, sin embargo, no están comprobadas, no existe certeza respecto de su veracidad o falsedad. La libertad de creencia incluye una permisión y una prohibición. Se permite adherir o no adherir a determinadas afirmaciones que se tienen por verdaderas. Se prohíbe al Estado o a terceros coaccionar a una persona para que adhiera a una afirmación que tiene por falsa o no adhiera a una afirmación que tiene por verdadera. En este sentido, confiere los derechos

¹⁷⁴ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 1184/016, de 10 de marzo de 2010.

a creer en una deidad (creyente), a no creer en una deidad (ateo) y a afirmar la imposibilidad de sostener la existencia o inexistencia de una deidad (agnóstico).

3.6.2.1 Libertad de creencia en el ámbito laboral

A propósito de las objeciones emanadas de los trabajadores dirigidas a hacer prevalecer su derecho de abstenerse a trabajar los días sábados por creencias religiosas (credo adventista), la doctrina especializada ha destacado el esfuerzo que requiere armonizar los derechos a la libertad de creencias con la libertad de trabajo y la libertad de desarrollar actividad económica. Así, el profesor Nogueira Alcalá sostiene que “[---] en tales casos deberá respetarse la práctica y observancia de creencias religiosas, salvo que el empleador o empresario demuestre que no es posible acomodar dicha práctica y observancia religiosa sin provocar un daño o gravamen excesivo para la marcha de la empresa, de lo contrario, podrá adaptarse la jornada laboral a la libertad de creencias religiosas del trabajador y este no sea discriminado.

Ello se refuerza, considerando el artículo sexto del Convenio N° 106 de la OIT, cuyo párrafo tercero señala que las tradiciones y costumbres de las minorías religiosas serán respetadas, siempre que sea posible”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2006. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Revista *Ius et Praxis* (2): p. 36.

Con todo, el juicio de ponderación referido se torna disímil cuando es el derecho de un funcionario público de abstenerse a realizar alguna actividad laboral en día sábado el que se ve conculcado por el derecho de la Administración de velar por el correcto funcionamiento de la función pública¹⁷⁶.

3.6.3 Libertad de culto

El culto es el conjunto de ritos y ceremonias a través de los cuales se rinde honor a aquello en lo que se cree en materia religiosa. La libertad de culto incluye una permisión y una prohibición. Se permite rendir honor mediante los ritos y ceremonias que se desee a aquello en lo que se cree en materia religiosa. En cuanto prohibición, impide que el Estado o terceros impongan o impidan determinados ritos o ceremonias para rendir honor a aquello en lo que se cree.

¹⁷⁶ “[---] la Dirección Nacional de Gendarmería, no ha vulnerado la libertad de conciencia, ni el derecho a manifestar las creencias ni el ejercicio del culto, acorde con lo dispuesto en el art/19 num/6 de la constitución y los artículos 1, 2 y 6 de la ley 19.638, al disponer que los exámenes de un concurso de promoción se realizaran el día sábado. Ello, porque según el art/38 de la constitución política, una ley orgánica constitucional, garantizara la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse. Por su parte, en cumplimiento de la citada norma constitucional, el art/45 de la ley 18.575, establece que el personal de los órganos y servicios públicos estará sometido a un sistema de carrera que proteja la dignidad de la función pública y que guarde conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado. Así, corresponde tener presente que el director del aludido organismo, en su calidad de autoridad máxima del servicio y en uso de las facultades que le otorga el art/31 de la citada ley 18.575, para dirigir, organizar y administrar el organismo, controlar y velar por el cumplimiento de sus objetivos y responder de su gestión, pudo disponer que las pruebas o exámenes del certamen de que se trata se llevaran a cabo un día sábado, que es un día hábil, y no el día viernes como se había fijado, circunstancia que fue debidamente notificada a los funcionarios que podían participar en el concurso, lo que no ha significado una discriminación”. Contraloría General de la República, Dictamen N° 24.330, de 24 de mayo de 2006.

3.6.3.1 Libertad de culto en el ámbito laboral

El ejercicio libre de cualquier culto que la Constitución asegura a todas las personas, es un derecho extensible al trabajador, en la medida en que el citado ejercicio no constituya un incumplimiento contractual.

Por su parte, el artículo 6º de la Ley N° 19.638 que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, prevé que la libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de profesar la creencia religiosa que se escoja o no profesar ninguna, manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba y la de practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos, entre otras. Empero, el derecho a la libertad de culto del trabajador debe compatibilizarse con las situaciones empresariales y obligaciones contractuales que aquel decidió libremente asumir para con su empleador.

Finalmente, resta apuntar que la relación existente entre oficiales de culto, ministros, pastores, etc., y las iglesias o entidades religiosas a las que pertenecen, no puede ser catalogada de laboral, por no existir los supuestos fácticos-jurídicos que la originan. Así ha sido expresado por la doctrina¹⁷⁷ y jurisprudencia¹⁷⁸.

3.7 Derecho a la libertad de emitir opinión

El diccionario de la Real Academia Española expresa que la opinión es el “juicio que se forma sobre algo discutible”. En consecuencia, la libertad de emitir opinión consiste en la libertad de difundir el juicio que se tiene sobre algo discutible. En palabras de Alejandro Silva, se trata del derecho “de manifestar el concepto o apreciación que se tiene respecto de cualquier situación”¹⁷⁹. Para el

¹⁷⁷ VERGARA CEBALLOS, Fabiola. 2013. Asistencia Religiosa y Derecho del Trabajo: el caso de los ministros de culto. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 4(1): 121-140.

¹⁷⁸ “Cabe señalar que las entidades religiosas de que se trata cumplen las finalidades religiosas que, al tenor del precepto transcrito, constituyen su principal objetivo a través de algunos de sus miembros que tienen la calidad de Pastores y Obispos. La labor de éstos, según se ha podido constatar en fiscalizaciones anteriores efectuadas a fin de evacuar consultas similares a la presente, consiste en orientar a las personas y ayudarlas espiritualmente, por medio de reuniones en casas de matrimonios y en su sede social, esto es, en enunciar, comunicar y difundir, por cualquier medio, su propio credo y en manifestar su doctrina.

Lo anteriormente expuesto y las especiales características de la labor que realizan pastores y obispos permiten afirmar, en opinión de este Servicio, que en ella no se da el contenido patrimonial del contrato, toda vez que el supuesto empleador no adquiere ni incorpora a su patrimonio el resultado del trabajo efectuado por el dependiente, existiendo sólo un interés de tipo sociológico”. Dirección del Trabajo, Dictamen N° 649/22, de 9 de febrero de 2005.

¹⁷⁹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. 2008. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XII. 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 291.

profesor José Luis Cea, la “opinión” es un juicio de valor pronunciado por quien tiene un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia¹⁸⁰.

La libertad de opinión se ejerce normalmente con la finalidad de persuadir o convencer a terceros respecto de lo acertado de este juicio o apreciación y de este modo captar adherentes para la posición o perspectiva que se sostiene.

3.7.1 Derecho a la libertad de emitir opinión del trabajador

La libertad de emitir opinión del trabajador se encuentra íntimamente vinculada a la libertad de expresión, sobretudo en el ámbito sindical. Con todo, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha dejado en claro que, negarse a prestar servicios por no conciliar en opinión con las autoridades sindicales, no justifica la tutela del derecho a la libertad de opinión, constituyendo un simple incumplimiento contractual¹⁸¹.

3.8 Derecho a la libertad de informar

Informar, por su parte, consiste en dar noticia de algo, dar a conocer algo. La libertad de informar consiste, en consecuencia, en el derecho de dar

¹⁸⁰ CEA EGAÑA, José Luis. 1982. Estatuto Constitucional de la Información y la Opinión. Revista Chilena de Derecho 8(1): p. 5.

¹⁸¹ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT T-49-2010, de 10 de junio de 2010 (procedimiento de tutela laboral), considerando décimo noveno.

noticia o dar a conocer un cierto hecho o una determinada afirmación. La diferencia entre la opinión y la información es que en la primera lo comunicado emana de quien ejerce el derecho de opinión, mientras que en la segunda lo comunicado es ajeno a quien ejerce el derecho de informar, proviene del hacer o expresar de un tercero¹⁸².

3.8.1 Derecho a la libertad de informar del trabajador

En el ámbito laboral la libertad de informar del trabajador ha sido concebida en términos amplios, como el derecho de expresar opiniones por medio de la prensa o en otra forma, constituyendo incluso uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales, por lo que un reglamento interno que prohíba a los trabajadores dar entrevistas a medios de comunicación sobre pormenores o situaciones específicas de la empresa, ha de ser tenida como ilegal. En el citado sentido, la Dirección del Trabajo ha especificado el derecho que le queda a salvo al empleador, en el siguiente orden de cosas:

“Que, cualquier temor del empleador, en cuanto a los posibles perjuicios que el ejercicio de tal derecho constitucional pudiera significar para su organización empresarial y específicamente a su derecho de propiedad, se

¹⁸² N.B. que a estos dos derechos se debe añadir el derecho a recibir información, que ha sido reiteradamente reconocido por el Tribunal Constitucional. Sentencias ROL N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 20; ROL N° 634, de 9 de agosto de 2007, considerando noveno; y ROL 1732-10-INA y N° 1800-10-INA (acumulados), de 21 de julio de 2011, considerando vigésimo noveno.

encuentra resguardada por el propio constituyente, al prescribir que dicho ejercicio 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"¹⁸³.

3.9 Derecho a la libertad de trabajo y su protección

El inciso 1º del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución, consagra la libertad de trabajo y su protección. Pues bien, lo que se protege no es la libertad de trabajo, sino el trabajo mismo, es decir, la actividad productiva. Esto significa que se deben tomar las medidas necesarias para que los trabajos sean sanos y seguros, es decir, que no generen enfermedades ni accidentes¹⁸⁴.

El Tribunal Constitucional, por su parte, señala que la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección, incluye el reconocimiento de que todo trabajador debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de un descanso adecuado y de que exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que

¹⁸³ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 3416/049, de 28 de agosto de 2009.

¹⁸⁴ N.B. que esta disposición es complementada por la Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que establece todo un sistema de protección para que los trabajos dependientes en Chile sean sanos y seguros. Este sistema de protección incluye prestaciones médicas y económicas para los trabajadores que sufren accidentes o enfermedades laborales, un sistema de prevención de riesgos laborales en las empresas y la exigencia a las empresas de pagar una cotización para financiar el sistema de protección contra accidentes y enfermedades laborales.

le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida¹⁸⁵.

3.10 Derecho a la protección de la libre elección del trabajo

El derecho a la libre elección del trabajo significa que la persona tiene el derecho de decidir a qué actividad económica desea dedicarse y a cuál no, así como la posibilidad de cambiar en cualquier momento dicha opción. De allí que el Tribunal Constitucional haya especificado el contenido de la libertad de trabajo, expresando que no se agota en la libre elección de un empleo, según se expresa en la siguiente cita:

“En efecto, a protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16° de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del Trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del

¹⁸⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 1852-2010, de 26 de julio de 2007 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), considerando séptimo.

Estado (Luz B. Illanes: La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980, en Revista de Derecho Público N° 28, Universidad de Chile Santiago, 1980, p. 215). En el mismo sentido se ha pronunciado José Luis Cea, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo 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 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’¹⁸⁶.

3.11 Derecho a realizar cualquier actividad que no se oponga a las limitaciones constitucionales

Consiste en la prohibición, dirigida al empleador, de impedir cualquier clase de trabajo, a menos que esta actividad económica se oponga a la moral (V.gr. la producción de material pornográfico infantil), a la seguridad pública (V.gr. la reducción de especies), a la salubridad pública (por ejemplo, la venta de golosinas en establecimientos educacionales o el tráfico de drogas) o al interés nacional. Los trabajos prohibidos por cualquiera de estas causas deberán establecerse por ley.

¹⁸⁶ Op. cit. considerando sexto.

La importancia de la potestad en comento es que el empleador no puede, por medio de una cláusula contractual, impedir al trabajador realizar actividades remuneradas que no afecten las limitaciones constitucionales. Sin embargo, el empleador se encuentra facultado para prohibir al trabajador desarrollar negociaciones dentro del mismo giro o negocio, siempre y cuando dicha limitación conste por escrito en el contrato de trabajo respectivo¹⁸⁷.

3.12 Tutela sobre actos discriminatorios

Los términos en que fue redactado el artículo 485 del Código del Trabajo, como norma de reenvío, hacen referencia al artículo 2° del Código del Trabajo. Creemos que la interpretación correcta de ambas normas debe hacerse a través de un claro proceso hermenéutico, bajo el prisma de las normas constitucionales, específicamente del artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental¹⁸⁸.

¹⁸⁷ “La cuestión, por lo tanto, es decidir si la prohibición del trabajador de realizar negocios dentro del giro de su empleador, constituye un límite racional y proporcional a los derechos fundamentales del trabajador, no pudiendo sino concluirse que ello es así, sin necesidad de realizar los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que solicita el actor, desde que es el propio legislador el que estima justificada y proporcionada dicha prohibición, al permitir expresamente al empleador imponerla al trabajador, cuando la contempla como una causal de término de la relación laboral, en el artículo 160 N°2 del Código del Trabajo.

Queda así desechada la posibilidad, a juicio de esta sentenciadora, de estimar que tanto la cláusula que se invoca para poner término al contrato del trabajador como la circunstancia de imputársele realizar actividades dentro del giro de su empleador vulneren su garantía a la libertad de trabajo, de manera que no resulta posible acceder a la acción de tutela deducida”. Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, Sentencia RIT T-10-2009, de 25 de agosto de 2009 (procedimiento de tutela laboral), considerando undécimo.

¹⁸⁸ La Constitución prohíbe, en el inciso tercero del artículo 19, número 16, la discriminación en materia laboral. Sin embargo, permite establecer diferencias de trato basadas en la idoneidad o

Ahora bien, el artículo 2° del Código del Trabajo envuelve un concepto de igualdad, al prescribir que 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 ocupación¹⁸⁹.

En lo relativo a la libertad de sindicación, los tribunales nacionales han señalado que el empleador no puede discriminar al trabajador por dicha motivación, agregando que constituye discriminación indebida de parte de su empleador “[---] y que consiste en perseguir a aquellos trabajadores que ejerzan liderazgo y como una represalia por su compromiso y participación en el sindicato de trabajadores y en las gestiones que este emprende. Esta conducta afecta objetivamente el principio de la no discriminación, el derecho de sindicación y libertad sindical, puesto que busca sancionar en forma selectiva e ilegítimamente discriminatoria a distintos trabajadores, propendiendo a la desafiliación del sindicato y desestimulando la afiliación sindical de trabajadores nuevos. De esta manera la actuación discriminatoria por parte de la empresa,

capacidad del trabajador, así como exigir la nacionalidad chilena o establecer límites de edad para desarrollar ciertas actividades. Es importante destacar que esta prohibición de discriminar no se encuentra tutelada por la acción de protección del artículo 20 de la Constitución. Sin embargo, las infracciones a este derecho constitucional pueden ser igualmente protegidas a través del artículo 19, número 2, que expresa el principio general de no discriminación. Así lo ha interpretado la jurisprudencia.

¹⁸⁹ Téngase presente que se excluyó del objeto de este procedimiento de tutela a las discriminaciones del inciso 6° del artículo 2° del Código del Trabajo, esto es, las discriminaciones efectuadas por las vías de ofertas de empleo y, en general, quedaron excluidas las discriminaciones pre-ocupacionales, pues el ámbito de aplicación del nuevo procedimiento está referido a relaciones laborales vigentes o extinguidas.

se ha materializado grave y desproporcionadamente en su persona y ha implicado su despido, no sólo porque se le impide mantenerse como operador y seguir desarrollando la función para la que estaba contratado, sino también porque es víctima de un castigo discriminatorio en relación a los otros trabajadores que continúan laborando e incluso respecto de los otros despedidos, al no ofrecerle finiquito y pago como al resto de estos últimos. Dicha conducta ilegal de la denunciada ha de entenderse tipificada en los actos de discriminación que el artículo 2º del Código del Trabajo establece, por cuanto han tenido por objeto anular o alterarla igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Sentencia RIT T-6-2012, de 26 de junio de 2012 (procedimiento de tutela laboral), considerando primero.

CAPÍTULO III

ESTATUTO LABORAL DE LOS FUNCIONARIOS MUNICIPALES

1. Relación Estado y funcionarios públicos

1.1 Ideas Preliminares

“[---] en la época del Estado Absoluto prevalecía la idea de estimar que el funcionario se encontraba en un mero estado de sumisión en relación con la Administración Pública, la que lo designaba por un acto de poder, revocable en cualquier momento. En cambio, cuando surge el Estado de Derecho, y con él prevalece la idea de garantía de los particulares, se abre paso la teoría de la existencia de un contrato privado entre ambas partes, y como tal inalterable por cualquiera de ellas. Ambas teorías caen en desuso conforme avanzamos en el siglo XIX y adquiere madurez la doctrina jurídico-administrativa. Surge entonces la idea de estimar que entre la administración y el funcionario existe ciertamente un contrato, pero de carácter administrativo: el contrato de función pública”¹⁹¹.

La naturaleza jurídica del vínculo existente entre la Administración y los funcionarios públicos, ergo, también de los funcionarios municipales, no ha sido una cuestión pacífica en doctrina. Tampoco ha estado exento de discusión el punto relativo a la idoneidad de la distinción entre funcionario y empleado

¹⁹¹ ENTRENA CUESTA, Rafael. 1982. Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Tecnos, p. 281.

público. Acertadamente la literatura argentina¹⁹² nos permite argüir elementos de disociación en torno a aquellas tesis que pretenden sustentar una distinción entre ambos, en base al poder de decisión que tienen los primeros (funcionarios públicos) versus la facultades de mera ejecución que detentan los segundos (empleados públicos). En términos sucintos, la razón por la cual no nos parece correcto adherir a dicha hipótesis, es porque no existe sustrato conceptual ni legal en la formulación de la distinción. En efecto, no hay agentes públicos que desempeñen la función pública a través de meras decisiones, como tampoco lo hacen a través de la simple ejecución de las decisiones que otros –funcionarios públicos– adopten¹⁹³. A mayor abundamiento, la legislación nacional no contiene diferenciación en el tratamiento de éstos. Uno de los muchos fundamentos positivos de nuestra posición, es el artículo 9º del Estatuto Administrativo, que dispone:

“Todo cargo público necesariamente deberá tener asignado un grado de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y, en consecuencia, le corresponderá el sueldo de ese grado y las demás remuneraciones a que tenga derecho el funcionario”.

De la disposición transcrita se desprende que los únicos elementos que la ley prevé en la distinción de las personas que desempeñan un cargo público

¹⁹² BIELSA, Rafael. 1960. La función pública: caracteres jurídicos y políticos: la moralidad administrativa. Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 35.

¹⁹³ En el mismo sentido, véase a GORDILLO, Agustín. 1974. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomo I, 1ª Edición, Buenos Aires, Editorial Machi, p. 138.

son el grado y como consecuencia de ello, la remuneración, prescindiendo del contenido de las funciones que ejercen: deliberativas o ejecutorias.

Formulada la precedente prevención, nos abocaremos en lo sucesivo al tratamiento del vínculo que existe entre el Estado y los funcionarios públicos-municipales.

1.2 Naturaleza jurídica de la vinculación

La relación entre el Estado, en su faz de Administración Pública y los funcionarios que forman parte de su organización, se enmarca dentro de la potestad administrativa del Estado. En dicho contexto, la doctrina especializada ha señalado que la antedicha potestad es constitutiva de un poder jurídico de que goza la Administración y que, a la vez, se concretiza en la ley¹⁹⁴.

Lato Sensu, los funcionarios públicos ejercen la función pública, entendida ésta como aquella función relativa a fines de interés general de la sociedad jurídicamente constituida¹⁹⁵. Ahora bien, la noción de función pública está íntimamente ligada a la naturaleza de la relación jurídica de los funcionarios públicos con la Administración.

Según se desprende de lo establecido en el inciso 3º del artículo 1º de la Carta Fundamental y 3º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales

¹⁹⁴ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2012. Derecho Administrativo. 150 años de doctrina. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 167.

¹⁹⁵ MARTINS, Daniel. 1965. Estatuto del Funcionario. Montevideo, Editorial Montevideo, p. 23.

de la Administración del Estado, N° 18.575¹⁹⁶, el Estado tiene por misión fundamental la atención de las necesidades públicas, a través de la promoción, continua y permanente del bien común. Para estos efectos, el Estado se organiza a través de diversos órganos e instituciones públicas, compuestas por personas que reciben la denominación de “funcionarios” o “empleados públicos.

En palabras del catedrático don Enrique Silva Cimma, la función pública responde a los cánones de una actividad que desarrolla la dotación o elemento humano de la Administración para poner en funcionamiento el servicio público¹⁹⁷. La trascendencia del rol que ejerce la función pública, radica en el funcionamiento –aglomerado– de los servicios públicos y, por ende, la satisfacción de las necesidades públicas de la comunidad. *De perogrullo* resulta afirmar que el Estado, en orden a cumplir su cometido, tendiente al bien común, requiere de una dotación humana, que lo representará en la misión de atender las necesidades públicas en la forma prescrita por la Constitución y las leyes.

¹⁹⁶ Artículo 3° de la LOCBGAE: “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

¹⁹⁷ SILVA CIMMA, Enrique. 1993. Derecho Administrativo chileno y comparado. La Función Pública. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 111.

En términos generales, cabe resaltar la larga data de la discusión relativa a la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación que vincula a la Administración y a los funcionarios públicos. De allí que el profesor Gabino Fraga, haya sintetizado la exposición de las diversas posturas esbozadas por la dogmática jurídica, tendientes a dar respuesta a la problemática planteada, de la siguiente manera:

“Encontramos que de ambas partes se exige capacidad y consentimiento y que además existen prestaciones recíprocas al proporcionar el empleado sus servicios a cambio de la compensación pecuniaria que recibe del Estado, por lo que se pretende encajar las relaciones que surgen de la función pública dentro de los moldes del derecho civil tradicional y considerar que se trata de un contrato de locación de obras, o de un contrato de mandato, según se trate de servicios materiales o de realizar en nombre y representación del Estado actos jurídicos. Sin necesidad de entrar a discutir las diversas formas en que se adoptan las teorías civilistas sobre la función pública, deben descartarse todas ellas, en primer lugar porque el régimen que en un principio de una manera natural conviene a las relaciones en que el Estado interviene es el régimen de derecho público, y en segundo lugar, porque la función pública, los empleados y funcionarios son titulares de las diversas esferas de competencia en las que se dividen las atribuciones del Estado, y, por lo mismo, el régimen jurídico de dicha función debe adaptarse a la exigencia de que las referidas atribuciones sean autorizadas de una manera eficaz, regular y continua, sin que el interés

personal del empleado llegue a adquirir importancia jurídica para obstruir la satisfacción del interés general. Ahora bien, como las normas en que están inspiradas en tal exigencia son normas de derecho público, según lo hemos demostrado anteriormente, de derecho público tendrán que ser también las relaciones que constituyen la función pública”¹⁹⁸.

En términos particulares, las teorías que explican la especial vinculación entre el Estado y los funcionarios públicos, entre los cuales se entienden comprendidos los funcionarios municipales, son las que se expondrán en los apartados siguientes.

2. Teorías contractualistas

2.1 Teoría contractualista-privatista

Tal como apuntáramos con antelación, en los albores del desarrollo forense del tópico de la relación Administración y funcionario público, la doctrina se inclinaba por imputarle un carácter contractual a la referida vinculación, importando apotegmas del Derecho Sustantivo. Por consiguiente, la relación jurídica que ligaba al Estado y a los funcionarios de la Administración, era concebida como una manifestación de las reglas del mandato y de la locación

¹⁹⁸ FRAGA, Gabino. 1971. Derecho Administrativo. México D.F., Editorial Porrúa, p. 133.

de servicios personales. En raigambre contractualista, la función pública subsumía los caracteres de bilateralidad y consensualidad¹⁹⁹.

Empero, la presente tesis no tardó en desmoronarse ante una premisa irrefutable: la diferenciación esencial entre lo público y lo privado, constituye la *summa divisio iuris*²⁰⁰.

Cabe destacar que la principal diferencia entre la disciplina pública y la privada, es que en ésta última rige el principio de la igualdad contractual, fenómeno inverso de lo que ocurre en el campo del Derecho Público²⁰¹.

A mayor abundamiento y en adhesión a las doctrinas impartidas por el profesor E. Barros Bourie²⁰², el derecho público se alza como una disciplina que ordena la convivencia del hombre en sociedad, con prescindencia de la faz pública que reviste todo el derecho desde una perspectiva antropológica y, el derecho privado toma como esencia el vínculo entre las partes y no un fin social más general que resulta ajeno a esa precisa relación. En razón de lo antes dicho, es correcto dar por sentada, al menos una cuestión: la rama del Derecho o la normativa que regula las relaciones ente el Estado y su capital humano, se inserta dentro del Derecho Público, toda vez que no sólo concierne a una

¹⁹⁹ MARIENHOFF, Miguel. 1994. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. 4ª Edición. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, p. 187.

²⁰⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. 2010. La *summa divisio iuris* público/privado de las disciplinas jurídicas. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Coquimbo 17(1): p. 115.

²⁰¹ Cfr. GUARIGLIA, Carlos. 2005. Derecho Público y Derecho Privado ¿Dicotomía o Falsa Antinomia?. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (7): 21-30.

²⁰² BARROS BOURIE, Enrique. 2001. Lo Público y lo Privado en el Derecho. Revista de Estudios Públicos (81): 5-37.

relación entre dos sujetos de derechos, sino que envuelve un interés generalizado.

2.2 Teoría contractualista-publicista

Con mayor grado de aceptación impetraron las tesis contractualistas que buscaron asidero en el Derecho Público. Así las cosas, la función pública se encontraba inmersa dentro de un contrato administrativo en razón de su objeto, esto es, el conjunto de funciones aparejadas a un respectivo empleo público. Por tanto, el cumplimiento de dichas funciones aparecía como el contenido contractual específico. El íter de cumplimiento del referido contrato estaba conformado por el nombramiento, la aceptación del cargo público, su desenvolvimiento y ejecución²⁰³.

2.2.1 Críticas a la teoría de contrato administrativo

Las principales críticas dirigidas a derribar la tesis de la función pública como contrato administrativo, se basan en la contradicción de concebir la relación entre la Administración y los funcionarios públicos, como una de carácter contractual. Esto, porque la función pública no puede quedar supeditada a los entorpecimientos que nacen como derechos para las partes

²⁰³ MARIENHOFF, Miguel. 1994. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. 4ª Edición. op. cit. p. 202.

contratantes. A mayor abundamiento, la Administración se encuentra facultada para introducir modificaciones, de forma unilateral, al contenido de la relación de empleo público, lo que, claramente, no tiene asidero en sede contractual. Lo anterior ha sido contraargumentado por la doctrina, en orden a exponer las limitaciones a las cuales se sujeta la Administración en las modificaciones que puede imponer en las relaciones con sus funcionarios²⁰⁴.

2.3 Teoría contractualista-laboral

Aun cuando la tesis de la relación laboral entre el Estado y sus funcionarios gozó de gran fama, en nuestro orden jurídico no tiene un sustento legal expreso, toda vez que el legislador ha manifestado, en técnica legislativa precisa, que los funcionarios de la Administración del Estado (centralizada o descentralizada), no se rigen por las disposiciones del Código del Trabajo, salvo las excepciones expresamente señaladas en el artículo 1º del Código Laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, descartar el vínculo laboral entre la Administración y los funcionarios públicos, no implica, bajo ninguna perspectiva, tener el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo como ramas jurídicas ajenas, desconocidas e irreconciliables. Por el contrario, en razón de la supremacía de los bienes jurídicamente tutelados, existen materias de interés

²⁰⁴ “Es inexacto que en materia de función pública o de empleo público, la Administración pueda ‘modificar’ la relación jurídica sin ninguna limitación. La Administración puede, sin duda alguna, introducir todas las modificaciones que considere oportunas, las cuales serán válidas en tanto sean razonables, no arbitrarias y no trasunten una desviación de poder”. Op. cit. p. 204.

general y social, que formando parte de la normativa laboral irrumpen en sede administrativa, como lo son las reglas relativas a la protección de la maternidad²⁰⁵.

Por otra parte, resulta relevante anotar el tratamiento de Derecho Comparado dado al tópico en comento, v.gr. la legislación italiana, a partir de la década de los '70, asimiló ciertos derechos laborales a los funcionarios públicos, como el de negociación colectiva. Existe también, una fuerte tendencia anotada por la doctrina nacional, a refundir o “aproximar” la función pública y el Derecho Laboral²⁰⁶.

El anotado fenómeno ha sido estudiado bajo la nomenclatura de la “privatización del empleo público”. La enunciación precedente da cuenta de la esencia de la mutación de las reglas que gobiernan las relaciones entre el Estado y sus entidades constituyentes, a fin de privatizar o contractualizar las bases axiomáticas de la naturaleza de la función pública.

La doctrina española ha consignado el proceso de transformación, devenido a partir de la reforma italiana producto de la Ley N° 421, de 23 de

²⁰⁵ Artículo 194 del Código del Trabajo: “La protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado”.

²⁰⁶ Véase en ROJAS CALDERÓN, Cristián. 2007. Apuntes de Derecho Administrativo: Régimen del personal de la Administración del Estado [en línea] <<http://todouniversidad.wikispaces.com/file/view/Administrativo+I+--+Funcion+publica.pdf>> [consulta: 29 septiembre 2014].

octubre de 1992, “Delegación al Gobierno para la racionalización y revisión de las normativas en materia de sanidad, empleo público, de previsión y financiación territorial”, en los siguientes términos:

“En primer lugar, una cuestión semántica, no de tono menor, relativa a lo que es el estandarte de la reforma, esto es, el cambio de naturaleza en la relación de empleo. La doctrina italiana prefiere la utilización del término *privatización* para referirse, bien a la homologación formal y sustancial entre empleo público y privado, bien al camino seguido para ello: aplicación al empleo público del principio de autonomía privado, de la legislación civil y de la jurisdicción ordinaria. El término *privatización* de amplio uso, también en los medios de comunicación, es rechazado, sin embargo, por los expertos sindicales, impulsores del primer proyecto, que lo estiman impropio, al entender que dicha expresión para que fuera plenamente aceptable requeriría también de la privatización de la Administración Pública empleadora o al menos que ésta estuviera obligada a seguir las reglas empresariales privadas referentes a su gestión, lo que no sucede así”²⁰⁷.

Sin ahondar en el alcance de la referida reforma legislativa, nos interesa subrayar que tanto el proceso de privatización del empleo público, mediante la inducción de normas laborales en la reglamentación de determinados órganos

²⁰⁷ MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel. 1995. La reforma de la relación de empleo público en Italia. Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas (2): p. 27.

de la Administración, como la “publicización” del empleo privado²⁰⁸, mediante normas de estabilidad del empleo, derecho a reincorporación, entre otras, son manifestaciones de la necesidad de armonizar el ordenamiento jurídico todo, a fin de otorgar a los bienes y valores jurídicos tutelados, la protección y jerarquía que merecen, desatendiendo la rama del Derecho en donde se desenvuelven.

2.3.1 Elementos comunes del vínculo laboral y administrativo

“[---] lo que define y caracteriza a un contrato de trabajo es que la prestación de los servicios a cambio de una retribución se haga bajo un vínculo de subordinación y dependencia. En efecto, en el contrato de trabajo, el trabajador y el empleador no están en un plano de igualdad, sino que el primero, por un acuerdo de voluntades, se ha puesto bajo el mando del segundo a quien reconoce como superior y al que se somete en cuanto debe obedecer sus órdenes, puede ser controlado la forma de realizar su cometido, se le puede exigir el cumplimiento de una jornada y una asistencia regular a su trabajo y acepta que, incluso, puedan aplicarse en su contra ciertas medidas disciplinarias”²⁰⁹.

²⁰⁸ Cfr. BREWER CARÍAS, Allan. 1996. La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo. En: II JORNADAS de Derecho Administrativo: 12 al 15 de noviembre 1996. Caracas. 61 p.

²⁰⁹ Molina con Servicios Generales Jorge Antonio Aguirre E.I.R.L. (2012): Segundo Juzgado de Letras de Temuco, Sentencia ROL N° O-324-2012, de 28 de septiembre de 2012 (demanda por despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones), considerando octavo.

Dentro del lineamiento sentado en el precedente apartado, merece nuestra atención el examen de los elementos concurrentes en la relación Estado-funcionarios públicos y municipales, provenientes del Derecho Laboral. Insistimos en que ni esto, ni una eventual posición de expansión o de omnicomprensión en la titularidad del procedimiento de tutela laboral por vulneración de ciertos derechos fundamentales establecidos expresamente en la ley laboral, significa equiparar el vínculo estatutario de los funcionarios públicos para con el Estado con uno de índole laboral.

Con todo, nos permitimos dejar planteado el siguiente razonamiento. De la interpretación armónica de los preceptuado en los artículos 7º y 8º del Código del Trabajo, se desprende que la relación laboral o de trabajo es aquella en que una persona (trabajador) presta servicios personales, bajo subordinación y dependencia en favor de otra (empleador), quien a su vez paga por éstos, una remuneración determinada. En el citado contexto, tenemos que los elementos que caracterizan la relación laboral son: prestación de servicios personales, subordinación y dependencia y remuneración. Lo anterior ha sido reafirmado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, mediante declaraciones de estilo, como la que sigue:

“Que sabido es que los elementos que configuran la vinculación laboral, aun cuando ella no conste en tales términos por escrito, están constituidos por la prestación de servicios personales, la subordinación y dependencia y el pago

de un estipendio mensual. En el caso, concurren, ciertamente, la prestación de servicios personales y el pago de un estipendio mensual. Sin embargo, conforme a la lógica que debe imperar en la materia, las manifestaciones de la subordinación y dependencia resultan débiles, desde que difícilmente un profesional independiente puede ser dirigido en el ejercicio de su actividad, a lo que se une que, si bien la demandante registraba su asistencia, carecía de horario fijo, no tenía jornada de trabajo y no se divisan las órdenes o instrucciones que recibía de su pretendido empleador en el cumplimiento de sus obligaciones”²¹⁰.

De lo pertinente de las expresiones de nuestro máximo tribunal, resta identificar la existencia de los elementos de laboralidad dentro del ámbito administrativo que nos concierne.

a) Remuneraciones

El elemento patrimonial de la relación laboral, esto es, la remuneración, se encuentra presente en el vínculo Estado-funcionarios públicos y municipales, puesto que es ajeno a toda lógica que el empleado público preste servicios a título gratuito, so pena de producirse un enriquecimiento injusto en favor del ente estatal.

²¹⁰ Yáñez Arriagada Ximena con Campos Deportivos Llacolen S.A. (2008): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 7178-2008, de 31 de diciembre de 2008 (recurso de casación en el fondo), considerando octavo.

La Contraloría General de la República ha señalado que los funcionarios públicos perciben rentas que se encuentran reguladas de acuerdo al sistema de remuneraciones al cual se encuentren afectos. Estos sistemas son altamente complejos y diversos, pues en su formación son determinantes diversas variables como el tipo de cargo, el grado, las funciones e incluso el municipio del cual se trate.

El citado órgano contralor ha reconocido que el pago de una remuneración a los funcionarios municipales se ajusta al derecho fundamental contemplado en el inciso 2º del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que asegura la libertad de trabajo y su protección, advirtiendo que toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución²¹¹.

En este orden de ideas, la doctrina laboral especializada ha señalado que el derecho a la justa retribución es inherente a la libertad de trabajo, en consideración de la especial naturaleza de la prestación de trabajo, como “energía humana” inseparable del ser humano que la produce y sólo apreciable en sus efectos²¹².

Por otra parte, cabe agregar que los funcionarios municipales tienen derecho a conocer el fundamento y justificación del monto líquido que perciben

²¹¹ Contraloría General de la República. s/a. Manual de Remuneraciones. Escala de Sueldo y Asignaciones del Sector Municipal Decreto Ley Nº 3.551, Título II, de 1980. Santiago, Editado por Subdivisión Jurídica de la División Municipalidades de la Contraloría General de la República, p. 5.

²¹² GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2013. op. cit. p. 435.

por concepto de remuneraciones. Lo anterior se desprende de la jurisprudencia municipal en donde se ha condenado al ente municipal a entregar liquidaciones de sueldo a los funcionarios que laboran para ella. Así, el Consejo para la Transparencia ha expresado:

“Se deduce amparo contra municipalidad por haberse negado acceso a información relativa a funcionarios municipales (liquidaciones de sueldo, capacitaciones y otros). El Consejo acoge parcialmente el amparo, ordenando a la municipalidad entregar copias de las liquidaciones de las remuneraciones tarjando la información relativa al RUT, a la singularización de la AFP y sistema de salud al que se encuentren afiliados, como también aquella relativa a los descuentos personales voluntarios”²¹³.

b) Subordinación y dependencia

La presencia del elemento axiomático de la vinculación laboral, es decir, la subordinación y dependencia, es determinada por la judicatura competente, debido a que se trata de un tipo jurídico que debe ser apreciado conforme a las reglas de la sana crítica. En idéntico sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia:

²¹³ Consejo para la Transparencia. 2013. Jurisprudencia Municipal. Abril 2009 a Diciembre 2013. Serie de Cuadernos de Trabajo. Santiago, Ediciones Consejo para la Transparencia, p. 17.

“La subordinación y dependencia.- Que el tercer elemento es el que califica lo que es una relación de trabajo y la diferencia de otro tipo de prestaciones de servicio que son fronterizas en cuanto a sus formas y elementos con ella: el vínculo de subordinación y dependencia; la jurisprudencia y la doctrina reiteradamente han sostenido que estamos ante un tipo jurídico y no un concepto, lo que tiene importancia, ya que al no ser un concepto definido legislativamente, nos encontramos ante una figura indeterminada y que tiene que ser contorneada por el Tribunal. Un tipo jurídico que puede ser construido en base a una serie de elementos o indicios de laboralidad como suele denominarse, pero que no necesariamente deben estar siempre presentes los mismos. Así se entenderá que hay subordinación y dependencia cuando el Tribunal estime que, en el caso concreto, existen suficientes de éstos indicios.

Porqué este elemento diferencia al vínculo laboral de otros, porque destaca la ajenidad en la prestación, donde los riesgos como los frutos los asume exclusivamente el empleador; porque deja en evidencia que el trabajador lo que pone a disposición es su trabajo a través de su persona misma y que quien entrega los elementos para el trabajo es el empleador, de manera tal que aquél no podría emprender esa labor sin éste; porque posibilita el ejercicio de facultades al empleador, disciplinarias, de dirección, que no las

tendría, sino en virtud de este estatuto, que reconoce esta desigualdad jurídica”²¹⁴⁻²¹⁵.

Interesante resulta el fallo dictado por el juez de instancia del Trabajo de Valdivia, quien pese a constatar la existencia del elemento de subordinación y dependencia en la vinculación entre un empleado público y la Municipalidad de Valdivia, subestimó la irradiación de los efectos del citado indicio de laboralidad, en razón de que la figura contractual que los ligaba era la de un contrato de honorarios.

Los fundamentos positivos que tuvo en vista la citada judicatura son los que siguen. La Ley N° 18.883 denominada Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, en su artículo 2° contempla la contratación de personal de planta y a contrata y posibilita a que algunas actividades se presten por el sector privado. Suma y sigue, en su artículo 3° regula casos de personal contratado conforme al Código del Trabajo y, en su artículo 4°, se refiere al personal contratado a honorarios. Este último artículo es perentorio en su inciso final, en cuanto a que “las personas contratadas a honorarios se regirán por las

²¹⁴ Moreno Rebolledo con Sociedad Educativa La Calabaza Limitada (2015): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT O-3998-2014, de 5 de enero de 2015 (demanda despido injustificado), considerando noveno.

²¹⁵ En el mismo sentido Rodríguez con Diagnóstico (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 59-2013, de 22 de abril de 2013 (recurso de nulidad), considerando segundo: “Que respecto del vínculo de subordinación y dependencia, cabe destacar, que conforme a la doctrina y jurisprudencia laboral, éste se expresa en un conjunto de indicios, los cuales son inequívocos de una relación de este tipo o naturaleza.

Es así, que entre los indicios de laboralidad pueden mencionarse la prestación continua de los servicios, la obligación de asistencia al lugar de trabajo, el cumplimiento de un horario y el acatamiento de órdenes e instrucciones impartidas por la persona a quien benefician dichos servicios.

De la prueba rendida en juicio, no consta la existencia de ninguno de los referidos indicios”.

reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

Luego, en concordancia con lo preceptuado en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, referidos al principio de legalidad, el tribunal expresó que la referida directriz constitucional, expresa que los órganos estatales no tienen más atribuciones que las conferidas expresamente por las leyes y, asimismo, el artículo 2º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado²¹⁶, impide a los municipios contratar personal sujeto al Código del Trabajo fuera de los casos específicamente señalados por la ley, como ocurre en las situaciones a que alude el artículo 3º del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales contenido en la citada Ley 18.883.

En ponderación de la libertad horaria de que gozaba el actor, el tribunal consideró que la mencionada norma de la Ley Nº 18.883, constituye una norma básica del orden jurídico-administrativo que resulta imperativo observar, dado que “es lo que distingue la condición en que se encuentran los municipios de la que es propia de los empleadores particulares y determina que mal puede ser arbitraria la diferencia que existe entre prestación de servicios para una municipalidad que está afecta a la normativa de derecho público que la rige y la

²¹⁶ En el mismo sentido: “Que, por otra parte, el artículo 6º de la Carta Fundamental dispone, en su inciso primero que ‘Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella’, obligación que la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, impone específicamente, en su artículo 2º, a todos los órganos de la Administración del Estado”. Tribunal Constitucional, Sentencia ROL Nº 244, de 26 de agosto de 1996 (control de constitucionalidad), considerando décimo tercero.

ejecución de un trabajo dependiente para un empleador privado que está sometida a las disposiciones del Código del Trabajo y normas complementarias”²¹⁷.

Con todo, nos parece necesaria la formulación de una posición reticente a la sustentada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia. Y esto se debe a un problema de fondo, presente en la sujeción de las normas y principios imperantes en el orden público laboral a las normas publicistas refundidas en el principio de legalidad²¹⁸.

Así, mientras el tribunal hace primar el principio de legalidad que lo lleva a concluir la exclusión de la configuración de un vínculo laboral fuera de los casos en que la ley administrativa habilita a los municipios a contratar personal bajo las normas del Código del Trabajo, prescinde de los elementos hermenéuticos de laboralidad.

Primero, porque en la especie, se constató la presencia del elemento de subordinación y dependencia, respecto del cual la jurisprudencia ha sido uniforme y ha estado conteste en la imputación de una preponderancia esencial en la determinación de la relación laboral.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha identificado la presencia del elemento de subordinación y dependencia con la ineficacia de la

²¹⁷ Ballerno con Ilustre Municipalidad de Valdivia (2013): Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, Sentencia ROL N° O-73-2013, de 30 de agosto de 2013 (procedimiento de aplicación general por nulidad de despido), considerando cuarto.

²¹⁸ Cfr. MORAGA KLENNER, Claudio. 2008. Derecho Administrativo. 120 años de cátedra. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 277.

nomenclatura que las partes otorguen al instrumento contractual que los vincula. Debe tenerse presente que en materia laboral rige el principio de supremacía de la realidad, en virtud del cual, “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge en documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos”²¹⁹. De igual forma, cabe apuntar que en la doctrina laboral²²⁰ se sostiene que los desajustes entre los hechos y las formalidades o apariencias pueden tener su origen, en lo siguiente:

a) la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real;

b) provenir de un error;

c) por falta de actualización de los datos; y

d) por falta de cumplimiento de requisitos formales.

De acuerdo a lo dogmática jurídica, en la doctrina judicial de nuestro máximo tribunal, se lee:

“Que sabido es que los elementos de la esencia de un contrato de trabajo son la prestación de servicios personales, el pago de remuneración y la subordinación y dependencia en relación con quien se beneficia con la labor. En el caso, ciertamente la prestación de servicios reviste la naturaleza de personal -profesor de inglés- y también es indudable la suscripción de contratos de

²¹⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2014. Fundamentos de Derecho Laboral. 4ª Edición actualizada. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 178.

²²⁰ Op. cit. p. 179.

trabajo entre las partes, sin embargo, la naturaleza jurídica real de esos contratos -controversia de este proceso- debe desentrañarse a la luz de los componentes de la subordinación y dependencia, la cual se manifiesta en ciertas conductas inequívocas, las cuales son variadas, desde que distintas son las formas que asumen las vinculaciones entre los sujetos del derecho. En general, se aceptan como tales la continuidad en los servicios, la obligación de asistencia, el cumplimiento de horario, la supervigilancia del empleador, el sometimiento a las instrucciones. La presencia de manifestaciones como las indicadas permiten determinar la existencia de una relación de naturaleza laboral, careciendo de relevancia la denominación o calificación que le asignen los contratantes, desde que ellos pueden cometer errores en tal sentido, motivados por aspiraciones personales u otras razones que no es del caso analizar. Por ello la calificación que le corresponda, debe hacerse con arreglo a la realidad, a la forma que adquirió en la práctica”²²¹.

Por su parte, la doctrina mexicana, expuesta por el insigne laboralista, Mario de La Cueva, ha expuesto:

“Donde exista subordinación como poder jurídico, esto es, como principio de autoridad, habrá relación de trabajo y faltando este elemento, estaremos en presencia de un contrato de derecho civil”²²².

²²¹ Gregory Lawrence Pankow con Consultores de Idiomas y Servicios E y V Limitada (2006): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 2.712-2005, de 28 de septiembre de 2006 (recursos de casación en la forma y en el fondo), considerando octavo.

²²² DE LA CUEVA, Mario. 1960. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. 5ª Edición. México D.F., Editorial Porrúa, p. 496.

Lo anterior empuja la funcionalidad del elemento de laboralidad en comento, hacia la determinación inequívoca del vínculo laboral.

En segundo término, anotamos la existencia de un escenario aparente: el de la colisión de la normativa laboral y la normativa aplicable a los órganos del Estado en lo que respecta a la validez de sus actuaciones. Desde la primera perspectiva, tenemos que el artículo 1º incisos 2º y 3º del Código del Trabajo, ya refrendados en la presente investigación, pero que reiteraremos debido a la centralidad que ocupa en nuestra argumentación. Los mencionados incisos disponen:

“Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquéllas en que tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente²²³ 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”.

Luego, desde la vertiente del Estatuto Administrativo, el inciso 2º del artículo 4º dispone:

²²³ De entre los cuales cabe mencionar a los funcionarios de la Administración descentralizada del Estado o funcionarios municipales.

“Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales”. De acuerdo a esta disposición, el contrato a honorarios se erige como un mecanismo de prestación de servicios a través del cual la administración municipal puede contar con la asesoría de expertos en determinadas materias, cuando necesita llevar a cabo labores propias y que presentan el carácter de ocasional, específico, puntual y no habitual. Lo anterior debe entenderse complementado por lo prescrito en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental.

Debe entenderse que son labores accidentales y no habituales de la municipalidad aquéllas que, no obstante ser propias de dicho ente, son ocasionales, esto es, circunstanciales, accidentales y distintas de las que realiza el personal de planta o a contrata; y por cometidos específicos las labores puntuales, es decir, aquéllas que están claramente determinadas en el tiempo y perfectamente individualizadas, y que, excepcionalmente, pueden consistir en funciones propias y habituales del ente municipal, pero, bajo ningún concepto, se pueden desarrollar las labores permanentes conforme dicha modalidad.

Sin embargo, detrás de la cortina de aparente colisión de legislación aplicable o de una antonimia normativa²²⁴, se esconde una solución que escapa a la ponderación, en la medida en que, si concurren los elementos de

²²⁴ Véase en el acápite 4.2 del Capítulo Primero del presente estudio.

laboralidad dentro de una relación jurídica, mal podría el juez proyectar una ponderación de estatutos, si lo que existe, es simple y llanamente, una relación de trabajo que debe regirse por la normativa protectora de índole laboral.

De allí que coincidamos con la tesis sustentada recientemente por la Excma. Corte Suprema, en donde rechaza la idea de la superposición de la rama administrativa por sobre la aplicación de los principios, normas y elementos comprendidos dentro del orden público laboral. En este sentido, la Corte Suprema, ha fallado, en sentencia de 9 de julio de 2015, lo siguiente:

“Que, en ese contexto, si una persona se incorpora a la dotación de una municipalidad bajo la modalidad contemplada en el artículo 4 de la Ley N° 18.883, pero, no obstante ello, en la práctica presta un determinado servicio que no tiene la característica específica y particular que señala dicha norma, o que tampoco se desarrolla en las condiciones de temporalidad que indica, corresponde aplicar el Código del Trabajo si los servicios se han prestado bajo los supuestos fácticos ya señalados en el motivo anterior, y que conducen necesariamente a la conclusión que es de orden laboral. Lo anterior, porque dicho código constituye la regla general en el ámbito de las relaciones laborales, y, además, porque una conclusión en sentido contrario significaría admitir que, no obstante concurrir todos los elementos de un contrato de

trabajo, el trabajador queda al margen del Estatuto Laboral, en una situación de precariedad laboral que no tiene justificación alguna”²²⁵.

c) Ajenidad

“[---] Aun aceptando un criterio pluralista, tanto social como jurídico, hemos de considerar que tales funciones forman parte de la esencia estatal y únicamente el cuerpo soberano, es decir, el Estado, las asume y las ejerce directamente”²²⁶.

Finalmente, resta analizar la presencia del elemento de la ajenidad en la relación existente en los funcionarios municipales y el Estado. La pertinencia de lo anterior radica en que, en ciertos casos, será difícil para el tribunal calificar la laboralidad de una relación jurídico-administrativa, cuando existe un elevado grado de preparación académico-profesional del respectivo funcionario. Tal y como veíamos a propósito de lo dispuesto por el artículo 4º del Estatuto Administrativo, la ley inserta las convenciones civiles a honorarios, en el supuesto de que la función municipal requiera de la experiencia y expertís de ciertos profesionales o técnicos en determinadas materias.

²²⁵ Medina con I. Municipalidad de San Antonio (2015): Corte Suprema, Sentencia ROL Nº 24.388-2014, de 9 de julio de 2015 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando octavo.

²²⁶ GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio. 1971. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, Volumen 1, 2ª Edición. Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, pp. 39 y 40.

El elemento de la ajenidad en la prestación de los servicios, consiste en que el riesgo de la actividad laboral o productiva corresponde al empleador, así como también la forma en que éste accede al mercado y los medios que utiliza para ello. Esto implica que el riesgo es de la empresa, de modo que frente a cualquier contingencia, lo propio es que sus resultados los sufra el empleador y no el trabajador.

La ajenidad en los medios o en los gastos, operaciones de administración, remuneraciones y servicios, necesarios en la vinculación entre trabajador y empleador, constituye una de las tres aristas tridimensionales (junto con el elemento remuneratorio y el de subordinación y dependencia) sobre las cuales se construye el régimen jurídico laboral²²⁷, sin que importe en la misión de determinar la existencia de una relación de trabajo, el ámbito (privado o estatal) en donde converjan los citados patrones.

²²⁷ En este sentido: “No obstante, no puede este solo elemento, rendir cuentas, dar por acreditado el vínculo de subordinación y dependencia, que debe traducirse en la fijación de un marco disciplinario dentro de la relación jurídica de servicios, el control directo y pleno de la planificación y modalidad productiva a través de una coordinación permanente y continua entre la actividad del prestador y la empresa o la ajenidad en la prestación de los servicios. Indicios que no están acreditados en la causa y al haber aceptado la fundación la participación del señor Ricardo Mahnke como productor-cooperador en la construcción de proyectos culturales, con actividades a desarrollarse en la multisala de propiedad de la fundación, y careciendo de los fondos para llevar a cabo las actividades, siendo este productor quien debía costear los gastos que demandará la actividad, tal como se establece en el número siete del convenio de fecha 1 febrero 2006, era lógico que el actor comunicara a la fundación las actividades realizadas, y este mismo requisito hace caer la ajenidad con que se contrata, por cuanto no se traspasan los gastos a la empresa sino que al que se dice trabajador, con su aquiescencia (por lo menos respecto de los gastos básicos de la multisala). Lo mismo el talonario de recibo de dinero”. Mahnke con Fundación Fernando Álvarez Castillo (2009): Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Sentencia ROL N° O-316-2009, de 26 de noviembre de 2009 (demanda de nulidad del despido y despido injustificado y cobro de prestaciones laborales en procedimiento ordinario laboral), considerando décimo primero.

La ajenidad entonces es un elemento esencial dentro del trabajo subordinado o dependiente, es una nota distintiva indispensable del tipo de trabajo que regula el Derecho del Trabajo, como disciplina jurídica. Si no está presente, cualquiera sea la regulación formal que presida la relación entre las partes, la relación de trabajo no existe.

En suma, la ajenidad -como principio fundante de una relación laboral- se configura en la medida que concurren una serie de elementos, entre los cuales el más distintivo es que el trabajador realiza un trabajo por cuenta ajena.

Naturalmente, por no tratarse de un concepto definido en la legislación, la jurisprudencia ha entendido que debe analizarse caso a caso si existe el elemento de ajenidad entre un empleador y un supuesto trabajador que, al mismo tiempo, tiene características que hacen que sea discutible que preste sus servicios por cuenta ajena (de allí el nombre de "ajenidad"). En efecto, nuestros tribunales de justicia han sentenciado:

"[---] el elemento de "ajenidad" se constituye, en definitiva, por el hecho de que los frutos de los servicios de un trabajador van a parar a manos "ajenas". Pues, si por el contrario dichos frutos van a parar a manos propias, evidentemente se trata de un trabajo en beneficio personal, donde no existe subordinación ni dependencia"²²⁸.

²²⁸ Calderón con Comfrut S.A. (2015): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL N° O-1223-2015, de 25 de junio de 2015 (Demanda de despido injustificado y cobro de prestaciones), considerando segundo.

Luego de la precedente conceptualización del elemento de la ajenidad, sigue la necesidad de precisar el rol que desempeña dentro de la relación de los funcionarios municipales para con el ente estatal.

Un análisis comparativo ha impulsado nuestra idea de reconocer la identidad entre la ajenidad como elemento de la relación entre empleador y trabajador y la de la representación subyacente en la vinculación que caracteriza las relaciones entre el Estado y los funcionarios municipales.

Es fácil articular un argumento en torno a la ajenidad de los beneficios de los que se hace la organización municipal respecto de los funcionarios municipales, en razón de la finalidad que persigue el referido órgano del Estado. En este orden de ideas, el inciso 1º del artículo 118 de la Constitución establece:

“La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo”.

De allí que la doctrina especializada haya puntualizado que la municipalidad “[---] se encarga de administrar los intereses locales del municipio por medio de sus organismos, de forma de satisfacer las necesidades sociales”²²⁹.

²²⁹ VILLAGRÁN ABARZÚA, Marcelo. 2015. Manual de Derecho Municipal. 1ª Edición. Santiago, Ril Editores, p. 41.

En efecto, los funcionarios municipales son aquellas personas designadas en la planta de un municipio o a contrata, ocupando un cargo en la Administración, excluyendo a quienes prestan servicios a honorarios²³⁰. La finalidad de su función es inherente al objeto del rol municipal en la Administración del Estado, por lo que los frutos de su gestión forman parte del acervo comunal y social, sin perjuicio del beneficio que perciban como miembros de la comunidad.

Por otra parte, los perjuicios o responsabilidades radican en la Municipalidad, como órgano del Estado, y no en el funcionario que actúa en su representación (siempre y cuando actúe materializando la voluntad de dicha entidad).

Por lo tanto, creemos que la ajenidad que reviste el desempeño de los funcionarios municipales, tiene una doble certeza.

Primero, la teoría del órgano, como doctrina de imputación, determina en qué circunstancias el acto de un funcionario público puede ser imputado al ente público de que se trate²³¹. Por lo que en la medida en que la voluntad expresada por el agente público sea imputable, dentro de un marco lógico-jurídico, a la voluntad municipal, es el Estado, a través de la referida corporación autónoma, quien deberá soportar las cargas y riesgos del ejercicio

²³⁰ Cfr. Contraloría General de la República. 2013. Estatutos Municipales. Santiago, División de Municipalidades, Subdivisión Jurídica, p. 3.

²³¹ Véase en VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. 2006. Teoría del órgano y responsabilidad pública en la Ley de Bases de la Administración del Estado. Revista de Derecho 19(2): 133-159.

de la función pública. La precedente doctrina ha sido recogida por nuestros tribunales, en el siguiente orden de cosas:

“[---] la responsabilidad correspondía al Concejo Municipal y, por tanto, a la I. Municipalidad de Punta Arenas, y no a cada uno de los concejales individualmente considerados, siendo que en parte alguna del referido fallo, el TCP había señalado que la responsabilidad correspondiera a quienes ejercieron su derecho a voto como parte del órgano, sino que al órgano en sí mismo, recogiendo la Teoría Organicista plenamente reconocida por nuestra doctrina y jurisprudencia. En parte alguna del fallo del TCP se expresó que los concejales fuesen responsables de los eventuales perjuicios ocasionados, sino que siempre se refirió al "Concejo Municipal" y a la I. Municipalidad de Punta Arenas”²³².

En semejantes términos, al dirigir los fundamentos positivos de la responsabilidad extracontractual del Estado, la judicatura civil ha sentenciado:

“Tampoco existe falta de servicio la cual consiste en toda falta las obligaciones del respectivo servicio público lo que en este caso es imposible tanto la doctrina como la jurisprudencia ha señalado que existe falta de servicio cuando éste no se presta o prestándose se realiza en forma deficiente lo cual está consagrado en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de

²³² Sociedad Mancilla y Asencio Limitada con Municipalidad de Magallanes (2013): Primer Juzgado de Letras de Punta Arenas, Sentencia ROL N° C-1535-2011, de 1 de agosto de 2013 (demanda en juicio ordinario de indemnización de perjuicios), considerando décimo noveno.

la República y también en los artículos 2, 4 y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. En este sistema jurídico rige la teoría organicista o teoría del órgano en cuanto a la responsabilidad extracontractual del ente administrador la que encuentra su sustento primordial de la Constitución Política de la República en los artículos 7º y 38”²³³.

Por su parte, el artículo 4º de la Ley N° 18.575, contiene un mandato objetivo de responsabilidad, que grava al Estado por la sola circunstancia de que el daño producido tenga su origen en la actuación de un órgano determinado de la Administración, y en el ejercicio de las funciones de éste, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado. Entre los efectos prácticos que se derivan de la aplicación de la teoría del órgano se encuentra el de servir de fundamento jurídico para imputar al Estado o a las demás personas jurídicas de derecho público, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses legítimos de los administrados, a consecuencia de la actividad de los órganos integrantes de aquél. Dicha imputación es posible sea que la causa del daño provenga de actuaciones materiales, intelectuales o técnicas, de actos administrativos, de omisiones, de retardos, del funcionamiento parcial o imperfecto y también si la causa del daño es la actividad irregular (ilegal) o la actividad regular y lícita de los órganos públicos. La aplicación de la teoría del

²³³ Cerda con Ministerio de Vivienda y Urbanismo (2013): Noveno Juzgado Civil de Santiago, Sentencia ROL N° C-4886-2012, de 21 de noviembre de 2013 (demanda de indemnización de perjuicios en procedimiento ordinario), considerando primero.

órgano a la responsabilidad extracontractual del poder público prescinde de toda consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público, como requisito esencial que deba ser tenido en cuenta para hacer recaer en el Estado la obligación de indemnizar a la víctima. Para que la responsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho a la víctima a ser indemnizado es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido²³⁴.

Si bien es cierto, dejamos a salvo la actuación del funcionario público-municipal que cause perjuicio a un tercero y que no esté relacionada orgánica o causalmente a la Municipalidad, sin embargo, la misma salvedad puede realizarse respecto de los perjuicios que cause el trabajador a uno o más terceros, en el desempeño de sus funciones y que se encuadren dentro del círculo industrial del empleador²³⁵. Así pues, la dogmática jurídica alude a la

²³⁴ Véase en HUIDOBRO SALAS, Ramón. 2008. Aproximación a la responsabilidad extracontractual en el ámbito municipal. En: Derecho Administrativo. 120 años de cátedra. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 393-398.

²³⁵ Téngase presente la similitud existente entre los artículos 4º y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que disponen que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado, teniendo el Estado la posibilidad de repetir contra ese funcionario. Por su parte, los incisos 4º y 5º del artículo 2.320 del Código Civil, disponen: “Así los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”. Lo anterior implica que los empleadores pueden exonerarse de responsabilidad y, por tanto, traspasar los efectos pecuniarios de la misma, a los trabajadores, si en el desempeño de sus funciones o labores prueban que no han podido impedir el hecho generador de responsabilidad. En suma, existe una consistencia jurídica con lo dispuesto en la frase final del artículo 4º de la Ley Nº

responsabilidad vicaria del empleador por los daños producidos por sus dependientes a terceros, en los siguientes términos:

“Mucho se ha discutido sobre el fundamento de la responsabilidad del empleador; para algunos es motivada por la culpa in eligendo, o sea, por la negligencia en la selección de su personal; para otros es la culpa in vigilando, porque ha descuidado la vigilancia. Finalmente, para otros es netamente objetiva; el empresario crea un riesgo con su actividad que realiza hoy más que nunca a través de sus trabajadores, siendo lógico que responda por los hechos ilícitos cometidos por éstos en sus funciones.

En nuestra legislación hay que fundarla en alguno de los dos primeros principios, pues el empresario, patrón, empleador, etc., puede eximirse de responsabilidad probando su falta de culpa”²³⁶.

En segundo lugar, cabe afirmar que el resultado de la gestión pública municipal es ajena al funcionario municipal, habida consideración de que las municipalidades forman parte de la Administración (descentralizada) del Estado, pero se inserta dentro de un Gobierno centralizado. En este sentido, el profesor Silva Bascuñán, destacaba en su Tratado de Derecho Constitucional:

“Las funciones del Estado se realizan por la actividad de los servicios que presta, ya directamente, por medio de órganos subordinados que desempeñan

18.575: “sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

²³⁶ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. 2012. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 155.

sus facultades más privativas, ya por entes más o menos independientes encargados de cumplir determinadas tareas. Es lo que forma la Administración estatal, integrada por una variedad de instituciones dependientes o autónomas”²³⁷.

Desde la perspectiva municipal, las ideas del profesor Silva Bascuñán, se materializan en la directriz de Administración armónica y de correspondencia que debe haber entre la Administración comunal y el Gobierno central, por lo que resulta forzoso concluir que todo agente o funcionario público es ajeno a los productos de la función que ejercen como representantes del interés social, a nivel nacional, regional, provincial y, por supuesto, comunal. En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro órgano contralor:

“Según estos principios, los municipios constituyen servicios públicos integrantes de la Administración del Estado, de carácter descentralizado, funcional y territorialmente, sin perjuicio del imperativo legal que los afecta, en orden a actuar dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad, y coordinados con los demás servicios públicos y municipalidades, desde el momento que la Administración del Estado

²³⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad, Nacionalidad y ciudadanía, Justicia Electoral. Tomo IV. 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.80.

configura un todo armónico que siempre debe propender a la unidad de acción nacional, regional, provincial y comunal”²³⁸.

Hasta acá, hemos tenido oportunidad de constatar la presencia de los elementos esenciales del vínculo laboral dentro de la relación jurídica que liga a las Municipalidades y a los funcionarios municipales, es decir, remuneraciones, subordinación y dependencia y ajenidad. De allí que podamos seguir avanzando en la exposición de las tesis que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la vinculación estatutaria.

2.3.2 Críticas a las tesis contractualistas

Aunque parezca majadero, queremos dejar en claro el rechazo doctrinario hacia las tesis contractualistas –privatistas, publicistas y laboristas–, en razón de la ausencia de la igualdad contractual y el consecuente poder de negociación, como también ante la falta de idoneidad del contrato de adhesión, para comprender la figura jurídica suscitada entre el Estado y sus funcionarios. Lo anterior aparece reforzado por opiniones de renombre, como la del profesor Silva Cimma, quien expresa:

“Sería hilar muy delgado entrar a suponer que cuando una persona ingresa a la Administración Pública y pasa a tener calidad de funcionario, tal

²³⁸ Contraloría General de la República, Dictamen N° 18.646, de 29 de julio de 1992.

condición la adquieren en virtud de un acuerdo de voluntades entre la Administración y ese particular”²³⁹.

Por su parte, alguna doctrina de Derecho Comparado, enfatiza el carácter unilateral de la vinculación en estudio, en razón de la eficacia de la voluntad imperante en la relación del Estado y sus funcionarios. Así las cosas, los defensores de las teorías de la relación unilateral o arbitraria, señalan que no puede existir una igualdad contractual puesto que las voluntades en juego presentan intereses jurídicos contrapuestos o diferentes entre sí, sea la voluntad pública frente a la voluntad privada o, dicho de otra forma, el interés público frente al interés particular, concepto que es denominado “potestad de imperio” en el sector público.

2.3.3 Contra-argumentación a favor de la laboralidad de la relación Municipalidad y funcionarios municipales

Aun cuando debemos anotar el apoyo con el que cuentan las críticas formuladas en el acápite anterior, debemos formular algunas prevenciones. Y para tener éxito en dicha empresa, nos parece apropiado intentar dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿Es, jurídicamente, lo mismo, decir que los

²³⁹ SILVA CIMMA, Enrique. 1993. Derecho Administrativo chileno y comparado. La Función Pública. op. cit. p. 24.

funcionarios municipales tienen un vínculo estatutario no contractual que decir que no se les aplican las normas tutelares del Código del Trabajo?

Creemos que la respuesta ha de ser negativa. Esto por varias razones. En principio, el contrato de trabajo y la relación laboral constituyen instituciones que no requieren de reciprocidad para nacer a la vida del Derecho. Los fundamentos legales para sostener aquello, están contenidos en el propio Código del Trabajo. El artículo 7º define el contrato individual de trabajo, diciendo que es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada. Con todo, el inciso 1º del artículo 8º del mismo cuerpo normativo, establece: “Toda **prestación de servicios**²⁴⁰ en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”. Lo que significa que la relación laboral puede existir con prescindencia de la convención. Luego, la consensualidad del contrato de trabajo, refuerza la tesis de la dicotomía contrato-relación de trabajo. Debe tenerse presente, además, que la voluntad de los sujetos de la relación laboral se encuentra supeditada al orden jurídico laboral y a sus normas imperativas.

A mayor abundamiento, si trabajador y empleador acuerdan los términos de la relación laboral, dentro de los cuales aparece la de comenzar a prestar servicios con fecha 1 de agosto de 2015, pero el contrato de trabajo no se

²⁴⁰ Las negritas son nuestras.

celebra hasta el 15 de agosto del mismo año, es dable sostener que la relación de trabajo existía antes del contrato de trabajo. En el mismo sentido se pronunciaba desde antaño la doctrina francesa, que expresaba:

“[---] el origen de la relación de trabajo de la organización industrial de nuestros días, ya no se encuentra en el contrato, sino en acto de condición, ya que por el simple hecho del ingreso del trabajador a la empresa, se le aplica un estatuto objetivo, integrado por las leyes y contratos colectivos; un estatuto, ahí donde existen contratos colectivos en cuya formación no participa cada trabajador y que se modela, no en atención al interés de uno o más trabajadores, sino en atención al interés de todos los actuales y de los futuros, en suma, en contemplación del interés de la clase trabajadora”²⁴¹.

Por lo tanto, el que no sea necesaria la celebración de un contrato de trabajo para tener por establecida la relación laboral, es un antecedente que enriquece nuestro estudio relativo a la aplicabilidad del procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales en favor de los funcionarios municipales. Volveremos sobre este punto en el capítulo siguiente.

²⁴¹ SCALLE, Georges. 1922. *Le Droit Ouvrier*. París. En: DE LA CUEVA, Mario. 1972. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México D.F., Editorial Porrúa, pp. 180-182.

3. Teoría del acto jurídico bilateral

La teoría del acto jurídico bilateral intenta fundamentar la naturaleza del vínculo Administración-funcionario, separando el acto de nombramiento y aceptación del funcionario público de las normas que gobiernan la relación pública.

Así las cosas, el acto de nombramiento y aceptación es catalogado como un acto jurídico bilateral, sin volver a la idea de contrato. Luego, la relación pública, conformada por el desarrollo, ejecución y cumplimiento de la relación de servicio, no es más que una situación jurídica y reglamentaria²⁴². No obstante lo anterior, no es posible concebir la relación de función pública de forma separada.

4. Teoristas publicistas

4.1 Teoría Política o de las cargas públicas

Producto de las ideas predominantes en el contexto de un Estado-Policía, la función pública no era más que la manifestación del poder del Estado sobre los súbditos. El cumplimiento de la misma, trasuntaba en un acto jurídico unilateral, en donde el consentimiento o aceptación de la función o cargo, sólo implicaba el reconocimiento preexistente del deber de servir²⁴³.

²⁴² Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. 1949. Derecho Administrativo. Tomo III. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, p. 316 y ss.

²⁴³ Cfr. FEDRE, Gisela. 2003. Responsabilidad de los funcionarios públicos. Trabajo Final, Universidad Abierta Interamericana, Santa Fe, Argentina, p. 22.

4.2 Teoría de la requisición

En términos similares, hubo intentos doctrinarios tendientes a explicar la naturaleza unilateral del vínculo de función pública, a través de la analogía, forzada en nuestro concepto, con la institución de la requisición de bienes de particulares que el Estado puede realizar en circunstancias excepcionales, generalmente con ocasión de guerra externa²⁴⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, lo anterior aparece, desde antaño, cabalmente descartado como sustento de la relación funcionaria, incluso desde la vigencia de la Constitución de 1925, cuyo artículo 10, incisos 3º y 4º, rezaban:

“No puede exigirse ninguna especie de servicio personal, o de contribución, sino en virtud de un decreto de autoridad competente, fundado en la ley que autoriza aquella exacción.

Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir clase alguna de auxilios, sino por medio de las autoridades civiles y por decreto de estas”.

²⁴⁴ Cfr. MILLAR SILVA, Javier. 2000. Alcance del control de legalidad: Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973. Revista de Derecho de Valdivia 11(1): 83-94.

5. Teoría de la vinculación estatutaria

Existe afinidad doctrinaria, legal y jurisprudencial, entre nosotros, en orden a admitir el carácter estatutario de la relación existente entre el Estado y sus funcionarios públicos.

El funcionario público no tiene para con la Administración una relación contractual, según tuvimos oportunidad de constatar, sino que mantiene una relación estatutaria, desde su nombramiento hasta la extinción del vínculo profesional, dentro del marco de un estatuto público, que prefija sus derechos y deberes funcionarios²⁴⁵. El vínculo estatutario puede ser conceptualizado como aquella relación regida por un Estatuto, es decir, por un conjunto de normas jurídicas de Derecho Público destinadas a reglar a una colectividad, categoría o grupo de personas, y no a personas concretas o determinadas. Para nosotros la fuente normativa de la relación funcionaria es el Estatuto Administrativo, Ley Nº 18.834, de 16 de marzo de 2005²⁴⁶. El artículo 1º del citado cuerpo normativo, expresa:

“Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las

²⁴⁵ SANCHEZ MORÓN, Miguel. 1996. Derecho de la Función Pública. Madrid, Editorial Tecnos, p. 18.

²⁴⁶ Téngase presente que el Estatuto Administrativo, fue, en realidad, publicado en el Diario Oficial, el 23 de septiembre de 1989.

excepciones que establece el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 18.575”.

En términos similares, el legislador español consignó el objeto del Estatuto Básico del Empleado Público, en el siguiente orden de ideas:

“El Estatuto Básico del Empleado Público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración”²⁴⁷.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa ha señalado que:

“Debe considerarse que la relación del Estado con sus funcionarios es de carácter legal o estatutaria y no convencional y en la que el contenido de ese vínculo jurídico es fijado por el legislador sobre la base de principios de bien común, uno de los cuales es que el interés general debe primar sobre el interés particular del empleado, de manera que la persona, al ingresar a la Administración o permanecer en ella, pasa a tener los derechos, los deberes y prohibiciones que el respectivo estatuto contempla”²⁴⁸.

Como se ha señalado, entonces, a nivel de Derecho comparado y en Chile, claro está, rige el sistema estatutario, en razón de la predeterminación de

²⁴⁷ Estatuto Básico del Empleado Público, de 13 de mayo de 2007.

²⁴⁸ Contraloría General de la República, Dictamen N° 37762, de 21 de agosto de 2007.

las bases para optar a cargos públicos, de su elección consecuente con los fines generales y específicos de los respectivos servicios públicos y de las garantías, deberes y derechos que corresponden a los funcionarios de la Administración del Estado²⁴⁹. En términos doctrinales, los autores han advertido los patrocínios del sistema estatutario, en los siguientes términos:

“Todos estos antecedentes que van constituyendo la vida administrativa del funcionario, mientras permanece sometido al servicio del Estado, están regidos por lo que se denomina un Estatuto Administrativo, es decir, un conjunto de normas legalmente establecidas por el Estado, y en las que regula toda la situación administrativa del funcionario”²⁵⁰.

Téngase presente que, en términos referenciales, existen tres modelos de sistemas estatutarios.

El sistema estatutario general se aplica a todos los funcionarios públicos, sin distinción alguna. El sistema estatutario especial o específico, implica la existencia de un estatuto particular, para cada categoría de funcionario público (municipal, docente, del personal de servicios de salud, entre otros). Finalmente, es posible distinguir un sistema mixto, en el que existirá un estatuto general, aplicable a todos los funcionarios públicos, salvo las excepciones expresamente dispuestas.

²⁴⁹ MARTINS, Daniel. 1965. Estatuto del Funcionario. op. cit. p. 23.

²⁵⁰ SILVA CIMMA, Enrique. 1993. Derecho Administrativo chileno y comparado. La Función Pública. op. cit. p. 21.

Cabe indicar que es este último modelo el imperante en nuestro país, según veíamos establece el artículo 1º del Estatuto Administrativo, que excepciona a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, a los Gobiernos Regionales, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley.

6. Marco jurídico-normativo de la función pública

La introducción hacia el aspecto normativo y regulatorio de la función pública, requiere referencias de general aplicación, formulada en términos de los funcionarios públicos en general, hasta acercarnos hacia el marco normativo establecido para los funcionarios municipales.

De allí que convengamos en la necesidad de exponer los aspectos generales de la normativa constitucional, legal y estatutaria que rige la función pública de los agentes del Estado.

6.1 Conceptualización

Antes de precisar la sustancia de lo que comprende la función pública y cómo el orden jurídico nacional prevé los márgenes de su correcta y proba

ejecución, es necesario acotar el sentido que el presente estudio ha tomado como basal del desarrollo de la “Administración Pública”.

Es cierto que existen conceptos que miran la función o Administración Pública, como una actividad equivalente a la de gobierno; subordinada a la del gobierno; como actividad del poder ejecutivo; como actividad del Estado que no es legislación ni justicia y como actividad del Estado que debe ejercerse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley, entre otras²⁵¹. Sin embargo, tomaremos la acepción de función pública concebida como actividad estatal que tiene en miras el funcionamiento de los servicios públicos.

En este orden de ideas, la función pública puede ser vislumbrada desde un sentido amplio y otro restringido.

En sentido amplio, las funciones públicas comprenden el conjunto de acciones realizadas por los distintos órganos estatales encaminadas al logro de sus fines esenciales.

Lo llamativo de distinguir una conceptualización más estricta, es que en algunos países se utiliza como sinónimo del conjunto de relaciones laborales entre el Estado y sus servidores²⁵². Empero, por su no representación con la realidad nacional, nos vemos obligados a abandonar la referida acepción.

²⁵¹ Véase en PÉREZ ARAMBURÚ, Evangelina. 2011. La administración pública en el Estado moderno: Enfoques teóricos para el análisis de la administración pública. Trabajo final de grado. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, p. 13.

²⁵² Cfr. HERRERA ROBLES, Aleksey. 2004. Función pública de los servidores municipales en Colombia. Revista de Derecho de la Universidad del Norte (21): 67-95.

En efecto, la Ley N° 18.575, dando cumplimiento al mandato constitucional en orden a determinar la organización básica de la Administración del Estado, en el inciso segundo de su artículo 1° establece las entidades que la constituyen, previendo un concepto de carácter lato de aquella expresión, al disponer que comprende a todos los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa²⁵³.

6.2 Marco normativo constitucional

La Sala Constitucional de la Corte Suprema, refrendó lo preceptuado en el artículo 5° inciso 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en sentencia del año 2010, señalando que las autoridades y funcionarios deben velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública²⁵⁴.

La Constitución de 1980 reconoció la importancia de la función pública, en diversas disposiciones, anotadas en gran parte, por las transformaciones legislativas que materializaron transformaciones jurídico-culturales, de entre las cuales cabe destacar las siguientes:

²⁵³ Contraloría General de la República, Dictamen N° 31.941, de 23 de abril de 2015.

²⁵⁴ Compañía Eléctrica del Litoral S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2010): Corte Suprema, ROL N° 5228-2010, de 20 de octubre de 2010 (apelación procedimiento administrativo), considerando tercero.

i. Artículo 1º: Esta norma señala que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común. Por su parte, el inciso final de la disposición en comento establece una serie de deberes para el Estado.

“Estos preceptos, destacados por los juristas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), como criterios compartidos *nemine discrepante* en el medio chileno, buscaban superar, se dijo, las disensiones que tensionaban el ser nacional e institucional, al perfilar el rol del Estado conforme la tendencia decimonónica de ascendencia francesa de concebir a la Carta Fundamental como un cuerpo neutro [---] se limitaba a ser la expresión de una trama de órganos que se entrelazan para adoptar decisiones”²⁵⁵.

ii. Artículo 7º: El presente artículo consigna la necesidad de que los órganos del Estado cumplan con tres requisitos copulativos en el ejercicio de sus funciones. Así, los actos de los órganos estatales deben ser ejecutados previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley²⁵⁶.

²⁵⁵ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2012. Derecho Administrativo. 150 años de doctrina. op. cit. p. 145.

²⁵⁶ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. 2006. Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo II. 2ª Edición ampliada. Santiago, Ediciones Universidad Católica, p. 37.

“El órgano con investidura será legítimo, por el sólo hecho de haber accedido al poder previa investidura, es decir, cumpliendo con todas las exigencias establecidas por la Constitución para su instalación en el cargo”²⁵⁷.

ii. Capítulo III: El art. 19 N° 17 asegura a todas las personas “la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”²⁵⁸. Lo anterior constituye una manifestación del principio de igualdad contenido en el artículo 1° de la Carta Fundamental y de la igualdad ante la ley, según prevé el artículo 19 N° 2 de la misma.

Asimismo, el inciso 6° del artículo 19 N° 16, establece la prohibición de huelga que pesa sobre los funcionarios públicos²⁵⁹.

²⁵⁷ CALDERA DELGADO, Hugo. 1992. Juridicidad, Legitimidad y Principios Generales de Derecho. Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (52): p. 130.

²⁵⁸ Resulta interesante traer a colación el pronunciamiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la LOC del Ministerio Público, en donde proscribió que los requisitos para acceder a un empleo público fueran determinados por un reglamento, ya que la Constitución sólo comprende reserva legal (no reglamentaria): “Que, el artículo 19, N° 17°, de la Carta Fundamental, establece que la Constitución asegura a todas las personas la admisión a todas las funciones y empleo públicos, sin otros requisitos que los que impongan la misma Constitución y las leyes, por lo que la oración que dice ‘y poseer el nivel educacional o título profesional o técnico que la naturaleza del empleo exija el reglamento’ resulta inconstitucional y debe igualmente eliminarse del proyecto, porque la exigencia de tal circunstancia es de reserva legal sin que pueda ser reenviada a lo que un reglamento disponga sobre el particular”. Tribunal Constitucional. 28 de septiembre de 1999. Rol N° 293. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCVI (3): p. 201.

²⁵⁹ “En la esfera de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Chile ha ratificado el Convenio N° 87 sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), el Convenio N° 98 sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949) y el Convenio N° 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública (1978).

En lo relativo al tema en cuestión, el Convenio N° 87 de la OIT, en el artículo 2, establece que los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones, prescribiendo, posteriormente en el

iv. Artículo 32: En sus numerales 7º, 8º, 9º, 10º, 12º y 16º el constituyente otorga al Presidente de la República la prerrogativa de nombrar y remover a diversos funcionarios públicos.

v. Artículos 65 N° 2 y 63 N° 14: En virtud de las anotadas disposiciones, se establece que las normas que regulan la función pública quedan reservadas a una ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

vi. Artículo 65 N° 4: De la misma manera, esta norma hace reserva de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, la reglamentación dirigida a normar las remuneraciones y beneficios del personal de la Administración Pública.

artículo 9, que sólo para el caso de las fuerzas armadas y la policía la legislación nacional deberá disponer hasta qué punto se aplican las normas del convenio.

A su vez, el Convenio N° 98 de la OIT, reconoce el derecho de los trabajadores a gozar de la adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical y la necesidad de adoptar las medidas adecuadas para estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria la utilidad de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. Su artículo 6 señala que su aplicación no alcanza o no se refieren a la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y, al igual que el Convenio N° 87, en su artículo 5 autoriza a los Estados Parte a determinar en su legislación nacional el alcance de las garantías señaladas en su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.

Por último, el Convenio N° 151 de la OIT, se refiere específicamente al derecho a sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública. Entre sus fundamentos destaca la percepción compartida de las diferencias existentes entre el empleo público y el empleo privado; las dificultades de interpretación práctica a los funcionarios públicos de las disposiciones del Convenio N° 98; y las observaciones de los órganos de control de la OIT". Congreso Nacional, Boletín N° 7.293-07, Proyecto de Reforma Constitucional sobre Negociación Colectiva y Derecho a Huelga de los Funcionarios Públicos, de 9 de noviembre de 2010 (estado: rechazado, con fecha 12 de febrero de 2015).

vii. Artículos 101 al 105: Establecen las bases de la función pública militar.

6.3 Fundamento positivo de la función pública y de la responsabilidad de la Administración del Estado

El artículo 38 de la Constitución Política de la República, se alza como la principal disposición en relación con la función pública.

Reza así el precepto:

“Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

El rol basal de la transcrita disposición ha sido dimensionado por la doctrina nacional, en los siguientes términos:

“Esta norma al ordenar que una ley orgánica constitucional determine la organización básica de la Administración del Estado, enuncia imperativamente en su inciso primero una serie de bases y principios constitucionales que le imponen garantizar ‘...la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse’ y asegurar ‘tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes’ (-) La base fundamental de la carrera funcionaria prescrita por el artículo 38 de la Constitución Política aparece configurada como un precepto vinculante para el legislador. Obliga a éste a estructurar el sistema de función pública sobre la base de los ‘principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse’, a saber, el de estabilidad en la función o empleo; de promoción, esto es, el derecho del funcionario de acceder a los cargos superiores del servicio mediante el ascenso; de calificación del desempeño del funcionario y, en fin, el principio de capacitación y perfeccionamiento de los servidores públicos en función de las reglas de promoción (-) Junto con ello, el constituyente ordena al legislador orgánico constitucional asegurar la igualdad de oportunidades de ingreso a la función pública como manifestación del principio general de igualdad de oportunidades que la misma Ley Fundamental reconoce entre las bases de la institucionalidad (artículo 1º, incisos cuarto y quinto) y del derecho fundamental a la igualdad ante la ley según el N° 2 del artículo 19 de la Carta Política”²⁶⁰.

²⁶⁰ MARÍN, Urbano. 2000. La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000. Santiago,

Debe tenerse presente que la responsabilidad del Estado puede ser analizada desde diversos enfoques. Así, se suelen contemplar los ámbitos de la actividad legislativa, de la actividad judicial y, finalmente, de la actividad de gobierno o por actos de la Administración²⁶¹. Empero, son todas esferas que escapan al objeto de nuestro estudio.

6.4 Marco normativo legal

6.4.1 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

La regulación orgánica más detallada, así como los principios que informan el funcionamiento de la Administración del Estado, se encuentran contenidos en la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que establece normas generales en donde destacan numerosos principios, propios de un Estado de Derecho, de entre los cuales cabe mencionar: el principio de legalidad (artículo 20 del Estatuto), el principio de competencia (artículo 20 del Estatuto), el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos y de los órganos del Estado (artículos 4º, 15 y 44 del Estatuto), el principio de control jerárquico (artículos 7º y 10º del Estatuto) y el principio de la unidad (artículo 50 inciso 2º del Estatuto).

Editorial Conosur, p. 220.

²⁶¹ Véase en CORRAL TALCIANI, Hernán. 2011. Lecciones de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 298.

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se encarga de complementar –en múltiples disposiciones– lo dispuesto en el artículo 38 de la Carta Fundamental, a saber:

i. Los artículos contenidos entre los numerales 1º al 20 entregan una serie de principios de aplicación directa, obligatoria y general para todos los órganos de la Administración Pública (v.gr. responsabilidad, eficiencia, estructura jerarquizada y disciplinada, probidad, transparencia, reserva legal para toda norma estatutaria, exigencia de requisitos de ingreso a la Administración Pública, derecho a postular a los empleos de la Administración pública en igualdad de condiciones, prohibición de realizar actividades políticas dentro de la Administración, etc.), y

ii. Los artículos 43 a 51 de la ley establecen las bases de la carrera funcionaria (ingreso, deberes y derechos, responsabilidad y cesación de funciones), aspectos que deben ser desarrollados por el Estatuto Administrativo, según se desprende del artículo 43 de la referida ley.

6.4.2 Estatutos especiales

La parte final del inciso 1º y el inciso 2º del artículo 45 de la Ley N° 18.575, señalan lo siguiente:

“Cuando las características de su ejercicio lo requieran, podrán existir estatutos de carácter especial para determinadas profesiones o actividades.

Estos estatutos deberán ajustarse, en todo caso, a las disposiciones de este Párrafo”.

Según lo dispuesto por el artículo 156 del Estatuto Administrativo, los funcionarios que ejerzan las profesiones y actividades que, conforme al inciso segundo del artículo 45 de la ley N° 18.575, se regirán por estatutos de carácter especial, son los siguientes:

i. Académicos de las instituciones de Educación Superior (D.F.L N° 153, de 1981).

ii. Personal afecto a la Ley N° 15.076, es decir, los médicos-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas.

iii. Personal del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores (DFL N° 33, de 1979; DFL N° 48, de 1979; DFL N° 105, de 1979). Asimismo el personal de la planta de Secretaría y Administración General del Ministerio de Relaciones Exteriores y de los Servicio Públicos sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través de este Ministerio, cuando cumplan funciones en el extranjero.

iv. Personal de la planta de oficiales y vigilantes penitenciarios de Gendarmería de Chile (DFL N° 1.791, de 1979).

v. Personal que cumpla funciones fiscalizadoras en la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional de Aduanas, el Servicio de Impuesto Internos, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la Superintendencia de Valores y Seguros, la Superintendencia de Seguridad Social, la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones y la Dirección del Trabajo, y

vi. El personal que desempeña actividades vinculadas a la actividad televisiva en la Corporación de Televisión de la Universidad de Chile.

Dichos funcionarios se sujetarán a las normas de este Estatuto Administrativo en los aspectos o materias no regulados por sus estatutos especiales.

Además de lo señalado en la norma antes señalada, dentro de los estatutos especiales encontramos la regulación dirigida a la función pública ejercida por los agentes municipales, contenida básicamente en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, Ley N° 18.695, publicada en el Diario Oficial el 26 de julio del año 2006 y en el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, Ley N° 18.883, publicada en el Diario Oficial el 29 de diciembre de 1989.

Sin perjuicio de las muchas normas, de diferente jerarquía, relativas a la Administración del Estado, para efectos del presente estudio, nos abocaremos al estudio de las aristas que configuran el marco general reglamentario de los funcionarios públicos y de la extensión de la función o empleo público de los funcionarios municipales, razón por la cual revisaremos someramente algunas aristas de interés del Estatuto Administrativo de los funcionarios públicos en general (Ley N° 18.834), para luego adentrarnos en el Estatuto Administrativo de funcionarios municipales (Ley 18.883).

7. Estatuto Administrativo

7.1 Antecedentes legislativos

La Ley N° 18.834, publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 1989, aprobó el Estatuto Administrativo de los funcionarios públicos, a modo de concretización del objeto planteado por la Contraloría General de la República, en un afán de lograr una unidad conceptual, generalidad en la aplicación de las normas estatutarias y en el control de la función pública, a través de un Estatuto único Administrativo.

En un principio, la compilación de las normas estatutarias y la creación de instituciones armónicas con el desarrollo del Derecho Administrativo nacional, fueron recogidas por el D.F.L N° 338, del año 1960.

“Al amparo del Estatuto de 1960, el Derecho Administrativo vio enriquecida una de sus áreas más sensibles, como es la relativa a la regulación del desempeño de los agentes de la Administración del Estado, comenzando por la configuración de los cargos públicos y de las calidades en que pueden ser desempeñados por personas ajenas a la Administración o por funcionarios que cambiaran de destino; pasando por el delicado campo de los derechos funcionarios, en que llegó a crearse, por ejemplo, toda una doctrina sobre materias tan disímiles como el ‘fuero gremial’ de los dirigentes de las Asociaciones o Agrupaciones de Empleados Públicos o sobre las pensiones de jubilación sujetas a reajustabilidad automática –las llamadas ‘perseguidoras’– y, concluyendo, por último, en las causales de expiración de funciones, indisolublemente vinculadas a un respetable derecho al cargo, al cual sólo podían poner término dentro del marco estatutario expresamente regulado, e interpretado por la Contraloría General, en forma estricta, en defensa del gran principio del derecho al cargo y a la función”²⁶².

A pesar de la prometedora evolución del marco regulatorio de la Administración del Estado, el Derecho Administrativo retrocedió y se paralizó ante principios de rígida aplicación, pero vagos en su extensión. Nos referimos a la vigencia del vínculo estatutario sujeto a un régimen de exclusiva confianza, de exoneraciones unilaterales, supresión de dirigencias gremiales, entre otras

²⁶² PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2011. Estatuto Administrativo Interpretado. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 12.

reformas introducidas por los Decretos Leyes N^{os} 6 y 22, del año 1973. Empero, en el año 1984 se produjo la restauración del D.F.L 338 de 1960²⁶³.

Luego, tal y como habíamos adelantado, en el año 1989 se publica el Estatuto Administrativo, vigente en la actualidad, sin perjuicio de sus modificaciones ulteriores.

En suma, según lo previsto en el citado artículo 45 de la Ley N^o 18.575 y 38 inciso 1^o de la Constitución Política de la República, la Ley N^o 18.834, aparece como el compilado normativo tendiente a garantizar la carrera funcionaria, mediante la aplicación de principios técnicos y profesionales y a asegurar tanto el ingreso a ella, como la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes, desarrollando todos y cada uno de los aspectos que con ese fin se requieren.

Del Mensaje con que el proyecto de Estatuto Administrativo fue dirigido por el Presidente de la República a la Junta Nacional de Gobierno, en el año 1988, se lee lo siguiente:

“Concordante con este criterio, la iniciativa asegura efectivamente el ingreso a la función pública de toda persona, que manifieste su voluntad de hacerlo, mediante un concurso público basado en procedimientos técnicos, idóneos e imparciales, con lo cual, junto con darse cumplimiento al derecho constitucional de admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros

²⁶³ Op. cit. p. 14.

requisitos que los necesarios para el desempeño del cargo, permitirá una adecuada selección de los postulantes fundado sólo en sus méritos. Además, con la finalidad de comprobar en la práctica la idoneidad de la persona seleccionada se establece un período de prueba al término del cual, si la evaluación correspondiente es positiva, se procederá al nombramiento definitivo del empleado en el cargo”²⁶⁴.

7.2 Concepto

El Estatuto Administrativo es aquel conjunto de normas que regulan y establecen el ingreso, derechos, deberes, responsabilidades y cese de las funciones de los agentes de la administración del Estado.

Por su extensión y profundidad constituye el Estatuto Administrativo General de la función pública chilena, pues rige a la generalidad de las personas que se desempeñan en la función pública administrativa, considerando la cantidad de servicios que se rigen por este cuerpo estatutario y la existencia de estatutos de carácter especial para determinadas profesiones o actividades.

La importancia del Estatuto Administrativo para el desarrollo del presente estudio, es que toda referencia a derechos y deberes de los funcionarios

²⁶⁴ Biblioteca del Congreso Nacional. 1989. Historia de la Ley N° 18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo [en línea] <<file:///C:/Users/Downloads/HL18834.pdf>> [consultado: 2 octubre 2014].

públicos debe partir mencionando su marco legal, es decir, el Estatuto Administrativo, en donde se contienen requisitos normativos para el ejercicio de la función pública, que regulan especialmente la carrera funcionaria en cuanto al ingreso, derechos, deberes, responsabilidad y término de la función que cumplan los agentes del Estado dentro de la administración pública²⁶⁵.

El Título I del Estatuto Administrativo contiene las normas generales, de entre las cuales cabe precisar lo prescrito por el artículo 1º en estrecha vinculación con el ya citado artículo 1º de la Ley N° 18.575, del cual se desprende que los funcionarios a los cuales resulta aplicable el Estatuto, son:

- i. El personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y,
- ii. El personal de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, dentro de los cuales cabe destacar a los funcionarios municipales.

La jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República, ha expresado, en torno al campo de aplicación y extensión del Estatuto Administrativo, lo siguiente:

“La Ley Estatutaria rige de un modo general las relaciones jurídico-laborales de la Administración del Estado con el personal de la dotación de

²⁶⁵ SUAZO ÁLVAREZ, Mauricio. 2008. Derecho Administrativo. Valparaíso, Editorial Instituto Tecnológico Universidad de Playa Ancha, p. 43.

servicios que la integran, salvo tratándose de funcionarios regidos por Estatutos especiales”²⁶⁶.

7.3 Breve referencia al incumplimiento de los deberes funcionarios

Las sanciones disciplinarias son actos administrativos, naturaleza que acentúa su carácter formalizado, pues se expresan a través de una resolución que pone fin al procedimiento disciplinario haciendo efectiva la responsabilidad administrativa.

El acto administrativo sancionador concreta el poder coercitivo y de control que se reconoce a la Administración en beneficio de un buen orden administrativo.

En este sentido, las sanciones disciplinarias constituyen actos de signo negativo que imponen la aflicción o castigo, frente a un incumplimiento de cierta entidad de los deberes o prohibiciones que se imponen por el ordenamiento jurídico, en garantía de un adecuado cumplimiento de la función pública y de una buena gestión administrativa.

Su finalidad es tanto retributiva como ejemplificadora y preventiva, confirmando la amenaza legal frente a conductas ajenas a los principios rectores de la función pública, evitando que el funcionario que ha infringido las

²⁶⁶ Contraloría General de la República, Dictamen N° 22.459, de 8 de septiembre de 1992.

normas disciplinarias vuelva a realizarlo y reforzando las buenas prácticas en la organización.

7.3.1 Principios que rigen la Responsabilidad Administrativa

Como quiera, los actos sancionadores suponen una medida coercitiva y están sujetos a los siguientes principios:

i. Principio de legalidad de las sanciones

Con este principio se alude a que el poder disciplinario no opera ilimitada ni indeterminadamente, sino que se ejercita con un elenco preciso de sanciones fijadas por el legislador que se aplicarán según sea la gravedad de la falta disciplinaria, “de acuerdo con el principio de legalidad, la enumeración de medidas disciplinarias que contempla el Estatuto Administrativo debe respetarse en forma estricta, pues esa enumeración es de carácter taxativo, las que deberán respetarse en forma estricta” (Dictámenes N° 27.229 de 1983, 26.518 de 1970 y 30.733 de 2000).

Asimismo, este principio garantiza la reserva de ley que existe en esta materia, pues “no puede configurarse medida disciplinaria por vía reglamentaria” (Dictamen N° 41.294 de 1962). En suma, sólo el legislador puede establecer una medida disciplinaria y la autoridad sólo puede imponer

una sanción legalmente establecida, “todo decreto o resolución que aplica una medida disciplinaria debe indicar la fuente legal en que se basa” (Dictamen N° 27.925 de 1964).

De este modo, el artículo 121 limita las medidas disciplinarias a las siguientes listadas con criterio de menor a mayor gravedad: a) Censura; b) Multa; c) Suspensión del empleo desde 30 días a 3 meses; y d) Destitución.

El principio de legalidad también nos indica que la sanción disciplinaria se rige por la ley vigente el día en que se dicta el respectivo decreto o resolución que impone la medida sancionadora, así “en materia de sanciones administrativas... rige el principio de irretroactividad de la ley de los artículos 19 n° 3 inciso 7° de la Constitución y 18 del Código Penal, acorde al cual nadie puede ser castigado con otra sanción que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, a menos que ésta favorezca al afectado” (Dictamen N° 38.075 de 2002).

Finalmente, la garantía de este principio, en el ámbito administrativo, se hace efectiva a través del trámite de toma de razón de los procedimientos disciplinarios afinados, pues el acto formal sancionador emitido luego de notificadas las medidas y resueltos los recursos que procedan, está sujeto a este trámite ante la Contraloría General, por cuanto el control previo de legalidad “tiene por fin precisamente verificar si en ellos se ha respetado la ley estatutaria y cumplido las reglas de procedimiento correspondientes” (Dictamen

Nº 16.893 de 1990), constituyendo de este modo “la toma de razón el último trámite del proceso disciplinario y deja a firme el castigo impuesto al funcionario” (Dictamen Nº 17.105 de 1990).

ii. Principio del Debido Proceso o del Debido Juzgamiento

De acuerdo con este principio, la aplicación de una medida disciplinaria exige por parte de la autoridad sancionadora tramitar un procedimiento que garantice la racionalidad y justicia de lo actuado (inciso 2º, artículo 18 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado), respetando el principio de igualdad en dignidad y derechos de la persona que garantiza la Constitución Política, en virtud de lo cual “la autoridad administrativa, en el ejercicio de sus facultades, no puede efectuar discriminaciones o distinciones arbitrarias, esto es, aquellas que no tengan fundamento jurídico o carecen de una motivación o fundamento racional” (Dictamen Nº 37.191 de 2000).

Nos parece importante tener en cuenta este principio para efectos de cotejar su campo de aplicación y extensión tutelar en relación al procedimiento de tutela de derechos fundamentales de los funcionarios municipales.

Como ha reiterado el Órgano Contralor: “El ejercicio de los poderes sancionadores que posee el titular de un órgano administrador debe conformarse a un procedimiento que reúna las ritualidades mínimas de los procesos, tales como oír al inculpado, ponderar los hechos y resolver conforme

a derecho y al mérito de autos. Estas ritualidades mínimas que garantizan el legítimo proceso, emanan de la Constitución Política del Estado y se aplican a todo acto de naturaleza punitiva, aun cuando éste no tenga consultada específicamente una regulación o procedimiento propios” (Dictamen N° 56.160 de 1969).

En consecuencia, la autoridad sancionadora debe sujetarse a un procedimiento. Bien sea investigación sumaria o sumario administrativo, acorde con la gravedad de la presunta infracción, estos dos procedimientos constituyen los medios idóneos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa del empleado infractor. La infracción a los deberes y obligaciones que fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, deberá ser acreditada mediante un procedimiento disciplinario regulado, “las normas -(dijeron los dictámenes N° 7.034 de 1996 y 7.291 de 2002)- que regulan la tramitación de los procedimientos disciplinarios en el Estatuto Administrativo consultan todos los elementos necesarios para configurar un debido proceso y asegurar la debida defensa de los inculpados”.

El debido proceso lo que busca garantizar en definitiva, es que la autoridad juzgue con imparcialidad, objetividad y razonabilidad la actuación que se reprocha, de modo que adopte una decisión debidamente fundamentada.

Los procedimientos disciplinarios contienen una matriz básica que está impuesta por el principio del debido proceso, pero a su vez presentan

diferencias que hacen uno u otro más adecuado en algunas circunstancias. Para facilitar la apreciación sobre la conveniencia de uno u otro procedimiento disciplinario se sintetizan sus principales semejanzas y diferencias.

Un caso singular en el que el legislador permite imponer la sanción de destitución por un procedimiento distinto al sumario administrativo es en lo relativo a la infracción de la normativa que regula el Uso y Circulación de Vehículos Estatales, contenida en el Decreto Ley 799, de 1974, de Ministerio del Interior.

En el referido caso, corresponde al Organismo Fiscalizador “la facultad de determinar la responsabilidad administrativa de los servidores públicos que contravengan dicha normativa, a través de la pertinente investigación sumaria”. De forma excepcional, el inciso final del artículo 11 de la citada norma legal “permite en situaciones calificadas y atendidas las circunstancias del caso, que el Contralor General delegue en el respectivo Servicio la facultad para hacer efectiva la correspondiente responsabilidad administrativa” (Dictamen N° 77.919 de 2011).

8. Derechos y garantías del debido proceso en materia disciplinaria

Complementando lo anterior, el principio del debido proceso que tiende a garantizar un correcto juzgamiento, involucra una serie de derechos y garantías para el funcionario imputado.

8.1 El derecho a la debida defensa

El derecho a la debida defensa exige ciertas reglas procedimentales que garanticen la defensa de la persona a quien se imputa una infracción susceptible de conllevar la aplicación de una medida disciplinaria. En consecuencia, el funcionario tiene derecho a:

i. La asistencia jurídica de un profesional abogado, el que puede acompañarle al momento de rendir declaración (Dictamen N° 24.733 de 2011).

ii. Que se le notifiquen debidamente los cargos, las comparecencias personales, la aplicación de la medida disciplinaria inicial y de la medida disciplinaria terminal -luego de resueltos los recursos de reposición y jerárquico que en su caso correspondan- (inciso 4º, artículo 140 del Estatuto Administrativo). Las notificaciones respectivas deben hacerse con arreglo al artículo 131 del Estatuto Administrativo.

iii. Conocer el expediente y obtener copia de los documentos que rolan en los autos, desde el momento en que le han sido notificados los cargos.

iv. Formular alegaciones y aportar documentos que deberán ser tomados en cuenta por el investigador o fiscal al momento de redactar su informe o vista a la autoridad.

v. No ser sancionado por hechos que no han sido materia de cargos (inciso 3º, artículo 140 del Estatuto Administrativo). “La formulación de los

cargos es un trámite obligatorio en el sumario administrativo cuando a juicio del Fiscal instructor, le asiste responsabilidad a algún funcionario por los hechos investigados, pero si ello no ocurre, se priva a los procesados de la posibilidad de defenderse adecuadamente de las acusaciones que pudieran desprenderse de las investigaciones” (Dictamen N° 2.181 de 1983).

vi. A ser informado de los recursos que procedan contra la decisión que impone la medida disciplinaria, pues como señala el Organismo Fiscalizador: “De acuerdo con el ordenamiento jurídico debe encontrarse reglamentada la procedencia de la sanción y el sistema para su aplicación y reclamo por el afectado” (Dictamen N° 57.873 de 1975).

8.2 Derecho a la imparcialidad

En lo que dice relación con el principio de imparcialidad, razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad, debe tenerse presente que la arbitrariedad es entendida como lo contrario a la razón, lo que carece de una fundamentación objetiva²⁶⁷. Así las cosas, la falta de imparcialidad ha quedado proscrita del

²⁶⁷ “Dentro de un régimen de derecho la Administración debe actuar subordinada a la ley, vale decir, a normas positivas, legales y reglamentarias que regulan la actividad administrativa, por lo que cada vez que sus actos ejecuten una ley o un reglamento nos encontraremos en presencia de un acto reglado, un acto sometido a normas predeterminadas. [---] He aquí la primera fase de esta clasificación, pero la Administración es mucho más que la simple ejecutora de una ley. A menudo la autoridad ejecutiva necesita usar de la potestad que lo faculta para administrar el Estado en sentido amplio, en cuyo caso y sin que ello importe obviamente arrasar con la ley, podrá emanar de esta autoridad un acto que no será reglado, porque no estará ejecutando una ley o un reglamento, sino que será un acto discrecional, un acto emanado de la mera voluntad de esa Administración. Esto no quiere decir que el acto discrecional se otorga de

ordenamiento jurídico, según prevé el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, en el siguiente orden de cosas:

“La Constitución asegura a todas las personas. N° 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

En virtud del test de racionalidad el tribunal deberá verificar la forma en que se conjugan los siguientes elementos:

manera arbitraria, porque la discrecionalidad es potestad de derecho, y como tal, no puede transformarse en arbitraria, que sería precisamente la negación del derecho. [---] En doctrina para distinguir entre un acto discrecional y un acto reglado se parte del hecho de que determinadas actividades administrativas quedarán reguladas por las normas de la Constitución Política del Estado, por los preceptos legales y aún, consecuentemente, por las normas de tipo reglamentario. Y se dice, entonces, que un acto será reglado cuando se halla subordinado a determinados preceptos o normas de legislación positiva, entendiendo en ese sentido el vocablo legislación desde un punto de vista amplio o material. Se diría, en definitiva, que el acto reglado como norma general será un acto de ejecución que tiene por finalidad ejecutar un precepto normativo ya preestablecido. En cambio, el acto discrecional nacerá de esta inmensa actividad estatal en que el órgano administrador lo dicta en función de administrar el Estado sin entrar necesariamente a ejecutar una norma preestablecida, sino que sencillamente persiguiendo la administración en sí, no entra a ejecutar normas ni se subordina a normas. [---] No quiere decir esto, como lo veremos luego, que el acto discrecional sea un acto arbitrario. Por el contrario, cuando el Presidente de la República o cualquiera autoridad a quienes le competen funciones administrativas actúen en el campo de lo discrecional, no pueden hacerlo al margen del derecho. La discrecionalidad aquí es una potestad jurídica y por lo tanto, cuando en función de ella se emitan actos de dicha índole, en el fondo se estarán emitiendo actos jurídicos administrativos; entenderlo de otra manera significaría injertar dentro del poder administrador el término de disociación administrativa, se estaría entregando a determinados órganos administrativos la potestad de actuar al margen del derecho.

[---] Como la Administración del Estado está subordinada a la ley, no es posible, en consecuencia, confundir la potestad discrecional a que se someten ciertos actos con la actividad simplemente arbitraria. (...) Tenemos, entonces, que se habla de actos discrecionales cuando se actúa en función de la administración, prescindiendo de normas, a falta de normas jurídicas preestablecidas [---]”. SILVA CIMMA, Enrique. 1995. Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Actos, Contratos y Bienes. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 65,66 y 67.

- i. Si la realidad de los hechos ha sido respetada por la Administración, toda vez que la Administración no puede crear los hechos;
- ii. Si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido en el procedimiento de formación de la decisión un factor que no lo sea;
- iii. Si se ha tenido en cuenta por la Administración el mayor valor que puede otorgar el ordenamiento a uno de estos factores; y
- iv. Si, en caso de tener todos los factores de obligada consideración el mismo valor jurídico, la Administración ha razonado o no la adopción de una solución o si el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o, en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos.

De esta manera, la decisión adoptada por la Administración, aún debe ser confrontada con un segundo test, en este caso de razonabilidad. Mediante éste, el juez analizará si la decisión administrativa:

- i. Adolece de incoherencia “por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin” y
- ii. Resulta claramente desproporcionada²⁶⁸.

²⁶⁸ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 10.119-13, de 24 de diciembre de 2013 (recurso de protección), considerando décimo.

La garantía de imparcialidad y objetividad, encuentra sustento normativo en el inciso 2º del artículo 62 N° 6, de la Ley N° 18.575, en los siguientes términos:

“Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: N° 6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.

Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta”.

El fundamento de lo anterior es prevenir la ocurrencia de cualquier circunstancia que afecte el correcto discernimiento en la adopción de decisiones que tendrán lugar en la tramitación y finalización del procedimiento disciplinario. Así, el funcionario imputado debe contar con la garantía de imparcialidad tanto del órgano instructor como del órgano sancionador y la objetividad del procedimiento. En suma, la decisión del órgano sancionador no sólo debe apoyarse en la autoridad formal, sino que, también, en razones adoptadas dentro del marco del ordenamiento jurídico, con transparente justificación.

8.3 La garantía de instancias diferenciadas

Como consecuencia de las exigencias de imparcialidad y objetividad, en procedimientos administrativos como el disciplinario que contemplan la revisión de un superior jerárquico, se exige que estas etapas estén a cargo de personas diferenciadas, de manera de proteger los derechos de las personas frente al Estado. Así, el funcionario que haya estado a cargo de la primera etapa (de investigación o resolución) quedará inhabilitado para actuar en la etapa resolutive o recursiva, pues “este principio quedaría sin aplicación y vulnerado si un funcionario en ejercicio de sus atribuciones que le son propias ha intervenido en una primera etapa de un proceso administrativo resolviendo el asunto y, con posterioridad, asume las funciones de jefe superior de servicio, por la vía de la subrogación, y en esta calidad, el conocimiento de un recurso de alzada que impugna lo por él mismo resuelto” (Dictamen N° 43.113 de 2004).

8.4 El principio de proporcionalidad de la sanción

En lo concerniente al principio de la proporcionalidad, es necesario apuntar que es concebido teniendo en consideración las siguientes aristas:

- i. Constituye un límite material de la actuación administrativa.

ii. Persigue la existencia de un equilibrio o adecuación entre los medios y los fines que se persiguen mediante la decisión administrativa.

iii. Su finalidad, en definitiva, es que la Administración no adopte una decisión desproporcionada, inadecuada, excesivamente gravosa y por tanto arbitraria²⁶⁹.

La *ratio* del principio en estudio, dice relación con la concordancia que debe existir entre la medida proveniente de la autoridad administrativa y los hechos imputados y acreditados en el procedimiento disciplinario. La adecuación se logra mediante una idónea ponderación de la gravedad de la falta cometida y las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, todo lo cual, permite arribar a una decisión equilibrada y justa fundada en el mérito del proceso, pues “la potestad disciplinaria de que se encuentra investida la autoridad administrativa debe ser ejercida sobre la base de criterios de racionalidad, lo cual supone, básicamente, que la sanción impuesta sea proporcional a la gravedad de la falta que se ha imputado” (Dictámenes N° 29.869 de 1997 y N° 13.338 de 2000). Además, el inciso 2° del artículo 121 del Estatuto Administrativo, dispone que “Las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes”.

²⁶⁹ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 10.119-13, op. cit.

Ello, sin perjuicio del deber de la autoridad de aplicar una sanción disciplinaria determinada en los casos que el legislador haya establecido una correspondencia entre la infracción cometida y la medida sancionadora aplicable. Tales son los casos señalados en los artículos 72º, inciso 4º, y 125, inciso 2º.

8.5 Principio pro reo

La jurisprudencia administrativa ha establecido que este principio, que rige en materia penal, opera igualmente en el campo disciplinario. Así, “En virtud del principio de la irretroactividad de las normas legales y muy especialmente de las sancionadoras, deberán imponerse al infractor aquellas medidas disciplinarias que se encontraban establecidas al momento de cometerse la falta investigada, a menos que ésta eventualmente, tuviere asignada una sanción menor en una nueva legislación, en cuyo caso, y salvo texto expreso en contrario, corresponderá aplicar precisamente esta última medida” (Dictámenes N° 45.905 de 1976; 33.127 de 1982; 20.991 de 1984 y 20.991 de 2000).

8.6 Principio de universalidad

Significa que todo funcionario está afecto a responsabilidad como consecuencia del ejercicio de sus funciones. En otras palabras en un régimen de Estado de Derecho no hay personas administrativamente irresponsables al servicio del Estado. Constituyen excepciones las diversas situaciones analizadas por la jurisprudencia administrativa, que pueden conducir a la inimputabilidad (Dictámenes N° 3.631 de 1991; 1.669 de 1992; y 26.576 de 1992).

8.7 Principio de independencia de sanciones

El artículo 120 del Estatuto Administrativo consagra la independencia de la responsabilidad administrativa respecto de la civil y penal, fundado en que “el proceso criminal y el sumario administrativo persiguen finalidades diversas, y por lo tanto son procedimientos independientes cuyos resultados no tienen que ser similares” (Dictamen N° 24.100 de 1962). En consecuencia, “no existe, pues, impedimento legal alguno para sancionar disciplinariamente a un empleado, no obstante haber sido condenado, absuelto o sobreseído definitivamente por la justicia ordinaria por los mismos hechos materia del sumario, si en éste se han acreditado, además, otras conductas constitutivas de faltas administrativas (Dictamen N° 4.005 de 1990). En consecuencia, no procede abstenerse de perseguir la responsabilidad administrativa, en la

eventualidad que exista un proceso penal, pues el pronunciamiento en dicha sede no afecta las atribuciones del Órgano de Control que están establecidas en la Constitución y las leyes. “Ello, porque si bien conforme al art. 6 de ley N° 10.336, el ente fiscalizador no puede intervenir ni informar en asuntos sometidos a los tribunales de justicia, lo que conduciría a la abstención de este organismo de control frente a la incompetencia sobreviniente que le afectaría al deducirse una acción judicial, no es menos cierto que sostener tal criterio afectaría las facultades que, acorde la Constitución y la ley, le asisten respecto de las municipalidades y avalaría el incumplimiento de los dictámenes que emite en el ejercicio de tales atribuciones, por parte de servicios fiscalizados” (Dictamen N° 23.688 de 2011).

8.8 Principio de inexcusabilidad

La ignorancia de la ley no es una justificación aceptable, toda vez que el artículo 8° del Código Civil reza lo siguiente:

“Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”.

A partir de la norma transcrita, la doctrina civilista se ha venido inclinando por considerar que su naturaleza jurídica no constituye una presunción legal, sino que una ficción²⁷⁰.

No cabe aceptar como excusa modificatoria de la responsabilidad de un funcionario el argumento hecho valer por el inculpado de que desconocía las normas vigentes en la materia. En el mismo sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República: “[---] porque no procede acoger como eximente de su responsabilidad administrativa argumentación de que se alejaron de sus funciones sin presentar sus dimisiones por escrito, por desconocer las normas vigentes sobre la materia, pues, conforme art/8 del código civil nadie puede alegar desconocimiento de la ley después que esta haya entrado en vigor”²⁷¹.

8.9 Principios recogidos jurisprudencialmente

La jurisprudencia de nuestros tribunales, ha recogido algunos de los principios hasta aquí expuestos, en los siguientes términos:

“Que, por último, en el marco jurídico a que se encuentra sometido el conflicto, debe tenerse presente un conjunto de principios generales del Derecho que guían la actividad administrativa. A este respecto el autor Rubén

²⁷⁰ Cfr. VIAL DEL RÍO, Víctor. 2011. Teoría General del Acto Jurídico. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 84.

²⁷¹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 20.184, de 6 de agosto de 1993.

Saavedra Fernández señala: 'Entre los principios generales frecuentemente señalados por la doctrina administrativa, y con un amplio reconocimiento jurisprudencial en el derecho comparado, se pueden mencionar los siguientes: a) Principio de igualdad; b) Principio de razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad; c) Principio de proporcionalidad; d) Principio de buena fe; e) Principio de seguridad jurídica; f) Principio de confianza legítima'²⁷².

9. Derechos funcionarios

Independiente de la existencia de derechos de los funcionarios públicos insertos dentro del ámbito del debido proceso, existen ciertas garantías que rodean la carrera funcionaria de los mismos, de los cuales son titulares y merecen tutela jurídica y judicial.

De esta manera, los funcionarios públicos son titulares activos de derechos, en la medida en que ocupan la posición de poder dentro de la relación jurídica estatutaria, y sitúan a la Administración en la posición de deber, toda vez que ésta se obliga a abstenerse, bajo cualquier pretexto, de entorpecer el ejercicio de los referidos derechos. Su obligación se extiende, incluso, hasta el deber de amparo y protección del mencionado ejercicio, so pena de incurrir en actitud contraria a Derecho, sancionable con nulidad de derecho público

²⁷² Corte Suprema, Sentencia ROL N° 10.119-13, op.cit.

junto con originar la responsabilidad funcionaria imputable en calidad de autor²⁷³.

La doctrina sostenida por el profesor Rolando Pantoja Bauzá, ha distinguido en los derechos que tienen como titulares a los funcionarios públicos, las siguientes categorías:

9.1 Derechos de la carrera funcionaria

Encuentran su fuente positiva a partir del artículo 89 del Estatuto Administrativo, cuyo tenor es el que sigue:

“Todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo y a ascender en el respectivo escalafón, salvo los cargos de exclusiva confianza; participar en los concursos; hacer uso de feriados, permisos y licencias; recibir asistencia en caso de accidente en actos de servicio o de enfermedad contraída a consecuencia del desempeño de sus funciones, y a participar en las acciones de capacitación, de conformidad con las normas del presente Estatuto.

Asimismo, tendrá derecho a gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemplen los sistemas de previsión y bienestar social en conformidad a la ley y de protección a la maternidad, de acuerdo a las disposiciones del Título II, del Libro II, del Código del Trabajo”.

²⁷³ PANTOJA BAUZA, Rolando. s/a. Los Funcionarios Públicos como Sujetos del Derecho Administrativo. op. cit. p. 30.

Ergo, a propósito de la norma transcrita es posible distinguir como derechos de la carrera funcionaria, los siguientes:

- i. Derecho a la estabilidad en el empleo.
- ii. Derecho al ascenso.
- iii. Derecho a defensa.
- iv. Derecho a permutar los cargos de planta y a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio, en la medida en que no entorpezca el cumplimiento de los deberes estatutarios.

9.2 Derechos económicos

Los derechos económicos de los funcionarios públicos se encuentran contenidos en los artículos 91, 93, 94 y 95. Para efectos didácticos, diremos que son los siguientes:

- i. Derecho a ocupar la casa habitación del respectivo Servicio.
- ii. Derecho a recibir remuneraciones.
- iii. Inembargabilidad de las remuneraciones hasta el 50% de ellas.

9.3 Derechos sociales

Los derechos sociales, consignados entre los artículos 102 al 113 del Estatuto, básicamente, comprenden los derechos a los feriados, a los permisos y licencias médicas, incluida la licencia maternal²⁷⁴.

9.4 Derechos de seguridad social

Comprenden los derechos a la percepción de la remuneración mensual del empleado fallecido por parte del cónyuge sobreviviente, de los hijos o de los padres; el derecho a las prestaciones por accidentes en actos ejecutados en razón del servicio o por enfermedades contraídas con ocasión de la función, como también los derechos a asignación familiar y maternal²⁷⁵.

10. De algunos derechos de la carrera funcionaria

A continuación revisaremos algunos de los mencionados derechos funcionarios relativos a la carrera funcionaria, en razón de la utilidad que significará para nuestro estudio, desde las siguientes perspectivas. Primero porque son derechos involucrados en la esencia de la posición que se adopte en cuanto a la aceptación o negación de la aplicabilidad del procedimiento de

²⁷⁴ *Ibíd.*

²⁷⁵ *Ibíd.*

tutela para los funcionarios municipales. En según término, se trata de algunos derechos de los funcionarios públicos que tienen su debida correspondencia en la disciplina jurídica del Derecho Laboral, como es la estabilidad en el cargo o empleo.

10.1 Derecho al ascenso

El artículo 54 del Estatuto Administrativo, establece que el ascenso es el derecho de un funcionario de acceder a un cargo vacante de grado superior en la línea jerárquica de la respectiva planta, sujetándose estrictamente al escalafón, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por el artículo 56 del mismo cuerpo legal. Así, un funcionario de la Planta de Auxiliares tendrá derecho a ascender a un cargo de la Planta de Administrativos, gozando de preferencia respecto de los funcionarios de ésta, cuando se encuentre en el tope de su planta, reúna los requisitos para ocupar el cargo y tenga un mayor puntaje en el escalafón que los funcionarios de la planta a la cual accede. Este derecho se hace extensible a aquellos funcionarios que, cumpliendo las mismas exigencias antes dichas, ocupen el siguiente lugar en el escalafón, en el mismo grado, si el primer funcionario renunciare a él.

La carrera funcionaria está concebida sobre la base del “ascenso”, esto es, el ascenso a un cargo vacante de grado superior por parte del funcionario que se encuentra en el grado inmediatamente inferior, en el lugar preferente,

según el respectivo escalafón. Como se advierte, el ascenso opera de modo automático, sin exigencia alguna de concurso ni exámenes de algún tipo. En otros términos, sin otras exigencias que las limitaciones descritas y establecidas por el Estatuto Administrativo²⁷⁶. Idénticamente indispensable es agregar, en coincidencia con la base esencial recién anotada, que el artículo 19 N° 17 de la Carta Fundamental, asegura a todas las personas la admisión a las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que ella y las leyes impongan. En el mismo sentido el legislador plasmó su intención en el inciso 3° del artículo 48 de la Ley N° 18.575.

10.2 Derecho a la estabilidad del cargo

El empleo público, sólo admite como causales de cesación de funciones, según establece el artículo 146 del Estatuto Administrativo, las siguientes:

- i. Aceptación de renuncia.
- ii. Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo público.
- iii. Declaración de vacancia.
- iv. Destitución.

²⁷⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 375-03, de 3 de junio de 2003, considerando vigésimo segundo.

- v. Supresión del empleo.
- vi. Término del período legal por el cual se es designado.
- vii. Fallecimiento.

El derecho a la estabilidad en el empleo de un funcionario público, tiene como objeto la permanencia en las funciones que ejerce en el cargo para el que ha sido legalmente designado, mientras no exista una causal legal que permita el cese de esas funciones o su cambio por otras. No es, ciertamente, un derecho real sobre el empleo, sino un derecho personal que sólo puede reclamarse de una persona determinada que por la ley está obligada a reconocerlo. Es un bien incorporal porque recae sobre una cosa incorpórea, como lo es la estabilidad o permanencia en el cargo y en la función correspondiente²⁷⁷.

10.3 Derecho a la defensa

El artículo 90 del Estatuto Administrativo preceptúa que los funcionarios públicos tienen derecho a ser defendidos y a exigir que la institución a que pertenezcan persiga la responsabilidad civil y criminal de las personas que atenten contra su vida o su integridad corporal, con motivo del desempeño de sus funciones, o que, por dicho motivo, los injurien o calumnien en cualquier

²⁷⁷ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 477-04, de 21 de septiembre de 2005 (recurso de protección), considerando séptimo.

forma. Agrega, además, que la denuncia será hecha ante el respectivo Tribunal por el jefe superior de la institución, a solicitud escrita del funcionario, y cuando el afectado fuere dicho jefe superior, la denuncia la hará el Ministro de Estado que corresponda.

11. Funcionarios municipales

La Municipalidad es una corporación autónoma de derecho público de rango constitucional, por lo que sus actuaciones se deben enmarcar en el respeto al principio de legalidad.

El personal o funcionarios con los que la Corporación Edilicia desarrolla sus funciones, se somete a diversos cuerpos legales estatutarios, tales como el Estatuto Docente, el Estatuto de Atención Primaria de Salud, el Código del Trabajo, el Estatuto de los Funcionarios Municipales, etc., y es conforme a esos cuerpos de legislación, o lo previsto en la Ley de Bases de la Administración del Estado, que la Municipalidad desarrolla su política de Recursos Humanos²⁷⁸.

²⁷⁸ Ruiz con I. Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda (2013): Primer Juzgado Civil de San Miguel, Sentencia ROL N° C-34010-2012, de 24 de diciembre de 2013 (procedimiento ordinario de nulidad de derecho público), considerando primero.

11.1 Funcionarios municipales propiamente tales

En cada municipio existen tres tipos de cargos municipales: de planta, a contrata y a honorarios.

Los funcionarios de planta conforman la organización estable de la municipalidad, incluido el Alcalde y el o los jueces de policía local. En este tipo de cargos, los funcionarios sólo pueden contar con los siguientes escalafones: Directivos, Profesionales, Jefaturas, Técnicos, Administrativos y Auxiliares.

El personal a contrata corresponde a cargos transitorios hasta el 31 de diciembre de cada año. Los trabajadores bajo esta condición no pueden representar una inversión superior al 20% del gasto de remuneraciones de la planta municipal, a menos que la cantidad de personas bajo esta condición sea menor a 20 personas, en cuyo caso se puede contratar hasta cuatro personas bajo la modalidad de contrata. Además, en este tipo de empleo municipal, los trabajos se ajustan a las posiciones relativas contempladas para el personal de la planta. En particular de Profesionales, Técnicos, Administrativos y Auxiliares.

En general, los funcionarios a honorarios son profesionales y técnicos de educación superior expertos en determinadas materias, quienes prestan servicios al municipio de forma discontinua (no habitual).

Las personas ceñidas a esta condición contractual quedan supeditadas precisamente a los términos del contrato y no tienen la calidad de funcionarios públicos (no están sujetos al Estatuto Municipal) como sí sucede en los dos

casos anteriores, lo que no significa, en caso alguno, que no pueda aplicarse a su respecto el procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales si, en la especie, los tribunales determinan la existencia de una relación laboral simulada.

11.2 Funcionarios municipales sujetos al estatuto docente

El artículo 1º del Estatuto Docente, Ley N° 19.070, publicada en el Diario Oficial el 1 de julio de 1991, establece que los profesionales de la educación que presten servicios en los establecimientos que siguen, estarán sujetos al citado cuerpo normativo:

- i. De educación básica y media, de administración municipal o particular reconocida oficialmente.
- ii. De educación pre-básica subvencionados conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1989.
- iii. De educación técnico-profesional administrados por corporaciones privadas sin fines de lucro, según lo dispuesto en el decreto ley N° 3.166, de 1980.
- iv. Respecto de quienes ocupan cargos directivos y técnicos-pedagógicos en los departamentos de administración de educación municipal que por su naturaleza requieran ser servidos por profesionales de la educación.

Luego, a los funcionarios municipales sujetos al Estatuto Docente, se les aplica subsidiariamente las normas contenidas en el Código del Trabajo, según dispone expresamente el inciso 1º del artículo 51 de la Ley N° 19.070:

“Los profesionales de la educación que se desempeñan en el sector municipal se regirán por las normas de este Estatuto de la profesión docente, y supletoriamente por las del Código del Trabajo y sus leyes complementarias”.

Por su parte, la Dirección del Trabajo ha señalado que el contrato de trabajo de los psicopedagogos que prestan labores de apoyo, en calidad de tales, en los Proyectos de Integración Escolar de los establecimientos educacionales dependientes de las Corporaciones Municipales, quedan regidos en sus relaciones laborales con el empleador por las normas del Código del Trabajo y las leyes que lo complementan y modifican, y por la Ley N° 19.464, y que, por el contrario, no les resultan aplicables a dichos trabajadores las normas del Estatuto Docente²⁷⁹.

Avanzando en nuestro análisis, es importante plantear la relación presente entre las causales de despido contempladas en el Estatuto Docente (sólo respecto de los funcionarios municipales, no de aquellos del sector privado) y aquellas contenidas en la ley del ramo.

²⁷⁹ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 0925-011, de 7 de marzo de 2014.

Así pues, en el sistema estatutario de los profesionales docentes-municipales, se recogen (artículo 52 de la Ley N° 19.070) las siguientes causales de desvinculación:

- i. Por renuncia voluntaria.
- ii. Por falta de probidad, conducta inmoral o incumplimiento grave de las obligaciones que impone su función, establecidas fehacientemente en un sumario, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 127 al 143 de la ley N° 18.883, en lo que fuere pertinente, considerándose las adecuaciones reglamentarias que correspondan.
- iii. Por término del período por el cual se efectuó el contrato.
- iv. Por obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación a las respectivas funciones docentes.
- v. Por fallecimiento.
- vi. Por calificación en lista de demérito por dos años consecutivos.
- vii. Por salud irrecuperable o incompatible con el desempeño de su función en conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.883.
- viii. Por pérdida sobreviniente de alguno de los requisitos de incorporación a una función docente.

ix. Por supresión de las horas que sirvan, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de esta ley.

Es innegable la similitud de algunas de las causales anotadas con aquellas que, dentro del régimen de estabilidad laboral relativa, autorizan al empleador a poner fin al contrato de trabajo. En el mismo sentido lo ha declarado nuestra Corte Suprema, al expresar que:

“El Párrafo VII del Título III del Estatuto Docente trata del término de la relación laboral de los profesionales de la educación del sector municipal, estableciendo causales con indudable analogía con las contenidas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo; pero sin consultar la causal genérica de las necesidades de la empresa que hagan necesaria la separación del dependiente, sin perjuicio de que la letra i) del artículo 72²⁸⁰ se refiera a ‘la supresión de las horas que sirvan, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de esta ley’, causal a la que se otorga un tratamiento análogo al que prevé el Código del Trabajo por las causales de su artículo 161. No obstante la nutrida normativa, reguladora de la terminación del contrato, contenida en los artículos 72 a 77 del Estatuto Docente, en ella no se consulta normas que regulen el despido indirecto. No obstante, la aplicación supletoria del Código del Trabajo, prevista en el artículo 71²⁸¹ del Estatuto, permite su aplicación en este ámbito, puesto que la sanción por despido indirecto es básicamente el pago de

²⁸⁰ Entiéndase hecha la referencia al artículo 52 de la Ley N° 19.070.

²⁸¹ Entiéndase hecha la referencia al artículo 51 de la Ley N° 19.070.

indemnizaciones por años de servicios, prestación que debe pagar el empleador, Municipalidad o Corporación, cuando invoca la causal i) del artículo 72 del Estatuto Docente, causal que es homologable con las necesidades de la empresa prevista en el artículo 161 del Código del Trabajo. Al respecto, cabe tener en consideración que el despido indirecto constituye una verdadera institución jurídico-laboral, regulada en el Código del ramo, que obedece al sano propósito de que las entidades empleadoras cumplan con las obligaciones que, en conformidad con la legalidad, las ligan con sus dependientes. La sentencia recurrida, al estimar que son inaplicables en la especie las normas de los artículos 171 y 160 N° 7 del Código del Trabajo, las que deben recibir aplicación atendido lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 71 del Estatuto Docente, ha infringido tales preceptos con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, involucrando un error de derecho que alcanza a su decisión”²⁸².

Los enunciados contenidos en la sentencia transcrita, conducen inevitablemente a considerar el mismo fundamento en la protección de los derechos de los funcionarios municipales a propósito del procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales. Esto, porque si consideramos que la jurisprudencia ha hecho extensiva la protección del empleo y la integridad de las prestaciones debidas a los funcionarios municipales, aplicando las normas de protección del Código del Trabajo, con

²⁸² Corte Suprema, 29 de enero de 2001. Maturana Silva, María Soledad. Casación en la forma y en el fondo. 2001. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): p. 22.

mayor razón ha de pensarse que dichas normas resultan aplicables cuando lo que se vulnera es un derecho fundamental.

11.3 Funcionarios municipales sujetos al Estatuto de Atención Primaria

El artículo 1° de la Ley N°19.378 -Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal-, dispone que dicha ley normará en las materias que en ella se establecen, la administración, régimen de financiamiento y coordinación de la atención primaria de salud, cuya gestión se encontrare traspasada, al 30 de junio de 1991, a las municipalidades, así como los aspectos ya citados respecto de aquellos establecimientos de atención primaria de salud que sean creados por las municipalidades; traspasados con posterioridad por los servicios de salud; o que se incorporen a la administración municipal por cualquier causa. Dispone también, dicho precepto, que la citada ley regulará, en lo pertinente, la relación laboral, la carrera funcionaria, además de los deberes y derechos del respectivo personal que ejecute acciones de atención primaria de salud o, según señala el artículo 3°, inciso 1° de la misma ley, directamente relacionadas con dicha atención, siempre que se ejerzan en forma personal y exclusiva. Finalmente, establece, en su artículo 4°, inciso 1°, que en todo lo no regulado expresamente por las disposiciones del aludido Estatuto, se aplicarán en forma supletoria las normas de la ley N°18.883, Estatuto de los Funcionarios Municipales.

Entre otras normas del referido Estatuto de Atención Primaria, se hallan las relativas al término de la relación laboral, comprendidas en el artículo 48. Cabe agregar que las normas legales vigentes que regulan la función del personal sujeto al citado Estatuto, utilizan abiertamente la voz “empleador”, como también la jurisprudencia administrativa que a éste se refiere. En este orden de ideas, la Dirección del Trabajo ha señalado:

“1) En el sistema de atención primaria de salud municipal, el empleador está facultado para descontar las horas o días de trabajo que faltaren para completar la jornada ordinaria, por lo que no procede la recuperación o compensación de las horas o días no trabajados sin justificación.

2) El monto del viático que voluntariamente paga una entidad administradora de salud primaria municipal, será aquel que haya fijado para la jornada diurna y nocturna, en su caso, según sus disponibilidades presupuestarias.

3) La duración de la jornada ordinaria semanal de trabajo que establece la ley 19.378, está determinada por la fijación de la dotación, esto es, el número de horas semanales de trabajo que requiere una entidad administradora para atender el servicio asistencial, y no por la permanencia del funcionario en la localidad donde se prestan los servicios.

4) Los trabajadores sujetos a contrato a plazo fijo, gozan de los beneficios contemplados por la ley 19.378, atendida la calidad de funcionarios

que les reconoce la citada ley, y las posteriores renovaciones de esos contratos en nada afectan el ejercicio de esos derechos.

5) Los directores de asociaciones de funcionarios de la salud primaria municipal, constituidas al amparo de la ley 19.296, tienen derecho a la remuneración de los permisos sindicales por 22 horas si la asociación es de carácter nacional o de 11 horas semanales de permiso, si la asociación es de carácter regional, provincial o comunal, o que tenga como base uno o más establecimientos de salud y por cada director regional o provincial elegido conforme al inciso segundo del artículo 17 de la misma ley.

6) Infringe el N° 19 del artículo 19 de la Constitución Política y las letras c), d) y e) del artículo 7 de la ley 19.296, la entidad administradora de salud primaria municipal que se niega a recibir a los directivos de una asociación de funcionarios constituida en dicha entidad, o no responde verbalmente o por escrito los planteamientos y demandas de sus asociados”²⁸³.

11.4 Funcionarios municipales miembros de las Corporaciones Municipales

Las Corporaciones Municipales son organismos de derecho privado, sin fines de lucro, regidos por el título XXXIII del Libro I del Código Civil, creados al amparo del artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 3.063, de 1980, del

²⁸³ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2460-111, de 11 de junio de 2006.

Ministerio del Interior, cuya finalidad es administrar y operar servicios traspasados de las áreas de educación, salud y atención de menores, los que se regulan en su formación, funcionamiento y extinción por las normas del derecho común, razón por la cual no es posible considerarlas como órganos integrantes de la Administración del Estado.

De allí que la Dirección del Trabajo ha precisado que la naturaleza jurídica de funcionarios públicos que se reconoce al personal que labora en las Corporaciones Municipales de Derecho Privado, que administran y operan la atención primaria de salud municipal, no tiene el alcance propio de los servidores de organismos públicos. En suma, el Estatuto de los Funcionarios Municipales se aplica supletoriamente al personal regido por la Ley N° 19.378, no obstante el carácter de Derecho Privado que tienen las Corporaciones que administran y operan la atención primaria de salud municipal, y el Código del Trabajo sólo es aplicable a dicho personal en la situación que prevé el artículo 6° transitorio de la citada ley²⁸⁴.

Por su parte, la Contraloría General de la República ha resuelto y reafirmado la competencia de la Dirección del Trabajo para fiscalizar la aplicación de las disposiciones de carácter laboral que rigen al personal que presta funciones en las corporaciones municipales a que se refiere el citado decreto con fuerza de ley N° 3.063, de 1980, toda vez que esas entidades constituyen personas jurídicas de derecho privado, cuyo personal no tiene la

²⁸⁴ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 6598-298, de 28 de noviembre de 1996.

calidad de funcionario municipal, hecho que impide que la Contraloría General se pronuncie respecto al asunto reclamado, ya que la naturaleza jurídica de un empleo la determina la calidad del empleador y no el estatuto jurídico que reglamenta el vínculo laboral pertinente²⁸⁵.

11.5 Funcionarios municipales que por mandato legal se rigen por el Código del Trabajo

El artículo 3º del Estatuto para Funcionarios Municipales contempla ciertas posibilidades para que las municipalidades puedan contratar personal bajo la modalidad del Código del Trabajo. Dicha norma dispone:

"Quedarán sujetos a las normas del Código del Trabajo, las actividades que se efectúen en forma transitoria en municipalidades que cuenten con balnearios u otros sectores turísticos o de recreación."

A continuación el inciso segundo dispone que "el personal que se desempeñe en servicios traspasados desde organismos o entidades del sector público y que administre directamente la municipalidad se regirá también por las normas del Código del Trabajo."

²⁸⁵ Contraloría General de la República, Dictamen N° 28.050, de 10 de abril de 2015.

En suma, podemos decir con propiedad que la ley ha autorizado a las municipalidades la celebración de contratos de trabajo respecto de dos situaciones, a saber:

i. Actividades transitorias en municipalidades que cuenten con balnearios u otros semejantes y,

ii. Personal de servicios traspasados del sector público, específicamente en lo que se refiere a los trabajadores de la salud y educación (corresponden a la Dirección de Salud Municipal y la Dirección de Educación Municipal).

Aun cuando parezcamos majaderos, debemos señalar que lo anterior no implica, en caso alguno, que no puede concretarse una relación laboral entre el municipio y un tercero, en supuestos diversos a aquellos contemplados por la norma.

12. Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales

12.1 Prohibiciones funcionarias

El artículo 82 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales dispone, de entre las prohibiciones con que éstos se encuentran cargados, las siguientes:

i. Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido, o no le hayan sido delegadas.

ii. Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive o por afinidad hasta el segundo grado, y las personas ligadas a él por adopción.

iii. Actuar en juicio ejerciendo acciones civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que atañe directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción.

iv. Intervenir ante los tribunales de justicia como parte, testigo o perito, respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en juicio en que tenga interés el Estado o sus organismos, sin previa comunicación a su superior jerárquico.

v. Someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes.

vi. Solicitar, hacerse prometer, o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros.

vii. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial de la municipalidad para fines ajenos a los institucionales.

viii. Realizar cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado o usar su autoridad, cargo o bienes de la municipalidad para fines ajenos a sus funciones.

ix. Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración.

x. Atentar contra los bienes de la municipalidad, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro.

xi. Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen.

xii. Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación.

xiii. Realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo.

Nos hemos permitido el lujo de transcribir las prohibiciones generales de los funcionarios municipales, porque es, justamente a propósito de la infracción de las mismas, que las entidades municipales hacen uso de la facultad conferida por los artículos 120 letra c) y 123 del cuerpo legal en comento, esto es, la destitución.

Según prevé la última de las normas mencionadas, la destitución es la decisión del alcalde de poner término a los servicios de un funcionario. Y agrega que la medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:

i. Ausentarse de la municipalidad por más de tres días consecutivos, sin causa justificada.

ii. Infringir las disposiciones de las letras i), respecto de los sindicatos; j) en lo que respecta a los bienes del municipio y k), en torno a los daños producidos en las instalaciones públicas.

iii. Infringir lo dispuesto en la letra l) del artículo 82, es decir, atentar contra la dignidad de los demás funcionarios.

iv. Condena por crimen o simple delito.

v. Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.

vi. En los demás casos contemplados en el Estatuto o en leyes especiales.

12.2 Pronunciamiento jurisprudencial a propósito de la destitución de un funcionario municipal por incurrir en una prohibición funcionaria

Recientemente, el Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán conoció del procedimiento de tutela interpuesto por un funcionario municipal que fue destituido por faltas a la probidad administrativa. Ante el citado caso, el tribunal de instancia, luego de confirmar su competencia para conocer del referido litigio, enfatizó que, “[---] si bien es efectivo que la calidad de empleado de la Administración Pública, en calidad de contrata, es transitoria o temporal y la permanencia del empleo se encuentra entregada a la necesidad del empleador de contar con los servicios de éste, ello no es suficiente ni autoriza a la anterior para hacer uso de su atribución en forma absolutamente discrecional”²⁸⁶.

²⁸⁶ Arroyo con Ilustre Municipalidad De Chillan (2015): Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, ROL N° T-15-2014, de 16 de marzo de 2015 (procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales), considerando primero.

En otros términos, de la sentencia se advierte que la facultad que tiene el empleador, no lo exime del deber de fundamentar sus decisiones, debiendo necesariamente señalar en el acto administrativo las razones jurídicas, reglamentarias o de hecho que sirven de sustento a su decisión, teniendo el deber de dejar expresa constancia, en sus resoluciones, de las razones o motivos que la fundamentan, obligación que emana de la Ley N° 19.880, que Establece Las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, que tienden a transparentar los actos del mismo.

De igual manera, la facultad especial que se concede a la Administración no puede ejercerse de modo meramente discrecional y sin un motivo preciso y determinado, siendo de la esencia del ejercicio del poder público que sus decisiones sean no sólo imparciales, sino también razonables y razonadas, como lo establece en el artículo 53 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En el capítulo siguiente, ahondaremos en este punto, analizando los presupuestos para conceder o denegar la aplicabilidad del procedimiento de tutela a los funcionarios municipales.

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL A LOS FUNCIONARIOS MUNICIPALES

1. Cuadro sinóptico

El presente capítulo tiene por objeto demostrar la hipótesis de aplicabilidad del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en favor de los funcionarios municipales. Para lograr dicho cometido, es posible transitar por dos grandes líneas argumentativas.

La primera dice relación con la calificación de la relación jurídica que planea por sobre la vinculación funcionario municipal-Municipalidad. Dentro de esta vertiente es posible abordar los siguientes tópicos:

- i. La identificación de las partes del vínculo laboral, es decir, del trabajador, del empleador y del trabajo en sí mismo.
- ii. La caracterización de los elementos de la relación laboral y la subsecuente identificación en la relación estatutaria, con especial mención en la subordinación reforzada en la Administración.

iii. Los límites de las normas regulatorias de la relación funcionario municipal y la Municipalidad, en la medida en que se extienden cuanto la necesidad de tutela de los derechos fundamentales lo requiera.

Estas son todas aristas de una de las vías utilizada por la jurisprudencia para justificar la aplicación del procedimiento de tutela respecto de los funcionarios públicos.

La segunda, apuesta por superar los juicios de subsidiariedad y de compatibilidad, cuyo contenido explicaremos en su oportunidad, pero que en resumidas cuentas comprenden la verificación de los requisitos desprendidos del artículo 1º del Código del Trabajo para hacer aplicables sus normas a los trabajadores que expresamente excluye el inciso 2º de dicha disposición.

En los acápites siguientes agotaremos ambas opciones argumentativas y manifestaremos en la etapa conclusoria de nuestro estudio, cuál ha de preferirse sobre la otra, aunque para ser sinceros, ya hemos adelantado bastante nuestra gracia²⁸⁷.

Por tal razón y, a diferencia de la forma en que se han sistematizado los capítulos precedentes, dividiremos nuestra exposición en dos partes.

²⁸⁷ Véase en el acápite 2.3.2 del capítulo III de la presente Memoria.

PARTE PRIMERA

2. Elementos del vínculo jurídico que une a los funcionarios municipales y al órgano municipal: hacia una caracterización laboral

2.1 Ideas preliminares

En el subsecuente desarrollo de nuestro estudio avocaremos nuestros esfuerzos académicos hacia la determinación de las fronteras de los elementos que caracterizan la relación laboral y de su presencia en la vinculación estatutaria, desde la perspectiva jurisprudencial.

A propósito de las tesis contractualistas-laboralistas revisadas en el Capítulo III, analizamos la forma en que se alineaban los elementos de laboralidad dentro del vínculo administrativo entre el funcionario municipal y la Municipalidad. Así, revisamos cómo concurre el elemento axiomático de la relación laboral, esto es, la subordinación y dependencia; las remuneraciones y la ajenidad.

Ahora ahondaremos sobre el tópico desde otras perspectivas argumentativas, según han sido dispuestas para nosotros desde el plano jurisdiccional.

2.1.1 Los funcionarios públicos son “trabajadores” del Estado

El primer elemento aportado por la jurisprudencia de nuestros tribunales, luego del proceso hermenéutico y discrecional respectivo, se inserta dentro del marco de una calificación jurídica directa y sin disimulo: los funcionarios públicos son trabajadores del Estado.

Lo anterior se deriva de una lectura textual de la letra de la Ley, en el siguiente orden de cosas:

“Que, la conclusión anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, que establece 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 fundamentales de los trabajadores’. En efecto, el lenguaje utilizado en el inciso tercero del artículo 1° del cuerpo legal citado, no deja lugar a dudas en cuanto a que los funcionarios públicos son considerados también trabajadores, toda vez que luego de enunciarse, en el inciso segundo, los órganos a los cuales no se les aplicarán las normas del Código del Trabajo -entre los que se menciona a los funcionarios de la Administración del Estado, del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de las empresas del Estado- se indica en el inciso tercero, ‘Con

todo, los **trabajadores**²⁸⁸ de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código', sin hacer distinción de ninguna especie en cuanto al tipo de entidad a que se refiere el inciso segundo"²⁸⁹.

El precedente transcrito en el párrafo anterior, emanado de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, prefiere cuestiones de suma relevancia, al equiparar en calidad jurídica a los funcionarios públicos, dentro de los cuales se insertan los municipales.

En otros términos, el tribunal no se contenta con agotar el test de subsidiariedad y de compatibilidad mediante el cual puede concluirse la aplicabilidad del procedimiento de tutela para nuestros funcionarios municipales, sino que se apresura a argüir que, si bien es cierto los trabajadores que desempeñan una función pública fueron expresamente excluidos de la aplicación de la normativa laboral, también es cierto que el Código del Trabajo retoma su acomodo legal respecto de las materias no previstas y compatibles con la regulación en él contenida.

A mayor abundamiento, la Corte agrega:

“Lo anterior está en concordancia, además, con la forma en que es concebida la excepción a la regla del inciso primero del artículo 1° del cuerpo

²⁸⁸ El destacado es nuestro.

²⁸⁹ Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento (2014): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 10972-2013, de 30 de abril de 2014 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando décimo cuarto.

legal citado. La regla del inciso primero es una de carácter general, por la que se sujeta las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores a las normas del Código del Trabajo y la excepción contenida en el inciso segundo, se refiere a una situación particular, que excluye a determinados trabajadores de la norma general. Así, el inciso segundo establece que “estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado”, lo que quiere decir que, no obstante ser éstos trabajadores quedarán sometidos en sus relaciones con el Estado, a la ley especial que los regule. La expresión, sin embargo, utilizada en este contexto, es ilustrativa y permite reforzar lo que se viene diciendo, ya que implica que aun cuando la hipótesis es la reseñada en el inciso primero -es una relación laboral entre empleador y trabajador- se establecerá respecto de ella una solución distinta. Entenderlo de otra manera, haría inútil la expresión en comentario”²⁹⁰.

En los mismos términos el Juzgado de Letras del Trabajo de Chillan, en sentencia de 2015, hizo suyos los argumentos esgrimidos por nuestro máximo tribunal en cuanto a la imputación de trabajador a los funcionarios públicos, adicionado un argumento de justicia comparativa: “[---] un trabajador que presta servicios para el Estado en calidad de funcionario público no puede encontrarse en una situación desmejorada respecto de quien trabaja para un particular, privado del manto protector de la tutela de derechos, no pudiendo ampararse

²⁹⁰ *Ibíd.*

por el Estado esta situación, dejar a un trabajador indefenso frente a transgresiones de sus derechos fundamentales”²⁹¹.

Lo anterior se ve reforzado por lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1° de la Ley N° 19.296 que establece normas sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, que dispone:

“Reconócese, a los **trabajadores**²⁹² de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades y del Congreso Nacional, el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas”.

2.1.2 Municipio empleador

La asimilación del funcionario público-municipal con los trabajadores del sector privado, trae aparejada una interrogante ineludible: ¿es la Municipalidad el ente empleador?

²⁹¹ Arroyo Salazar con I. Municipalidad de Chillán (2015): Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, Sentencia T-15-2014, de 16 de marzo de 2015 (procedimiento de tutela laboral), considerando primero.

²⁹² El destacado es nuestro.

La jurisprudencia de la Corte Suprema estima que sí. El trasfondo de lo anterior se sujeta al ejercicio del poder de dirección del empleador. La Corte sostiene que el Estado (la Municipalidad para efectos de nuestro estudio), ejerce funciones habituales de dirección –términos que utiliza el artículo 4° inciso 1° del Código del Trabajo– como lo hace todo empleador, lo que no es incompatible con el hecho de que se trate de órganos destinados a desempeñar una función pública²⁹³.

Desde la ciencia forense, el poder de dirección se traduce en “[---] la facultad de dar órdenes, impartir instrucciones y trazar directivas, en la facultad de legislar en el seno de la empresa, en la facultad de imponer sanciones disciplinarias y en diversas facultades o derechos (de control, de ordenar la empresa, de variar las condiciones de trabajo), reconocidos al empleador como necesarios para conducir su empresa”²⁹⁴.

En este orden de ideas, la Municipalidad estaría dotada del poder de dirección propio del empleador, quien, por lo demás, no se encuentra exenta de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados, lo que conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible, en los hechos, el ejercicio de tales derechos.

²⁹³ Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento (2014), op. cit. considerando décimo quinto.

²⁹⁴ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Elena. 1997. Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Universidad Complutense, p. 377.

2.1.3 Subordinación reforzada

En último término, en el fallo de unificación de jurisprudencia de la Corte Suprema, de 30 de abril de 2014, refuerza su razonamiento señalando que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales resulta aplicable a todos los trabajadores, sin distinción, es decir, a los trabajadores particulares como a los trabajadores del sector público y municipal.

En idéntico sentido expresa que existen diversas categorías de trabajadores y que los funcionarios públicos-municipales son un tipo dentro de la categoría; una especie dentro del género, sobre todo si se tiene en consideración el grado en el que concurren el factor de subordinación y dependencia en la relación Estado-Municipalidad y trabajador.

Lo anterior se importa desde la siguiente argumentación:

“Así las cosas, atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretende proteger, los que según también se dijo, deben considerarse “inviolables en cualquier circunstancia”, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado

con sus trabajadores, siendo éste un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador²⁹⁵.

3. Funcionarios municipales y estabilidad en el empleo

3.1 Fundamento del régimen de estabilidad relativa en Chile

Con prescindencia de la calidad jurídica en que concurren los empleados municipales y la Municipalidad dentro de sus relaciones activas, resulta imperioso destacar que trasuntar el marco laboral hacia sus vinculaciones importa reconocer que existe un elemento común entre ambos: el trabajo.

Así las cosas, éste bien jurídico, éste objeto del Derecho del Trabajo se desenvuelve en un contexto de superioridad del empleador, caracterizado por la desigualdad real de las partes en donde colisionan las facultades de dirección y administración que detenta el empleador con los deberes de respeto, lealtad y obediencia a los que se encuentra obligado el trabajador²⁹⁶.

El desequilibrio de las fuerzas convergentes en el Derecho del Trabajo, justifica el distanciamiento de los paradigmas contractuales privados, siendo

²⁹⁵ Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento (2014), op. cit. considerando décimo sexto.

²⁹⁶ AGUILAR CARVALLO, Gonzalo y CONTRERAS ROJAS, Cristian. 2007. El efecto horizontal de los Derechos Humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. Revista *Ius et Praxis* 13(1): 205-243.

sustituidos por una normativa que restringe la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, supuesto de la génesis contractual. La forma en que el Derecho Laboral asimila la descrita relación asimétrica, aparece de manifiesto en la doctrina sustentada por nuestros tribunales, en el siguiente sentido:

“[---] lo hace desde el reconocimiento de la realidad que explica fenomenológicamente la relación individual de trabajo: una relación social-contractual asimétrica entre privados en la que, por regla absolutamente general, convergen, uno, con el poder económico y el otro, necesitado de trabajar, imposibilitado, por su condición y por la dinámica relacional que contextualiza la formación del consentimiento (oferente fuerte - demandante débil) de disputar las cláusulas del contrato, el que se configura -por obra de esta realidad- como un contrato por adhesión, sólo dirigido en sus contenidos mínimos irrenunciables por el Estado. El poder público busca contrapesar - siempre a contrapelo de los dogmas económicos, recelosos de “tanta ley laboral”- la desigualdad que reconoce en los hechos y que motiva la intervención legislativa igualadora, valiéndose de la ley y de principios especiales (primacía de la realidad, contenidos mínimos irrenunciables, orden público laboral, etc.)”²⁹⁷.

²⁹⁷ Acuña Rozas con SC Andina Inc (Crown Plaza) (2010): Segundo Juzgado de Letras de Santiago, Sentencia RIT O-6-2010, de 11 de mayo de 2010 (procedimiento de aplicación general), considerando cuarto.

Sentada la necesidad tutelar del Derecho del Trabajo, aparece como consecuencia irremediable la consagración doctrinaria y jurisprudencial del principio proteccionista como base axiomática de la citada rama del Derecho.

El principio de protección del trabajador se condice con el origen del Derecho del Trabajo, como sistematización regulatoria de las relaciones laborales. Como señala un autor, “[---] para todos los trabajadores las demandas de su contrato de trabajo son de tal naturaleza, que de su cumplimiento depende, como regla general, su supervivencia económica”²⁹⁸. De esta manera, las normas del Derecho del Trabajo han de ser subsumidas dentro del Orden Público Laboral –en la medida en que no se traten de derechos disponibles en el ámbito laboral–, respecto del cual, la judicatura ha señalado con tono imperativo:

“El poder público busca contrapesar -siempre a contrapelo de los dogmas económicos, recelosos de “tanta ley laboral”- la desigualdad que reconoce en los hechos y que motiva la intervención legislativa igualadora, valiéndose de la ley y principios especiales (primacía de la realidad, contenidos mínimos irrenunciables, orden público laboral)”²⁹⁹.

²⁹⁸ SINZHEIMER, Hugo. 1984. Crisis económica y Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, p. 53.

²⁹⁹ Acuña Rozas con SC Andina Inc (Crown Plaza) (2010), op. cit. considerando cuarto.

Del principio de protección, producto de la falta de libertad inicial, provienen una serie de reglas o elementos tutelares, que tienen por objeto equilibrar los poderes existentes en la relación laboral.

Así las cosas, uno de los principios bajo los cuales se construyen las cortapisas dispuestas ante la supremacía del empleador, es el de la estabilidad laboral, de carácter relativo, imperante en nuestra legislación. De allí que la jurisprudencia de nuestros tribunales haya debido hacer reserva de las facultades del empleador de poner término a la relación laboral, procedentes del poder de dirección del mismo.

“El poder de mando del empleador se ejerce plenamente, pero debe quedar sujeto a la posterior revisión jurisdiccional, siempre en aras de la protección que naturalmente inspiran las instituciones del derecho laboral”³⁰⁰.

Por esto, el principio de estabilidad laboral al que alude el Título V del Libro I del Código Laboral, es de naturaleza relativa, toda vez que el trabajador tiene el derecho a permanecer indefinidamente en el empleo mientras no se configure una justa causal de terminación de contrato. Razón por la cual, ante

³⁰⁰ Ríos Dulansky con Comercial Windsor Limitada (2010): Corte Suprema, ROL N° 5429-2010, de 23 de noviembre de 2010 (recurso de casación en el fondo), considerando séptimo.

un despido injustificado, indebido o improcedente, tiene derecho a las correspondientes indemnizaciones³⁰¹.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de 2005, citada por el profesor Héctor Humeres, señala:

“La legislación nacional se encuentra imbuida del principio de la estabilidad relativa en el empleo, es decir, el trabajador goza del derecho a mantener su fuente de ingresos en la medida en que no incurra en alguna de las causales previstas por la ley para poner término al contrato de trabajo, al margen de la prerrogativa que se otorga al empleador en el artículo 161 del Código del Trabajo, en el sentido de poder desvincular al dependiente por necesidades de funcionamiento de la empresa o desahucio; en aras de tal principio se establecen por el legislador causales objetivas y subjetivas de terminación de la relación laboral”³⁰².

La terminación del contrato de trabajo, por la sola voluntad patronal ha de ser considerada como excepcional, de tal manera que no puede restringirse la aplicación de dicha excepción, más que bajo los parámetros que la ley ha establecido. Opuesto a lo anterior sería considerar que en nuestro ordenamiento jurídico impera, más bien, un sistema de estabilidad absoluta, lo

³⁰¹ MERA MANZANO, Rubén. Corte Suprema, 29 de enero de 2002. Silva Díaz, Eduardo (Casación en el Fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 18-21, marzo 2002.

³⁰² HUMERES NOGUER, Héctor. 2005. Corte Suprema, 23 de junio de 2005. Vilches Zapata, Ricardo con Segetrans Transportes S.A. (Casación en el Fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 369-372.

que pugna con la garantía establecida en el artículo 19 N° 16 de nuestra Carta Fundamental. La libertad de trabajo no sólo se extiende al trabajador, sino que también al empleador, pero no implica, en caso alguno, inamovilidad laboral. Así lo han sentenciado los jueces del fondo:

“Sin perjuicio de lo expuesto, algunos autores han querido ver en el sintagma y su protección del artículo 19 N°16, un mandato desde la Constitución de protección, no sólo a la libertad de trabajo, sino que también al trabajo mismo, situación que ha sido avalada recientemente por el Tribunal Constitucional. Con todo, la protección del trabajo mismo no puede confundirse con estabilidad absoluta o inamovilidad laboral, pues, lo primero apunta más bien a reglamentar la autonomía de la voluntad de los contratantes una vez celebrado el contrato de trabajo, más que a imponer una duración determinada, quedando la misma entregada a la legislación laboral más que a la garantía constitucional en estudio”³⁰³.

La estabilidad en el empleo sólo puede tener vigencia en aras de una manifestación relativa. En el campo de lo relativo se encuadran las causales de término de la relación laboral y por ende del contrato de trabajo.

³⁰³ Nawrath Venegas con Universidad Mayor (2014): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, ROL T-156-2014, de 17 de junio de 2014 (procedimiento de tutela laboral), considerando segundo.

3.2 Estabilidad en el empleo municipal

Habiendo avanzado hacia la justificación de la estabilidad relativa en el empleo respecto de los trabajadores del sector privado, resta analizar su convergencia en el ámbito de las relaciones municipales.

El inciso 1° del artículo 83 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Públicos, establece como derecho funcionario, el de gozar de estabilidad en el empleo y de ascender en el respectivo escalafón.

Al igual que en ámbito privado, para nuestros efectos, la estabilidad relativa implica que la autoridad edilicia sólo puede fundar la cesación de funcionarios del empleador en alguna de las causales previstas en las normas estatutarias.

La estabilidad en el empleo, en ningún caso, significa que el empleador no pueda ejercer la facultad de despido imbuida en el poder disciplinario con el que cuenta. A mayor abundamiento, la libertad de trabajo consignada en el artículo 19 N° 16 incluye la libertad de contratación y esto irradia sus efectos hacia la entidad empleadora.

Así, el profesor José Luis Cea ha prevenido:

“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 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 labor³⁰⁴.

Por lo demás, de las Actas de la Comisión Constituyente se desprende que la libertad de trabajo garantizada por nuestra Carta Magna, reconoce una doble esencia, cual es la de asegurar que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador³⁰⁵.

Pues bien, en el ámbito estatal y municipal se ha discutido acerca de la extensión del principio de estabilidad del empleo, teniendo como base de discordia dos ejes fundamentales: los funcionarios de planta y a contrata. Esto, porque se ha pretendido que la estabilidad en el empleo sea tutelada sólo respecto de los primeros, en razón del carácter de transitorios de los segundos.

Crípticamente, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha soslayado argumentos en ambos sentidos.

En sentencia del 2015, el Juzgado de Letras de Chillán se ha inclinado por la inclusión de los funcionarios a contrata en la garantía del numeral 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental, haciendo referencia a los considerandos

³⁰⁴ CEA EGAÑA, José Luis. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y garantías, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 427.

³⁰⁵ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 199, celebrada el 7 de abril de 1976, pp. 13-17.

de una sentencia de protección de la Corte de Apelaciones de Santiago de 2014, confirmada por la Corte Suprema, aduciendo los siguientes argumentos:

i. Para resolver es necesario tener presente que según el artículo 83 de la Ley N° 18.834, todo funcionario tiene derecho a gozar de estabilidad en el empleo, prerrogativa que no exime a los que detentan la denominada condición "a contrata". Esto significa que mientras transcurre el contrato, no puede legítimamente ponerse término sino en la forma que el propio Estatuto Administrativo contempla.

ii. No cabe discriminar entre los empleados de planta y los contratados, porque el artículo 3 c) de dicha legislación aborda la definición del "empleo a contrata" para todos los efectos de la misma, luego de haberse referido a conceptos como "cargo público" y "planta de personal", lo que permite concluir que la voz "empleo" que utiliza el artículo 83 es comprensiva del funcionario que se desempeña "a contrata".

iii. El trabajo es una institución amparada por la comunidad jurídica universal en documentos tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, cualquiera sea la modalidad que asuma (v.gr. función pública en un Poder del Estado) le son aplicables principios que ogaño indiscutidamente lo informan, como es el de estabilidad, mismo que el orden jurídico nacional explicita y conforme al cual se regula su término y limita el ámbito de la voluntad unilateral para extinguirlo.

iv. Representa un verdadero axioma del Derecho Laboral, la premisa que tiene por indefinida una relación que supera el año o que, por ser objeto de sucesivas renovaciones, se transforma en indefinida, sin que exista razón legítima para desconocerlo a los empleados del Estado, habida cuenta los mayores deberes que en este orden de materias les impone el derecho internacional y el interno de rango superior³⁰⁶.

La argumentación vertida por la Corte de Apelaciones de Santiago, se sustenta sobre la afirmación siguiente: los funcionarios públicos, cualquiera sea su clasificación, están bajo el amparo no sólo de normas administrativas, sino que, además, se encuentran sujetos al marco protector de los principios laborales como la continuidad y estabilidad en el empleo. Adicionalmente, sostiene que no es dable pensar que el Estado sea, respecto de sus trabajadores, un empleador más inflexible, que no reconozca los derechos y dignidad de los mismos, privándolos de la aplicación y el ejercicio de principios y derechos que imbuyen toda relación laboral y rigen todo vínculo laboral.

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Corte Suprema, en sentencia de 20 de mayo de 2015, que expresa:

“Que, debe concluirse que el Juzgado de Letras del Trabajo es competente para conocer de la demanda de autos, toda vez que el artículo 420,

³⁰⁶ Los argumentos expuestos fueron extraídos de la siguiente jurisprudencia: Consuelo Menéndez Villalobos con Director del Servicio de Salud Metropolitana Central (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 32721-2014 (acción constitucional de protección), considerandos quinto, sexto y séptimo.

letra a) del Código del Trabajo, lo habilita para conocer las ‘cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores, por aplicación de las normas laborales’ y la acción de tutela laboral, ejercitada por un funcionario municipal que denuncia una conducta de su empleador que, a su juicio, afecta sus derechos fundamentales es, precisamente y a la luz de lo preceptuado en el artículo 485 del Código del Trabajo, una de aquellas ‘cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales’, que la referida judicatura está llamada a resolver, conforme a la interpretación de la normativa laboral que aquí se ha venido desarrollando³⁰⁷.

4. Relación laboral sujeta a un estatuto especial y la importancia del bien jurídico protegido

Como último argumento emanado de nuestro análisis de casos, tenemos que aun cuando se rechacen las identificaciones anteriores, en cuanto a la calidad de trabajador, de empleador y del trabajo, subsiste la interrogante relativa a dilucidar si la ausencia de un “contrato de trabajo” implica necesariamente la ausencia de una relación laboral.

³⁰⁷ Cortés con I. Municipalidad de Curicó (2015): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 23333-2014, de 20 de mayo de 2015 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando décimo primero.

Nos parece importante plantear la antecedente distinción, toda vez que sea posible reconocerla, tácita y tímidamente, en los fallos de nuestros tribunales.

Así las cosas, el Juzgado de Letras de Valparaíso, en sentencia de 7 de noviembre de 2013³⁰⁸, supone la certeza de los siguientes dogmas.

Primero, la citada judicatura razona en la medida en que da por establecida una relación laboral que se aleja de las normas de Derecho Privado y que se construye en base a normas de Derecho Público.

Lo anterior no resulta inficioso, por dos principales motivaciones.

En primer término, porque según tuvimos oportunidad de precisar, el contrato de trabajo no puede identificarse, a todo evento, con una relación laboral. A contrario sensu, no toda relación laboral se encuentra formalizada en un contrato de trabajo³⁰⁹.

En segundo término, considerar que, con prescindencia de la existencia de un contrato de trabajo, existe una relación laboral entre la vinculación presente entre la Municipalidad y los funcionarios municipales, se refunde en la admisión de aplicabilidad del procedimiento de tutela respecto de éstos últimos.

³⁰⁸ Peralta con Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (2013): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, ROL T-63-2013, de 7 de noviembre de 2013 (procedimiento de tutela de derechos fundamentales).

³⁰⁹ Véase en el apartado N° 2.3.3 del Capítulo III de la presente Memoria.

Esto porque según prescribe el artículo 1° del Código del Trabajo, las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por dicho cuerpo normativo. Luego, el artículo 485 del Código del ramo, expresa su aplicabilidad respecto “de las cuestiones suscitadas en la relación laboral”.

De lo antes dicho se desprende que el elemento central de la aplicación de las normas del Código del Trabajo y del procedimiento de tutela de derechos fundamentales es la relación laboral y no el contrato de trabajo.

De igual forma resulta imperioso destacar la respuesta que el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso dio a la siguiente interrogante:

¿Puede sostenerse que priman normas de Derecho Público por sobre las de Derecho Privado cuando estas últimas sean tutelares de Derechos Fundamentales y aquéllas no?

Para dar respuesta a la pregunta anterior, es necesario poner en la cima de la pirámide el bien jurídico tutelado, que no es ni el contrato de trabajo ni los elementos de que acreditan la existencia de la relación laboral, sino que los derechos fundamentales del ser humano.

Desde ya, la actuación de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona humana.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. Esto no resulta, en ningún sentido, incompatible con el Estatuto Administrativo, pues los poderes del Estado –y, en particular, respecto de la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios municipales–, están al servicio de la persona humana, con pleno respeto de las garantías que la Constitución establece conforme las bases de nuestra institucionalidad, según prevé el artículo 1° de la Ley Fundamental, siendo Chile una república democrática de acuerdo al artículo 4° del mismo cuerpo normativo, cuyo único límite a la soberanía son los derechos esenciales que consagra la Constitución o los Tratados internacionales suscritos o ratificados por Chile según lo manda el artículo 5° de la Constitución, circunstancia que de inicio basta para rechazar cualquier supuesto de incompatibilidad fundado en la protección de los derechos fundamentales que consagra la Tutela de Derechos del Código del Trabajo.

Desde otra perspectiva, atendida la supremacía constitucional, al tratarse de normas de garantía de derechos fundamentales deben interpretarse bajo la norma “pro civis”³¹⁰, esto es, la exégesis debe estar precedida en materia constitucional, en orden a extender de la forma más amplia posible la protección a los trabajadores-funcionarios, tanto del sector público como el sector privado. De allí que, en caso de que el juez se encuentre ante un conflicto interpretativo

³¹⁰ En este sentido, véase a Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. 2009. Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela. Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 108 p.

o hermenéutico, deberá inclinarse por la alternativa que haga mejor homenaje a la protección de los derechos fundamentales.

En el citado orden de cosas, cualquier judicatura que se vea expuesta al conocimiento y subsecuente resolución de un asunto en donde se ventile la forma mejor de realización de los derechos fundamentales, su decisión debe hallarse precedida de la aplicación del principio “pro-homine”³¹¹, que en materia laboral se desarrolla mediante ciertos principios específicos que tutelan la indemnidad del trabajador³¹².

³¹¹ En este sentido Víctor Prado Villanueva con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior (2014): Corte Suprema, ROL N° 4727-2014, de 19 de mayo de 2014 (acción de reclamación por desconocimiento de la nacionalidad), considerando noveno.

³¹² Los principios del Derecho del Trabajo son:

a) Principio protector. El Estado no pudo mantener la ficción de una igualdad entre las partes del contrato de trabajo, inexistente en los hechos, y procuró compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica que lo favoreciera. El principio de protección es el eje rector de la interpretación recaída tanto en la ley laboral como en el contrato de trabajo, siendo sus más importantes manifestaciones:

i. El principio del *indubio pro operario*, en virtud del cual, el juez, ante dos o más posibles interpretaciones, debe preferir aquella que sea más favorable con el trabajador. En el referido contexto, la doctrina laboralista ha expresado:

“En el contrato de trabajo las cláusulas ambiguas deberán ser interpretarlas según la regla *in dubio pro operario*, así como el reglamento interno de la empresa y el contrato colectivo. [---] No se trata de corregir la norma o de integrarla, sino sólo de determinar su verdadero sentido entre varios posibles. Este criterio debe aplicarse al interpretar tanto la ley, como el contrato individual de trabajo y el reglamento interno de la empresa”. ALONSO GARCÍA, Manuel. 1987. Curso de Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Ariel Derecho, p. 836.

ii. El principio de la norma más favorable que supone la aplicación de la norma más ventajosa para el trabajador, cuando existen dos o más que se encuentren actualmente vigentes y que regulen una misma materia. Materialización de lo anterior es el artículo 311 del Código del Trabajo, que servirá de matriz hermenéutica del juez, en su misión de declarar el verdadero sentido y alcance de un instrumento contractual colectivo de trabajo. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 1998. Introducción al derecho del trabajo. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., p. 140.

iii. El principio de la condición más beneficiosa, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. 1998. Los principios del derecho del trabajo. 3ª edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 108.

De lo anterior se desprende que, sin perjuicio de la facultad del empleador de modificar el contrato de trabajo, según dispone el artículo 12 del Código del Ramo, la jurisprudencia ha precisado que:

“La facultad que se le reconoce al empleador, según se infiere del artículo 12 del Código del Trabajo, es de carácter excepcional, pues constituye una modificación a los principios generales del derecho relativo a que los contratos bilaterales –naturaleza que comparte el contrato de trabajo – no pueden ser modificados unilateralmente por una de las partes; y en atención a su condición de excepcional, esta debe interpretarse en forma restrictiva, pues si bien reconoce el poder de dirección del empresario, éste podrá ejercer esta facultad siempre que respete los derechos de los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo, excluyéndose entonces todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que importen un menoscabo para el trabajador, el cual puede ser tanto desde un punto de vista económico, cuyo caso más característico es la disminución del nivel de ingresos, como también desde un punto de vista social o moral”. Código del Trabajo Interpretado. 2008. Tomo I. 3ª Edición. Santiago, Editorial Punto Lex S.A., p. 47.

b) Principio de irrenunciabilidad de los derechos. El artículo 5º inciso 2º del Código del Trabajo dispone:

“Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

De allí que, aun cuando haya mediado convención entre trabajador y empleador, la interpretación del instrumento contractual bajo subordinación y dependencia que los vincula, debe ser interpretado a la luz de dicha norma. En este orden de ideas, ante la determinación de la naturaleza de un contrato de trabajo, en indefinido o de plazo fijo, la jurisprudencia ha sentenciado:

“Que, en consecuencia, no se han respetado los derechos establecidos por el legislador en favor del trabajador, mínimos que no pueden ser transgredidos, desde que, según se dijo, la vinculación de naturaleza laboral obedece a una reglamentación de orden público, a lo que cabe agregar que, tratándose de cláusulas que han sido redactadas por el empleador, las que aparecen como ambiguas, procede que sean interpretadas en favor del trabajador, entendiéndose, por lo tanto, que se trató de un contrato a plazo fijo que se transformó en indefinido y que, en consecuencia, era improcedente la autorización para despedir al trabajador”. Ingesur Limitada con Navarro Mansilla (2003): Corte Suprema, Sentencia ROL Nº 2.804-03, de 27 de mayo de 2004, considerando décimo.

c) Principio de continuidad laboral. Al respecto, el artículo 4º inciso 2º de la Ley Laboral, expresa:

“Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”.

A propósito de los conflictos de interpretación sometidos a la decisión de la judicatura especializada, los tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse sobre las directrices que motivan su decisión de determinar el alcance de indefinido de un contrato de trabajo, por sobre uno de carácter transitorio. En este orden de ideas, los jueces del fondo han señalado:

“Presentándose tales condiciones, sin duda, concluido el trabajo, fluye como lógica consecuencia el surgimiento de esta causal, la que, además, constituye una situación excepcional al principio de la estabilidad en el empleo, recogido por nuestro ordenamiento jurídico laboral y que se traduce en la preferencia por los contratos de duración indefinida, tendencia que es también una manifestación del principio de la continuidad de la empresa. A ello cabe agregar que, en el caso que se presente válidamente esta forma de terminar un contrato de trabajo, en general, el dependiente carece del derecho a ser indemnizado.

Así, la Corte Suprema ha puntualizado la importancia del referido principio, en los siguientes términos:

“El principio de interpretación pro homine, que se identifica con el propósito que toda aplicación de las normas debe ser efectuada en favor de la persona o pro administrado, de la manera que mejor asegure y garantice la vigencia de los derechos fundamentales”³¹³.

En este orden de consideraciones, los fundamentos que se tuvieron al dictar la Ley N° 20.087 que Sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, de 3 de enero de 2006 y, particularmente la

Que, por otra parte, es dable anotar que, como se dijo, la tendencia en nuestra legislación laboral es a la estabilidad en el empleo, la que se traduce, entre otras manifestaciones, en la regulación de contratos de trabajo de naturaleza indefinida, convención ingénita a dicho sistema de estabilidad y que presupone la permanencia en la vinculación a celebrarse entre empleador y trabajador, excluyendo naturalmente la temporalidad en la prestación de los servicios”. Mazzo Cerna con Buses Gran Santiago S.A (2011): Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-2998- 2010, de 25 de enero de 2011, considerando tercero y cuarto.

d) Principio de supremacía de la realidad. El citado principio, no sólo trasciende al texto del artículo 1.560 de la ley sustantiva, sino que es, incluso, capaz de llevar al juez a convencerse de la existencia de ciertas cláusulas no pactadas, pero existentes en la relación laboral; esto es, las cláusulas tácticas. En el citado sentido la jurisprudencia administrativa ha dictaminado:

“Una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo sino que deben también entenderse como cláusulas incorporadas al respectivo contrato, las que deriven de la reiteración del pago u omisión de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc., que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes durante un lapso prolongado, con anuencia diaria o periódica de las mismas, configurando así un consentimiento tácito entre ellas, el cual, a su vez, determina la existencia de una cláusula tácita, la que debe entenderse como parte integrante del contrato respectivo”. Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 1.984/101, de 28 de marzo de 1995. Resumen Dictamen: Los trabajadores de Grau S.A. Aglomerados de Hormigón deben ser remunerados durante el tiempo que no laboran por las causas que se indica, con el valor del jornal maquinista y parador pactado en el anexo del contrato colectivo de trabajo suscrito el 30.10.92 entre dicha empresa y el Sindicato Nacional de Trabajadores N° 1 constituido en ella.

e) Principio de la buena fe. Del contenido ético jurídico del contrato de trabajo, debe alzarse el principio de la buena fe como un mecanismo ineludible de interpretación de aquel.

³¹³ González Plaza Luis Abraham, Bastías Leiva Luis German, Verdejo Contreras Pedro con Fisco De Chile (2013): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 14-2013, de 16 de octubre de 2013 (recurso de casación en el fondo), considerando décimo cuarto.

acción de Tutela, considera que el nuevo procedimiento es el más democrático y eficaz para la protección de los trabajadores chilenos.

Por tanto, ¿puede la exclusión de aquellos que se desempeñan en el ámbito municipal, en este punto, depender de la postura que se mantenga ante la naturaleza de la vinculación existente entre el funcionario y la Administración? Sin perjuicio de los fundamentos –más o menos certeros– que puedan elaborarse en torno a los tópicos que hemos desarrollado en esta primera parte, lo cierto es que responder de manera afirmativa conlleva una discriminación, en circunstancias que el propio legislador está impedido de ello³¹⁴.

Ahora bien, rechazar la aplicación del procedimiento de tutela en favor de los funcionarios municipales, en base a la *summa divisio* del Derecho, es decir, por estar los trabajadores del sector privado sujeto a normas de Derecho Privado, mientras los funcionarios públicos se rigen por las normas estatutarias de Derecho Público, significa persistir en una empolvada doctrina que, trágicamente, ha dominado nuestra jurisprudencia de décadas en materia de acciones contra el Estado por vulneración de derechos humanos –aunque

³¹⁴ Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

minoritaria en la academia³¹⁵ y contraria a la jurisprudencia internacional³¹⁶ – cual es una incómoda interpretación de la doctrina de la separación de poderes³¹⁷.

En efecto, se sostiene que la Jurisdicción queda acotada en sus poderes frente a la Administración, pues el Juez no puede administrar ni evaluar las decisiones de mérito o de gobierno. Entonces, el Juez sólo podría efectuar pronunciamientos de legalidad o indemnizatorios (v.gr. indemnización por falta de servicio o por error judicial), pero en ningún modo adoptar medidas que deban ser cumplidas por la Administración. Esto porque, según se dice, ello sería administrar, interviniendo en las atribuciones de otro poder del Estado.

Este puritanismo acarrea la inevitable consecuencia –y la historia en materia de garantías fundamentales lo ha demostrado– que la supuesta defensa del Estado se transforma en precisamente lo inverso: los tribunales no

³¹⁵ “La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos respecto de los cuales éste tiene deberes de respeto, protección, promoción o garantía. Debe, asimismo, organizar su estructura y su orden jurídico-político a fin de asegurar su plena realización. Ellos también determinan límites y metas de la acción del poder público. Son, por lo tanto, indisociables del concepto de Estado contemporáneo, al menos en todo cuanto su paradigma es el Estado de Derecho”. NIKKEN, Pedro. 2010. La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Internacional de Derechos Humanos* 52(1): 55-140.

³¹⁶ Véase *Trabajadores Hacienda de Brasil con Brasil* (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 11 de diciembre de 2015.

³¹⁷ “Puede decirse, sin temor de exagerar, que la doctrina de la separación de los Poderes ha sido considerada durante largo tiempo como la base de todo el derecho público moderno y de toda la vida política y administrativa de los países constitucionalmente organizados, desde el siglo XVIII hasta nuestra época”. VARGAS, Moisés. 2010. La antigua teoría de la separación de los poderes y la moderna doctrina de la colaboración de los poderes públicos como fundamento del Derecho Administrativo. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XIV. Doctrinas Esenciales. Derecho Constitucional: p. 118.

podrían condenar al Estado por vulneración de derechos fundamentales, haciendo caer el principio de servicialidad a partir del cual se construye el sistema constitucional nacional³¹⁸.

Así las cosas, la doctrina ha especificado el núcleo axiomático de lo antes afirmado, en los siguientes términos:

“El ejecutivo puede ser el principal agente de conculcación de los derechos de los ciudadanos. Por ello el constitucionalismo moderno establece como uno de sus postulados fundamentales el que es útil para la colectividad y necesario para la garantía de la libertad de cada uno, que la magistratura sea puesta en condiciones de ejercitar su función de manera autónoma e independiente de todo otro poder; en esto radica lo esencial. Y esa autonomía debe buscarse respecto de quien detenta el poder político, con especial consideración del ejecutivo”³¹⁹.

³¹⁸ “[---] la razón de ser del Estado es estar al servicio de la persona humana, dentro de una concepción filosófica que se asienta en el valor del ser humano concreto, y su finalidad es promover el bien común, apuntando a un objetivo social de desarrollo espiritual y material, con todos los supuestos implícitos que esa finalidad conlleva.

La trascendencia que la Constitución Política de la República atribuye a esta razón de ser y finalidad del Estado asume un alto significado en el texto político, como se desprende de su artículo 5º, inciso 2º, precepto en el cual junto con reconocerse que la soberanía es el poder supremo residente en la nación, apto para determinar válidamente los destinos de un pueblo, se lo restringe, se lo circunscribe en un círculo limitativo que le desconoce legitimidad cuando su ejercicio puede afectar la esfera subjetiva de “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2012. La organización administrativa del Estado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 211.

³¹⁹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. 2008. La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (30): p. 196.

Para poder dialogar, con validez, debemos situar la discusión dentro del mismo plano. Nuestro marco actual de discusión (consideración de la aplicabilidad de la tutela laboral en razón de la existencia de una relación laboral sujeta a normas de Derecho Público en lo que éstas prevean), exige hacer prevalecer el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana como pilar del pacto social: los poderes no son absolutos, sino que se controlan entre sí, máxime cuando el que los vulnera es otro poder del Estado³²⁰.

La preferencia de los derechos fundamentales en todo juicio de ponderación entre las facultades de la Administración y de la autoridad edilicia y los derechos humanos del funcionario municipal, no sólo ha patrocinado el juicio del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, sino que ha impregnado las decisiones de los jueces de instancia de la misma ciudad, de la siguiente forma:

“En efecto, los procedimientos de tutela en el ámbito de los trabajadores del sector público superan el análisis de un modelo objetivo de control de legalidad de un acto administrativo y más bien tienden a consolidar el aseguramiento de los derechos de las personas frente a la Administración.

³²⁰ “La deferencia razonada que merece la obra legislativa, precisamente por provenir de los representantes de la soberanía popular y porque constituye una forma concreta de tutelar una adecuada separación de las funciones del Estado, aunque con frenos y contrapesos. Tal deferencia ha sido conceptualizada como aquel principio que ‘consiste en reconocer al órgano responsable de la producción de preceptos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del Bien Común’”. Tribunal Constitucional (2015), ROL N° 2777-2015, de 30 de marzo de 2015 (acción de inconstitucionalidad), considerando décimo segundo.

[---] En este sentido, el juez a quo señaló: ‘...este juzgador tiene por establecido que existen antecedentes suficientes, para al menos estimar a priori que, eventualmente, la I. Municipalidad de Limache ha adoptado conductas en su relación laboral con la demandante que han menoscabado su integridad psíquica y honra profesional, sin la debida justificación y proporcionalidad, y que ellas, de no haber explicación, se constituirán como actos de acoso laboral’ (...) No encontramos de tal forma respuesta racional ni proporcional a los indicios de lesión planteados por la demandante. Es cierto, existe poder de dirección, pero este tiene sus límites, como toda ponderación de derechos fundamentales, y en dicho sentido, tampoco encontramos proporcionalidad en las medidas adoptadas en su contra³²¹.

Los derechos fundamentales son el límite externo de la actuación de todo poder³²². En efecto, cuando un juez ordena a la Administración adoptar medidas para reparar una garantía vulnerada por ella, no está administrando, sino ejerciendo control sobre otro poder que traspasó la frontera dicha, regresándolo al límite establecido en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Política.

Un ejemplo de lo anterior, aparece latente en la causa "Torrealba con Consejo Nacional de la Cultura y las Artes", RIT T-17 del año 2011, del mismo Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, en que la orden de publicar el

³²¹ Del Río con I. Municipalidad de Limache (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, ROL N° 249-2015, de 4 de septiembre de 2015 (recurso de nulidad), considerando séptimo.

³²² Lo que aparece refrendado por lo dispuesto en la Carta Fundamental en los artículos 5 inciso 2°, 6 y 7.

fallo que condenó al servicio por discriminación arbitraria, no es de índole “administrativa”. Los fundamentos que sostienen nuestra premisa radican no sólo en que una resolución judicial, formalmente, no constituye un acto de administración, sino también porque el tribunal no ejerció facultad administrativa alguna.

Simple y llanamente, la citada judicatura evaluó la decisión de mérito del servicio condenado, bajo el prisma de los derechos fundamentales y, detectada su transgresión, dispuso la medida tendiente a hacer que el servicio público se retirara a su cauce natural.

En suma, son las normas laborales privadas las que abren la puerta a la Jurisdicción para evaluar incluso decisiones de mérito o en ejercicio de potestades discrecionales de la Administración pública, como asimismo decretar obligaciones de hacer respecto de ésta cuando se trate de Derechos Fundamentales, lo que resulta concordante con el sistema internacional de Derechos Humanos, aspecto que descarta todo supuesto de incompatibilidad en la materia fundada en que unas normas sean de Derecho privado y las otras de Derecho Público³²³.

³²³ Así lo expresó la jurisprudencia analizada en Peralta con Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (2013), op. cit., considerando séptimo.

PARTE SEGUNDA

5. Ideas preliminares

La presente sección sistematizará la segunda vía argumentativa que hemos seleccionado para avanzar hacia la demostración de nuestra hipótesis. La anterior se sustentó sobre un análisis comparativo y valórico en torno a los derechos fundamentales de los funcionarios públicos y municipales, a partir de los diversos tópicos que la jurisprudencia ha puesto en la palestra.

El actual, dice relación con un examen jurídico performativo, en la medida en que sienta su apoyo en la letra de la ley. Así, a partir de la redacción del artículo 1º, nos proponemos cotejar su materialización en el ámbito municipal (público, en subsidio), con la finalidad de parafrasear los test de subsidiariedad y compatibilidad con la realidad fáctico-normativa.

Asimismo, se contemplará el estudio de las siguientes temáticas:

- i. Mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los funcionarios municipales ajenos al de tutela laboral.

ii. Supuestos de aplicabilidad del procedimiento de tutela del artículo 1° del Código del Trabajo:

ii.i Test de subsidiariedad

ii.ii Test de compatibilidad

Tópicos todos que serán complementados, al igual que en la primera parte del este capítulo, mediante las convicciones jurisprudenciales de nuestros tribunales de justicia.

6. Tutela administrativa de los derechos laborales de los funcionarios municipales

Antes de comenzar el análisis sobre la aplicabilidad del procedimiento de tutela laboral respecto de los funcionarios municipales, es necesario impetrar un estudio relativo a la protección que al efecto ofrece la vía administrativa.

La importancia de indagar acerca de los alcances del recurso de reclamación administrativa, radica en la determinación de la suficiencia del referido medio de protección en cotejo con la tutela conferida por el procedimiento de orden laboral. Lo anterior porque, según veíamos en la parte introductoria del presente estudio, según dispone el inciso 2° del artículo 1° del Código del Trabajo, uno de los presupuestos de aplicabilidad del procedimiento

de tutela respecto de los funcionarios municipales, es que se trate de aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos y que no sean contrarias a estos últimos. Pues bien, si logramos demostrar que el procedimiento de reclamación administrativa no se constituye como un símil del de tutela laboral y que tampoco resulta incompatible, habremos derribado los argumentos de texto en que se basan las doctrinas que excluyen la procedencia de éste último en el ámbito municipal.

Así las cosas, la Ley N° 18.834 establece en su artículo 160, lo siguiente:

“Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto. Para este efecto, los funcionarios tendrán un plazo de diez días hábiles, contado desde que tuvieron conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos el plazo para reclamar será de sesenta días.

Igual derecho tendrán las personas que postulen a un concurso público para ingresar a un cargo en la Administración del Estado, debiendo ejercerlo dentro del plazo de diez días contado en la forma indicada en el inciso anterior.

La Contraloría General de la República deberá resolver el reclamo, previo informe del jefe superior, Secretario Regional Ministerial o Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso. El informe deberá ser emitido dentro de los diez días hábiles siguientes a la solicitud que le formule la Contraloría. Vencido este plazo, con o sin el informe, la Contraloría procederá a resolver el reclamo, para lo cual dispondrá de veinte días hábiles”.

La norma transcrita prevé una acción administrativa que puede ser ejercida por el funcionario municipal que ha visto lesionados los derechos “conferidos” por el propio Estatuto Administrativo, como también por los postulantes a un cargo de la Administración mediante concurso público.

Nuestro punto de partida será el de establecer los lineamientos del recurso de reclamación, a lo cual dedicaremos los siguientes apartados.

6.1 Órgano competente: Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es un órgano autónomo del Estado encargado de velar por la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizar el egreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas

entidades; llevar la contabilidad general de la Nación y desempeñar las demás funciones que le encomiende su ley orgánica constitucional.

En lo que a nuestro estudio respecta, el Estatuto Administrativo le confiere la facultad de resolver el reclamo de ilegalidad que afecta los derechos del funcionario municipal, previo informe del jefe superior, Secretario Regional Ministerial o Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso. Por su parte la Ley N° 10.366, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, en sus artículos 1, 16,17 y 21, preceptúa que el órgano de control de los actos de la Administración, está obligado a fiscalizar y resolver los asuntos referidos a derechos de funcionarios de instituciones públicas.

Entendiendo el proceso jurisdiccional como un medio idóneo para dirimir, imparcialmente, por acto de juicio de autoridad, un conflicto de relevancia jurídica mediante una resolución que, eventualmente, puede adquirir la fuerza de cosa juzgada³²⁴, diremos que el procedimiento de reclamación administrativa de que conoce la Contraloría General de la República, no se condice con las características del proceso, principalmente, porque su resolución carece de la fuerza de cosa juzgada y del poder de coerción.

Refrenda lo anterior lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 8° de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República,

³²⁴ FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO SAN MARTÍN, Erika. 2013. Procedimientos civiles e incidentes. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 1.

que realiza una exclusión expresa respecto de dicho órgano de las facultades jurisdiccionales de que se encuentran investidos los tribunales de justicia³²⁵.

En el mismo sentido, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría, ha enfatizado la imposibilidad de pronunciarse acerca de asuntos sometidos a la decisión del órgano jurisdiccional, mediante sus dictámenes, de entre los cuales cabe destacar el más reciente, de 7 de mayo de 2014, que expresa:

“Al respecto, cabe hacer presente que dicho reclamo fue atendido por este Organismo de Control mediante el dictamen N° 15.714, de 2011, el que concluyó que esta Entidad Fiscalizadora debía abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General, toda vez que sobre la materia se había interpuesto una acción ante el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, causa RIT T-4-2011, RUC 11-4-0007202-9, la que a esa data se encontraba en tramitación.

Ahora bien, y atendido que el citado Juzgado Laboral, con fecha 26 de abril de 2012, dictó sentencia sobre la materia, rechazando la acción interpuesta por el recurrente, esta Entidad Fiscalizadora debe abstenerse nuevamente de dar respuesta al requerimiento formulado, toda vez que en virtud de lo previsto en el anotado inciso tercero del artículo 6° de la ley N°

³²⁵ Artículo 8° inciso 2° de la Ley N° 10.336: “La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa Fiscal, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor”.

10.336, no le corresponde informar ni intervenir en asuntos entregados al conocimiento de los tribunales de justicia, lo que ha ocurrido en la situación planteada en la especie (aplica dictamen N° 23.678, de 2014)³²⁶.

Igualmente resulta importante destacar que el reclamo de ilegalidad no se encuentra investido por las garantías del debido proceso y de la tutela efectiva.

En este orden de ideas, la Convención Americana de Derechos Humanos, consigna en su artículo 25 el derecho a la tutela efectiva, de la siguiente manera:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

³²⁶ Contraloría General de la República, Dictamen N° 31.515, de 7 de mayo de 2014.

Es así como a partir del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del que nuestro país es integrante y a cuyos convenios suscritos y ratificados debe dar cumplimiento por mandato expreso del inciso 2º del artículo 5º de la Carta Política, el derecho de acceso a la justicia efectiva, es un derecho fundamental por sí mismo.

Lo anterior porque no está regulado en el Estatuto Administrativo el derecho al Juez natural, competente, independiente e imparcial respecto de las vulneraciones de derechos de los funcionarios de la Administración en su relación con ésta. Según se desprende de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental, toda persona tiene derecho a un tribunal establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho.

De allí que sea necesario enfatizar que el Estatuto Administrativo no contiene un plexo normativo desde donde sea posible sustentar la existencia y la eficacia del derecho al juez independiente e imparcial en materia administrativa.

La función jurisdiccional se distancia de los poderes que la Constitución y las leyes confieren a la Contraloría, puesto las competencias de ésta no son jurisdiccionales, sino que precisamente, son administrativas. Por tanto, la Contraloría no puede tutelar de manera efectiva los Derechos Fundamentales de los funcionarios municipales, como tampoco puede ordenar adoptar una medida concreta de reparación, más que limitarse a emitir un pronunciamiento

acerca de la legalidad de la actuación de un servicio respecto del cumplimiento de las normas estatutarias.

Lo anterior trasunta al ámbito recursal, en donde pueden distinguirse muy claramente, cuáles son los mecanismos de orden administrativo y de tipo jurisdiccional con que se puede atar un acto o resolución administrativa. Así la Corte Suprema ha expresado:

“Para la impugnación de los actos administrativos, nuestro ordenamiento reconoce los recursos administrativos y los recursos jurisdiccionales. Entre los primeros, está el recurso de reposición y jerárquico, en que la propia Administración revisa la oportunidad y legalidad del acto administrativo; en tanto que es posible identificar los jurisdiccionales con aquellas acciones de ese carácter previstas para impugnar la legalidad de los actos administrativos, acciones que reciben distintas denominaciones dependiendo del cuerpo normativo que las contemple (reclamaciones, recurso, apelación), cuyo conocimiento está entregado a los tribunales ordinarios o especiales establecidos en la ley. Más allá de sus distintas acepciones, las acciones indicadas pueden ser claramente identificadas por el contencioso administrativo especial a que dan origen el que tendrá por objeto controlar la legalidad del acto”³²⁷.

³²⁷ Rubén Cruz Pérez y Otros con Superintendencia Del Medio Ambiente (2014): Corte Suprema, ROL N° 11600-2014, de 30 de diciembre de 2014 (recurso de casación en el fondo), considerando quinto.

En última instancia, la Contraloría General de la República no se encuentra facultada para evaluar los aspectos de mérito de la decisión o acto administrativo, puesto que se trata del uso de potestades discrecionales.

En el citado contexto, el órgano contralor sólo constata si la autoridad administrativa hizo uso de dichos poderes discrecionales, pronunciándose sobre la legalidad de utilizarlos, prescindiendo de calificar una eventual vulneración de derechos fundamentales, porque simplemente no tiene competencia para ello.

Consecuencialmente nos encontramos, dentro del orden normativo, frente al problema de las resoluciones que imponen al Estado obligaciones de hacer, puesto que las decisiones emanadas del órgano contralor, se limitan a declarar la ilegalidad un acto administrativo -por esencia subsanable- y las consecuencias que de ello deriven, pero no a ordenar la adopción de medidas para reparar el derecho lesionado.

Por lo demás, resta señalar que el denominado Procedimiento de Tutela Laboral que regula el Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo es una acción para conocer pretensiones y obtener la tutela efectiva sobre una determinada materia suscitada en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los Derechos Fundamentales de los trabajadores (artículo 485 del Código del Trabajo), sometida al conocimiento de la jurisdicción ante el tribunal competente de acuerdo a reglas de un procedimiento, el de aplicación general (485 y siguientes y en particular artículo

491 del mismo cuerpo normativo), en distancia del procedimiento instruido en el Estatuto Administrativo.

Ciertamente, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha empleado en ciertas ocasiones la voz “jurisdiccional” o alguno de sus derivados para referirse a ciertos procesos administrativos³²⁸.

Sin embargo, queremos insistir en que la Contraloría General se encuentra íntegramente desprovista de funciones jurisdiccionales en el ámbito administrativo –y en cualquier otro–, debido a que es un órgano que forma parte de la Administración del Estado, por lo que carece de imparcialidad. Es así como la doctrina ha expresado la refulgencia de la vulneración del derecho a la tutela efectiva, cuando la ley exige al ciudadano que concurra ante un órgano de la propia Administración para que dirima un contencioso con ella misma³²⁹.

En suma, y a propósito de lo estatuido por los artículos 1º y 6º de la Ley Nº 10.336, interpretados armónicamente con lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley Nº 18.834, revelan que el Contralor no resuelve pretensiones de tutela de Derechos Fundamentales, sino que los pronunciamientos que emite son única y

³²⁸ En este sentido: “Que, en cuanto a la alegación que la sentencia impugnada sería contraria a derecho porque se habría producido el “decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio”, la que fundamenta invocando los fallos que señala, precisando que, “al haber transcurrido un tiempo excesivo entre la evacuación... de los descargos y la notificación del fallo, éste se habría tornado inútil o abiertamente ilegítimo, perdiendo toda eficacia la multa impuesta...”, basta para desestimar dicha pretensión la circunstancia que el negocio sub lite incide en un procedimiento jurisdiccional en sede administrativa donde no son aplicables las normas de derecho administrativo como lo pretende la recurrente, según se infiere de los fundamentos expuestos y de las copias de las sentencias que invoca”. Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. con Subsecretaría de Telecomunicaciones (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, ROL Nº 4703-2010, de 20 de diciembre de 2010 (recurso de apelación), considerando tercero.

³²⁹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2009. Estudio de Justicia Administrativa. Santiago, Editorial Lexis Nexis, p. 147.

exclusivamente para determinar si un órgano se ajustó o no a la legalidad en el cumplimiento del Estatuto Administrativo. La prueba irrefutable de aquello es que, en las denuncias dirigidas a la Contraloría por parte de funcionarios públicos desvinculados por diversos servicios, no se ha evitado ni menos reparado la lesión de los derechos de dichos funcionarios.

6.2 Presupuesto de la reclamación: vicios de legalidad

Veíamos que de la redacción del artículo 160 del Estatuto Administrativo, aparece que el presupuesto normativo que autoriza la reclamación administrativa son los vicios de legalidad que la Administración haya cometido en una actuación determinada.

Esto implica que la Contraloría sólo puede revisar –administrativa y no jurisdiccionalmente– la legalidad del proceder de la Administración del Estado cuando se ven afectados los derechos funcionarios conferidos por el Estatuto Administrativo. En otros términos, la materia objeto del reclamo administrativo se limita a los vicios o defectos de que pueda adolecer un acto administrativo.

Por otra parte, un análisis literal encumbrará nuestro argumento hacia el mismo punto. “Legalidad”, según la Real Academia Española de la Lengua, significa “cualidad de legal”, mientras que la voz “legal” expresa la idea de aquello “prescrito por ley y conforme a ella”.

En suma, los vicios de legalidad que a la Contraloría atañen revisar sólo se circunscriben a la infracción de derechos de rango legal, dentro de los cuales no cabe incluir a los derechos fundamentales de los funcionarios municipales.

A mayor abundamiento, el Estatuto Administrativo o el resto de leyes estatutarias que regulan las relaciones entre los funcionarios municipales y la Municipalidad, no incluyen en sus disposiciones un catálogo de derechos esenciales que trasciendan su calidad de funcionarios públicos y que se dirijan a cautelar la esfera inherente al ser humano.

Con todo, lo antes expresado no significa que no exista entre los derechos funcionarios y los derechos fundamentales una relación, más o menos directa, en la medida en que los primeros sean consecuencia de los segundos. Así, según tuvimos oportunidad de precisar en el capítulo anterior, los funcionarios municipales gozan de derechos relacionados con la carrera funcionaria como el derecho al ascenso, a la estabilidad del cargo, entre otros y aquellos vinculados con el orden económico, social y de seguridad social.

Respecto de esta materia, ha de señalarse que el derecho a la estabilidad del cargo³³⁰ es, sin lugar a dudas, el fundamento de las acciones tendientes a obtener la tutela laboral del procedimiento contemplado en el

³³⁰ Artículo 87 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales: “Todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo y a ascender en el respectivo escalafón; participar en los concursos; hacer uso de feriados, permisos y licencias; recibir asistencia en caso de accidente en actos de servicio o de enfermedad contraída a consecuencia del desempeño de sus funciones, y a participar en las acciones de capacitación, de conformidad con las normas del presente Estatuto.

Asimismo, tendrá derecho a gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemplen los sistemas de previsión y bienestar social en conformidad a la ley de protección a la maternidad, de acuerdo a las disposiciones del Título II, del Libro II, del Código del Trabajo”.

Código del Trabajo, como también el derecho que más íntima relación encuentra con el derecho a la libertad de trabajo contemplado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República.

6.3 Afectación de derechos conferidos por el Estatuto Administrativo

Es posible observar cómo el recurso de reclamación administrativa se queda a medio andar en la misión de tutelar los derechos de los funcionarios municipales, toda vez que los derechos fundamentales protegidos por el procedimiento de tutela laboral no son “conferidos” ni por la Carta Política ni por norma positiva alguna.

Para efectos de nuestro estudio, consideraremos los derechos funcionarios como el conjunto de prerrogativas que tienen los funcionarios públicos en su calidad de tal, dentro de las cuales convergen ciertos derechos de índole –indiscutiblemente– laboral o estatutaria y otros que, no tienen en vista la función o cargo del titular, sino que son inherentes al ser humano, es decir, los derechos fundamentales.

Pues bien, la afirmación relativa a la insuficiencia del procedimiento de reclamación administrativa como mecanismo idóneo en la protección de los derechos de los funcionarios municipales, en este punto posee una doble certeza.

Primero, porque el procedimiento de tutela laboral tiene por objeto amparar derechos laborales inespecíficos, es decir, aquellos inherentes a la persona del trabajador o del funcionario municipal, en nuestro caso, por lo que mal podría sostenerse que los derechos de índole laboral o estatutaria de los funcionarios municipales se condicen con aquellos insertos dentro del fenómeno de la ciudadanía laboral; es decir, aquellos concedidos al trabajador en su calidad de ciudadano, que ha tocado al Derecho del Trabajo garantizar al interior de las empresas.

Insistimos en que los derechos fundamentales, dentro de sus manifestaciones o ramificaciones, contienen a los derechos estatutarios (contenidos en el Título IV del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales) y no a la inversa.

Segundo, el procedimiento de reclamación administrativa no resiste la protección de derechos fundamentales de los funcionarios municipales –no conferidos, tan sólo reconocidos por el Código Político–, dado que éstos actúan como una manifestación natural del ser humano, en donde el Derecho positivo sólo participa dentro del ámbito de sus limitaciones –autorizadas constitucionalmente– y dentro del ámbito de los procedimientos reaccionales de

tutela, en cuya virtud el ordenamiento jurídico reacciona frente a las perturbaciones, privaciones o amenazas a estos derechos esenciales³³¹.

6.4 Triunfo de la vía jurisdiccional en voz de la jurisprudencia

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la idoneidad de la vía administrativa en la tutela de derechos de los funcionarios públicos y municipales. A través de un análisis de sentencias, es posible advertir que los tribunales de justicia, en general, se han inclinado por considerar insuficiente el resguardo ofrecido por el procedimiento administrativo respecto de los derechos de los agentes del Estado. Sin embargo, también existen pronunciamientos en donde los tribunales han optado por hacer triunfar la excepción de incompetencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Con la finalidad de refrendar lo anterior hemos escogido una muestra capaz de evidenciar el fenómeno antes anotado.

a) La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia de 26 de marzo de 2015, rechazó el recurso de nulidad deducido por el Fisco de Chile, en representación de la condenada por vulneración del derecho a la integridad psíquica del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, esto es,

³³¹ Véase en el acápite 2.3 del Capítulo I del presente estudio.

la Subsecretaría de Prevención del Delito, estimando que aún los funcionarios a contrata son trabajadores del Estado, ergo, son titulares de la acción de tutela laboral. En este sentido, señaló:

“El estatuto que refiere el recurrente es el Administrativo, y al efecto invoca los artículos 3 c) y 10 de dicho cuerpo legal, el primero define el ‘empleo a contrata’, calidad en la que trabajaba el demandante y el segundo, sobre la terminación de los ‘empleos a contrata’ y condiciones que deben reunir; esta calidad del trabajador no impide que reclame de tutela por la vulneración de la garantía fundamental prevista en el inciso primero del número 1 del artículo 19 de la Constitución Política que dispone textualmente que ‘la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona’, situación que no está protegida en el Estatuto Administrativo, a través de un sumario administrativo, como lo sostiene el recurrente en el Estatuto no se contemplan disposiciones que protejan garantías fundamentales como lo hace el procedimiento de tutela laboral; en consecuencia, no ha existido infracción de las disposiciones legales que han sido materia de esta causal;

Por lo tanto, el Tribunal del Trabajo es competente para conocer en esta causa, por tratarse en esencia de la violación de una garantía fundamental del

demandante contempladas en el artículo 485 del Código del Trabajo, siendo aplicable el artículo 420, letra a) del referido Código”³³².

b) El Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, se declaró competente para conocer de la tutela laboral deducida por tres ingenieros en contra del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) por vulneración de derechos fundamentales, incluyendo en su argumentación la asimilación del “despido”, institución de índole laboral, con el acto administrativo que hace cesar las funciones del empleado público, declarando:

“Que lo que se pretende a través de la aplicación del procedimiento de tutela laboral a los empleados públicos, es la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito del desempeño de sus funciones y en caso alguno, modificar u obviar el estatuto que rige a los funcionarios públicos, otorgando un estándar de respeto de los derechos fundamentales, no asimilando la relación estatutaria a una de carácter laboral.

Que de la manera en que se ha razonado no resulta procedente privar a los empleados públicos de una acción cautelar de sus derechos fundamentales, teniendo en consideración que sus estatutos no prevé un procedimiento eficaz en la protección de los derechos del empleado fiscal en el desempeño de sus funciones, y especialmente, siguiendo lo resuelto por la Excelentísima Corte

³³² Ramírez con Subsecretaría de Prevención del Delito (2015): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, ROL N° 7-2015, de 26 de marzo de 2015 (recurso de nulidad), considerando tercero.

Suprema en recurso de nulidad N° 10.972-2013, ‘particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de la relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo un éste un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador’³³³.

El tribunal sentenció que limitar a los funcionarios públicos a utilizar la vía administrativa en resguardo de sus derechos, significa que el funcionario no tiene acceso a la jurisdicción, sino sólo a la revisión administrativa del órgano contralor, cuestión esencial que hace que ambos procedimientos no resulten homologables, adicionando que la Administración del Estado no es ajena al compromiso de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados, lo que conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible, en los hechos, el ejercicio de tales derechos³³⁴.

c) La misma judicatura referida en la letra anterior, en procedimiento de tutela promovido por una profesora en calidad de contrata, en contra del Ministerio de Educación durante el 2015, por habersele desvinculado en razón de la presentación sucesiva de licencias médicas, determinó cuál es, a su juicio,

³³³ Valdivieso y Otros con SAG (2014): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL T-314-2014, de 8 de septiembre de 2014 (procedimiento de tutela laboral), considerando décimo.

³³⁴ *Ibidem*.

el mecanismo procesal apto para salvaguardar los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, alejándose de su antigua doctrina.

En la especie, la denunciante señaló que en “[---] el ámbito de los derechos sociales de naturaleza laboral, a no dudarlo, este recurso en el ordenamiento es la Tutela de Derechos Fundamentales”.

Expresó que el procedimiento administrativo no alcanza el estándar exigido para tutelar efectivamente Derechos Fundamentales de los “trabajadores del Estado”. Luego agregó:

“Baste la sola lectura del art. 486 del Código del Trabajo y del art. 160 del Estatuto Administrativo para advertir que se interponen ante órganos con poderes jurídicos distintos, que en uno la pretensión lo es para obtener la tutela efectiva de un derecho y en el otro no más que un mero pronunciamiento de legalidad. Aquélla es una acción que coloca a la jurisdicción a conocer sobre pretensiones de tutela efectiva de Derechos Fundamentales, contenidas en la demanda, resolverlas efectivamente, y ejecutar lo juzgado con lo que otorga eficacia a la acción. El reclamo administrativo del art. 160 del citado Estatuto Administrativo, es una petición de la naturaleza del art. 19 N° 14 de la Ley Fundamental, pues la Contraloría no resuelve pretensiones de tutela de Derechos Fundamentales, sino que determina si los órganos del Estado actúan

o no de conformidad al principio de legalidad en sus actos, sólo esta es la facultad decisoria del Contralor”³³⁵.

En el caso *sublite*, finalmente el tribunal se declaró incompetente para conocer de la tutela interpuesta, basándose en un mal argumento de texto, en razón del derecho que la denunciante consideró lesionado, esto es, la discriminación arbitraria en materia laboral a la cual alude el artículo 485 del Código del Trabajo. Pues bien, la citada judicatura trajo a colación lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 17 del Estatuto Administrativo, que señala:

“Prohíbese todo acto de discriminación que se traduzca en exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo”.

A partir de dicha norma, el tribunal consideró que existía en el Estatuto Administrativo, una referencia expresa al derecho que se estimaba conculcado y, además, un procedimiento administrativo para reclamar de los eventuales incumplimientos a la obligación de no discriminar, encargada a los órganos del Estado.

³³⁵ María Lyliana Estai Ibarra con Ministerio de Educación (2015): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL T-181-2015, de 15 de junio de 2015 (procedimiento de tutela laboral), considerando primero.

Decimos que el anterior es un mal argumento de texto, toda vez que la habilitación del artículo 1º del Código del Trabajo en la que se centra nuestra hipótesis y que hace aplicable el procedimiento de tutela a los funcionarios municipales, esto es, que se trate de materias no contempladas en las normas estatutarias y que se trate de cuestiones incompatibles, no se trata de los derechos tutelados.

Otra vez, una afirmación contraria no resiste. Los derechos fundamentales son connaturales al funcionario municipal, en su calidad de ser humano³³⁶, y en nada se ve afectada su titularidad al ingresar a la Administración. Lo que debió haber cotejado el tribunal en el juicio de “subsidiariedad” y de “compatibilidad” es el procedimiento destinado a dar protección al derecho lesionado³³⁷.

d) El 27 de agosto de 2015, la Sala Constitucional de la Corte Suprema, confirmó la sentencia apelada, a propósito de la acción de protección interpuesta por un funcionario municipal en contra de la I. Municipalidad de

³³⁶ VEGA RUIZ, María Luz y MARTÍNEZ, Daniel. 2002. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su valor, su viabilidad, su incidencia y su importancia como elementos de progreso económica y de justicia social. Documento de Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo: 1-44.

³³⁷ “Como consecuencia de lo anterior, a juicio del tribunal, la normativa aplicable a la actora regula a cabalidad los asuntos sobre los que versa la controversia, y por ende, no es aplicable el Código del Trabajo en este caso, y en particular, la contra excepción del inciso tercero del artículo 1º, y en consecuencia, tampoco el procedimiento de tutela laboral contemplado en sus artículos 485 y siguientes. Al respecto, el artículo 486 señala que cualquier trabajador podrá recurrir de tutela laboral si considera “lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral” y estando la relación jurídica de la actora sujeta a su estatuto propio, y no a la jurisdicción laboral, y estando regulado expresamente el asunto controvertido en su estatuto, no es procedente la aplicación de dicha normativa, pues ella escapa a la jurisdicción laboral”, op. cit. considerando octavo.

Chol-Chol. Empero, creemos que la decisión de la Corte se vio influenciada por el derecho particular cuya vulneración se denunció: el derecho a las remuneraciones.

Nuestro máximo tribunal declaró:

“Que conforme a lo expuesto, existiendo en el ordenamiento jurídico nacional un procedimiento de reclamo ante el órgano administrativo respectivo para el caso en que se hubiere producido un vicio de legalidad que afecte los derechos funcionarios, resulta evidente que la presente no es una materia que corresponda ser dilucidada por medio de la presente acción cautelar, ya que ésta no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por ende en situación de ser amparados”³³⁸.

Estimamos que tuvo importancia en el caso de marras, el derecho objeto de la acción de protección, toda vez que no se trata de un derecho fundamental del que el Estatuto Administrativo no haya dado respuesta tutelar, sino que, por el contrario, se trata de un derecho funcionario, estatutario y laboral que, por cierto, sí se encuentra cautelado por el Estatuto Administrativo y por el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

³³⁸ María Picunche Calfiqueo con I. Municipalidad de Chol-Chol (2015): Corte Suprema, ROL N° 7345-2015, de 27 de agosto de 2015 (apelación en acción de protección), considerando cuarto.

e) El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia de 2014, también rechazó la tutela intentada por un ingeniero en prevención de riesgos en contra del Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN). Con todo, la negativa a acoger la acción tutelar no se basó ni en la falta de competencia de los tribunales laborales para resolver el conflicto ni en la idoneidad del procedimiento administrativo para hacer prevalecer los derechos de los funcionarios públicos, ergo, de los funcionarios municipales, sino que, simple y llanamente, se basó en una cuestión de déficit del estándar probatorio. Así, la citada judicatura señaló:

“Que por todo lo expuesto en los motivos que anteceden, no habiéndose demostrado indiciariamente, como lo exige la acción de tutela de garantías fundamentales, que la denunciada haya incurrido en vulneraciones a las garantías que invoca la actora al momento de comunicarse su desvinculación, deberá rechazarse su demanda en forma íntegra”³³⁹.

Una interpretación pulcra del considerando anterior implica que el tribunal laboral se consideró competente para conocer del asunto, pero el presupuesto basal de la acción de tutela no se justificó en la especie, es decir, la vulneración de un derecho fundamental.

³³⁹ Valdés con SERNAGEOMIN (2014): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL T-397-2014, de 28 de octubre de 2014 (procedimiento de tutela laboral), considerando décimo cuarto.

f) Hemos reservado el comentario al razonamiento incoado por el Juez de Letras del Trabajo de Castro, dentro del procedimiento iniciado por la Inspección del Trabajo de Quellón a propósito de la denuncia de prácticas antisindicales llevadas a cabo por la Corporación Municipal de Educación y Atención al Menor en contra de un funcionario municipal.

En tal sentido, el tribunal condenó a la entidad municipal. Identificamos en el razonamiento de la judicatura, dos líneas argumentales esenciales.

En primer término, el Juzgado de Letras del Trabajo de Castro, estimó que, frente a los descargos de la contraria en torno al incumplimiento del test de incompatibilidad entre aquello que dispone la normativa laboral y las leyes administrativas especiales, debe estarse a la consideración de la lesión de la libertad sindical, en vez de centrar esfuerzos en determinar si los tribunales laborales son competentes para conocer de los asuntos derivados de las denuncias por prácticas sindicales. En tal sentido declaró:

“Por otro lado, el artículo 420 del Código del Trabajo establece que le corresponderá a los Tribunales del Trabajo el conocimiento de las ‘...las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical...’ que la ley entrega a estos Tribunales.

A su vez el artículo 289 de Código del Trabajo detalla, al igual que el artículo 290 del Código del Trabajo y siguientes que lo que se protege es la “libertad sindical”, no una persona o grupo de personas específicas”³⁴⁰.

Lo anterior conlleva un razonamiento que excede a lo meramente formal, cual es que la protección de los derechos fundamentales es una consideración que debe preceder a otras razones, especialmente funcionales, sobre la competencia del órgano jurisdiccional. No queremos significar que, con pretexto de tutelar derechos fundamentales se soslayan las formalidades legales establecidas para uno u otro procedimiento, sino que, cuando un existe un procedimiento especial e idóneo en la salvaguardia de los bienes jurídicos supremos consagrados en nuestra Carta Fundamental dentro del marco de una prestación de servicios bajo subordinación y dependencia –reforzada–, del cual no se encuentran excluidos los funcionarios municipales, debe estarse al fin tutelar más que a la calificación de las personas vulneradas en sus derechos fundamentales.

En segundo término, la sentencia citada expone un argumento de “armonización” entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, de la siguiente manera: entre lo que respecta, a lo que dice que

³⁴⁰ Inspección del Trabajo de Quellón con Corporación Municipal de Educación y Atención al Menor (2013): Juzgado de Letras del Trabajo de Castro, ROL S-2-2013, de 10 de diciembre de 2013 (procedimiento por práctica antisindical), considerando noveno.

“Que el derecho administrativo y el derecho laboral no son compartimentos estancos, son parte de un ordenamiento jurídico que tiene una pretensión regulatoria de todos los ámbitos del quehacer humano, en especial si se trata de situaciones conocidas por previsibles. El trabajo intelectual radica en su entendimiento armonioso. Tampoco hay una preeminencia de un estatuto sobre el otro. Lo único que es superior a ambos es el texto constitucional que en su artículo 1 reconoce como orientación la protección de los grupos intermedios y su fomento, lo que lleva necesariamente a entender que si la ley 19.296 no estableció sanciones especiales para la protección de las asociaciones sindicales es porque, en definitiva, ellas ya existían en la legislación laboral de base”³⁴¹.

Nada más acertado que el lineamiento sustentado por el tribunal de instancia referido a partir de las siguientes premisas:

i. Las colisiones aparentes de normativa laboral y administrativa deben ser solucionadas a la luz de una interpretación armónica que haga primar el bien jurídico vulnerado y cuya protección tuvo por objeto el legislador, cualquiera sea las ramas jurídicas de las que se trate.

ii. Luego, ante la admisión inequívoca de que ninguna de las ramas es superior o predominante por sobre la otra, forzoso es concluir que aquello que no se le permite a los particulares no puede ser admisible en el accionar del

³⁴¹ Op. cit. considerando vigésimo.

Estado, cuando de lesión de derechos fundamentales o laborales se trata. Ergo, las sanciones previstas en la ley laboral resultan aplicables al órgano municipal cuando rigen los supuestos previstos en el artículo 1º, esto es, el juicio de compatibilidad y el de subsidiariedad, en la medida en que se logre acreditar el supuesto fáctico que hace aplicable el procedimiento de tutela laboral, cual es la vulneración de los derechos consagrados en el artículo 485 del Código del Trabajo.

7. Vía jurisdiccional laboral y acción constitucional de protección

Habiendo descartado la idoneidad de la vía administrativa en la misión de tutelar de los derechos fundamentales de los funcionarios municipales, nos restar comparar la suficiencia de la acción de protección para cumplir dicho cometido y, a la vez, analizar su compatibilidad mutua.

El artículo 20 de la Constitución Política de la República establece:

“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 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su

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

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

Por su parte, el inciso final del artículo 485 del Código del Trabajo, ante la interposición de la acción de protección hace incompatible la de tutela³⁴².

Alguna jurisprudencia ha considerado que lo anterior deja de manifiesto que ambas vías procesales representan el mismo margen de protección, puesto que la interposición de una impide accionar por la otra. Asimismo, para quienes se desempeñan como funcionarios municipales, importaría una disposición permanente de la acción de protección prevista en la Constitución Política de la República, que sí es de aplicación general³⁴³.

³⁴² Artículo 485 inciso final del Código del Trabajo: “Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.

³⁴³ En este sentido Andrade con Ministerio Público (2014): Corte Suprema, ROL N° 5967-2013, de 5 de marzo de 2014 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando décimo primero.

Sin embargo, creemos que la acción de protección no extiende sus brazos tutelares hacia todo el radio presupuesto en la acción de tutela laboral. Nuestros fundamentos son los que siguen.

a) Principios que rigen el procedimiento. La acción constitucional en comento se interpone ante la Corte de Apelaciones respectiva³⁴⁴. De esto se desprenden múltiples consecuencias.

Primero, la tutela de derechos fundamentales no la conocen jueces especializados en el ámbito laboral.

Segundo, el procedimiento en el cual se desenvuelve la acción protectora se aleja de la aplicación de ciertos principios. Desde esta perspectiva, el tribunal de alzada conoce de la acción de protección sin estar sujeto a los principios formativos del procedimiento laboral, según dispone el artículo 425 del Código del Trabajo³⁴⁵. Enseguida, tampoco se encuentra empapado de los principios fundamentales de la rama objeto de nuestro estudio.

³⁴⁴ PFFEFER URQUIAGA, Emilio. 2006. El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile. Revista Estudios Constitucionales (2): 87-107.

³⁴⁵ Artículo 425 del Código del Trabajo: "Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley.

Las actuaciones realizadas oralmente, por o ante el juez de la causa, serán registradas por cualquier medio apto para producir fe y que permita garantizar la fidelidad, conservación y reproducción de su contenido.

Se considerarán válidos, para estos efectos, la grabación en medios de reproducción fonográfica, audiovisual o electrónica. La audiencia deberá ser registrada íntegramente, como asimismo todas las resoluciones, incluyendo la sentencia que dicte el juez fuera de ella".

En este orden de ideas, con gran elocuencia, el profesor Sergio Gamonal, sostiene que los grandes principios del Derecho del Trabajo, son el de protección al trabajador³⁴⁶; el de irrenunciabilidad de los derechos laborales³⁴⁷; el de continuidad³⁴⁸ y el de primacía de la realidad³⁴⁹. Agrega que

³⁴⁶ En este sentido véase en el siguiente considerando de un fallo de la Corte Suprema: “[---] también se incumplió un conjunto de principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, siendo el principal, el conocido como “principio protector”, que en materia de interpretación se manifiesta en el “in dubio pro operario”, que señala que en el caso que un enunciado normativo admita dos o más sentidos, el juez deberá escoger aquel más favorable al trabajador. Del referido principio se derivan otros, entre los que se encuentra el de la “norma más favorable”, que señala que ante la concurrencia de normas actualmente vigentes sobre una misma materia el juez debe aplicar aquella que resulte más favorable al trabajador”. Millán Chaucano con Ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago (2013): Corte Suprema, ROL N° 6970-2013, de 13 de noviembre de 2013 (recurso de queja), considerando primero.

³⁴⁷ Otro de los elementos hermenéuticos que se derivan de la regla madre proteccionista del Derecho del Trabajo, es el de la norma más favorable al trabajador. Así las cosas, es importante destacar la estrecha vinculación existente entre el citado mecanismo, la regla de la irrenunciabilidad de los derechos y el principio de la realidad, por una parte, y la relación inherente que la judicatura ha reconocido entre este último y el principio de continuidad, por la otra. Primero, porque la norma más favorable; sub principio del principio protector, obliga al juez en aquellos casos en que pudiesen existir dos o más normas aplicables a un caso concreto, a inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador. De donde se desprende, la obligación de hacer primar el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, reconocido en el artículo 5 del Código del Trabajo, por sobre el principio de la autonomía de la voluntad, reconocido en el artículo 1545 del Código Civil .

³⁴⁸ “Uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo es el de la continuidad de la relación laboral, que se manifiesta, entre otras nociones, en que en presencia de una sucesión de contratos de duración determinada debe tenderse a concluir que se trata de un contrato de duración indeterminada, principio que aparece recogido en algunas de las situaciones contempladas en el artículo 159, N° 4, del Código del Trabajo. No es admisible que la estabilidad en el empleo pueda dejar de ser respetada, mediante las aludidas figuras de celebraciones sucesivas de contratos y finiquitos, pues sin perjuicio de la aparición y proliferación de formas atípicas de prestación de servicios, contratos de corta duración para obras o servicios determinados, etc., en las situaciones normales de los contratos de trabajo debe configurarse la estabilidad, que es consubstancial con el carácter indefinido de dichos contratos y que responde al carácter protector del Derecho del Trabajo. En el caso sub lite, situación de un docente, la ponderación y análisis del alcance genuino de los contratos suscritos por las partes, en los meses de marzo y finiquitados los días 30 ó 31 de diciembre de cada año, permiten concluir que lo que verdaderamente se convino fue una suspensión de la relación laboral, lo que supone la mantención del vínculo contractual, con toda la secuela de consecuencias que ello implica. Además, esta suspensión, en los hechos, coincide, en cuanto a su duración, con el período que la demandada, entidad educacional, no imparte tal docencia. Por otra parte, el relevante principio de la realidad, que rige en el Derecho Laboral, viene también en apoyo de estas conclusiones, pues de acuerdo con tal principio en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, ya que si bien la documentación puede reflejar la verdad puede

los citados principios cumplen tres funciones, cuales son la de orientar al órgano jurisdiccional en la interpretación del Derecho Laboral, la de integrar el Derecho del Trabajo y la de informar al legislador en el establecimiento de nuevas normas jurídicas³⁵⁰.

Si bien es cierto, el antecedente argumento pudiera impugnarse sosteniendo que los principios basales del Derecho del Trabajo deben ser aplicados siempre que se resuelva un asunto que envuelva un conflicto laboral, lo cierto es que la “no-especialidad” de la judicatura mucho influye en la gradación de su interpelación hermenéutica para con los principios laborales.

La necesidad de que los conflictos derivados de las relaciones laborales, ergo, de subordinación y dependencia, deban ser ventilados ante judicaturas especializadas, ha sido puntualizada por la dogmática jurídica señalando que los tribunales del trabajo cumplen un doble objetivo. Es decir, propugnan la resolución de dichos conflictos con mayor celeridad y aseguran el otorgamiento de una justicia más eficaz, en la medida en que se trata de jueces con

también fingirla u ocultarla, con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales. Es útil señalar que el presente caso no se conforma, aparentemente, con ninguna de las tres situaciones contempladas en el N° 4 del artículo 159 del Código del Trabajo, en que el legislador presume la transformación de un contrato a plazo en indefinido. Con todo, habiendo admitido, por lo anteriormente expresado, que los aparentes finiquitos, en definitiva, daban cuenta de una verdadera suspensión de la relación laboral y no de su terminación, ello conduce necesariamente a estimar que el contrato celebrado por las partes adquirió el carácter de indefinido, a partir del suscrito en el año 1997, pues cabe entender que fue equivalente a la segunda renovación de un contrato a plazo fijo, en razón de lo dispuesto en la parte final del N° 4 del artículo 159, citado”. Díaz Cruz con Fundación Duoc (2002): Corte Suprema, ROL N° 854-2002, de 18 de junio de 2002 (recurso de casación en el fondo), considerando séptimo.

³⁴⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2014. Fundamentos de Derecho Laboral, op. cit. p. 151.

³⁵⁰ Op. cit. p. 150.

conocimiento específico y que aprecian la prueba conforme al sistema de la sana crítica³⁵¹.

A lo anterior se suma la procedencia de ciertas instituciones en sede laboral de que la acción constitucional de protección no conoce, como es el alivio probatorio de los indicios del artículo 493 del Código del Trabajo³⁵², que prevé:

“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”.

A mayor abundamiento, la creación de judicaturas especializadas fue uno de los pilares de la *ratio legis* prevista en la reforma laboral del 2005, en torno a la cual el legislador incluso tuvo la intención de crear tribunales especializados de segunda instancia³⁵³.

Así también lo han entendido nuestros tribunales de justicia:

³⁵¹ HUMERES NOGUER, Héctor. 2009. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 382.

³⁵² Véase en CABRERA MELLA, Patricio. 2012. Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela Laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial. Revista de Derecho (39): 1-22.

³⁵³ BCN. s/f. Historia de la Ley N° 20.022 que Crea los Juzgados Laborales y Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional en las comunas que indica [en línea] <file:///C:/Users/Downloads/hl20022.pdf> [consulta: 3 octubre 2015].

“Así lo han resuelto reiteradamente Tribunales especializados del Trabajo y Superiores de Justicia, resolviendo que necesario es consignar como cuestión relevante que el procedimiento de tutela laboral está diseñado precisamente para que un juez de instancia, un juez de letras especializado en materia laboral, haga una interpretación y por ende aplicación directa de la Constitución Política de la República, al resolver un conflicto de relevancia jurídica. Esta facultad, con todo, queda circunscrita al ámbito laboral, es decir, a las cuestiones que por expresa disposición legal se preceptúan en el artículo 485 del Código del Trabajo, y asimismo, delimita su procedencia en cuanto los derechos fundamentales de los trabajadores resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. La misma idea recoge el artículo 489, relativo a la infracción de esos derechos con ocasión del despido, es decir, la interpretación armónica de dichas normas lleva a la conclusión que en definitiva se protege las garantías constitucionales del trabajador frente a la actividad del empleador”³⁵⁴.

b) Luego, la acción de protección no satisface la necesidad de que el conocimiento del asunto esté encomendado en un juez de fondo; requerimiento

³⁵⁴ Molina con Schulze y Cía. Ltda. (2013): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, ROL T-180-2013 (procedimiento de tutela laboral), considerando segundo.

que sí satisface la tutela de derechos fundamentales en sede laboral, a partir de la cual se pueden utilizar distintas vías para reparar el mal causado³⁵⁵.

En efecto, el artículo 495 del Código del Trabajo consagra una tutela inhibitoria (produciendo el cese inmediato de las conductas bajo apercibimiento de multa, pudiendo repetirse dicha medida hasta obtener el cumplimiento), una tutela restitutoria (debiendo velar el juez para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada), y una tutela resarcitoria, debiendo indicar el juez concretamente las medidas a que se encuentra obligado el infractor, destinadas a obtener la reparación de las consecuencias de las conductas vulneradoras, comprendidas las indemnizaciones que procedan, punto que es interesante, pues dentro de estas se comprendería la indemnización por daño moral.

c) Del análisis del artículo 1º del Código del Trabajo, es posible deducir la siguiente premisa: no es posible que la acción de protección sea el mecanismo procesal con que cuentan los funcionarios municipales para obtener el resguardo de sus derechos fundamentales, ya que no se encuentra contenido en las normas estatutarias que les son aplicables. Así, cuando el legislador expresa “[---] los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o

³⁵⁵ En este sentido véase a PICART, Sylvia. 2014. Tutela de Derechos Fundamentales de los trabajadores del Estado en Chile. ¿Es necesario un reconocimiento normativo expreso? Revista Estudios Jurídicos, Democracia y Justicia (3): 52-76.

materias no regulados en sus respectivos estatutos [---]”, estaría significando simple y llanamente que, si los funcionarios municipales no cuentan con una acción y un procedimiento que tutele los derechos fundamentales que resulten vulnerados en su relación con el Estado, debe aplicarse el Código del Trabajo. De perogrullo resulta que la acción de protección no constituye una acción específica para la tutela de derechos de los funcionarios públicos en su relación con el servicio público del que dependen, lo que desde ya es suficiente para descartarla, sin perjuicio que se trata de una acción extraordinaria.

d) La acción que el orden jurídico ponga a disposición de los funcionarios municipales debe cumplir con el estándar de efectividad de la tutela judicial. Dicha efectividad obedece a dos requerimientos particulares, uno normativo y el otro empírico.

i. La efectividad normativa dice relación con la idoneidad del recurso para determinar si se ha incurrido o no en un quebrantamiento de derechos fundamentales y para dar resultado o respuesta a dichas vulneraciones.

La Corte Interamericana ha analizado este tema ya desde sus primeros pronunciamientos al referirse a las acciones procesales y al sistema recursal, precisando:

“Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica

infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.

[---] Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”³⁵⁶.

Pues bien, aun cuando sea acogida la acción de protección promovida por un funcionario municipal en contra de la Municipalidad respectiva por haber vulnerado sus derechos fundamentales con ocasión del vínculo que ambos mantienen entre sí, la adopción de medidas para reparar el derecho lesionado no es una materia regulada en el Código Político ni en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, de 27 de junio de 1992, dejando abierta la puerta al margen de interpretación exclusivamente administrativa; asunto superado de cara a las facultades expresas que confiere el artículo 495 del Código del Trabajo al juez del trabajo, en lo que a obligaciones de hacer respecta.

³⁵⁶ Fairén Garbí y Solís Corrales con Honduras (1984): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 16-84, de 4 de octubre de 1984 (responsabilidad internacional del Estado hondureño por la desaparición de Francisco Fairén Garbí y Yolanda Solís Corrales), p. 88 y p. 91.

ii. Por otra parte, desde la perspectiva empírica, cabe señalar que el conjunto de soluciones políticas e institucionales deben crear y mantener las condiciones necesarias para que un recurso sea capaz de cumplir con el objeto para el cual fue concebido.

A contrario sensu, un recurso se torna ineficaz, programático o ilusorio cuando de su aplicación no resulta el cumplimiento del objetivo propuesto a partir de su introducción normativa³⁵⁷.

La ineficacia toma bandera en aras de la acción de protección cuando de salvaguardia de derechos fundamentales de los funcionarios municipales se trata, toda vez que la vulneración de que se reclama proviene del mismo servicio municipal. Así las cosas, la uniforme jurisprudencia en la materia ha demostrado que las resoluciones de los tribunales superiores de justicia, se limitan al mero examen de legalidad administrativa.

Ejemplo de lo anterior es la resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 2013, que rechazó la acción de protección interpuesta por una funcionaria municipal que obtuvo sentencia favorable en procedimiento de tutela laboral y que fue destituida de su función el mismo día de la audiencia de juicio del referido procedimiento. Las consideraciones de la Corte se restringieron a impetrar un examen de legalidad, en los siguientes términos:

³⁵⁷ Véase en NUÑEZ OJEDA, Raúl. 2008. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo. Revista *Ius et Praxis* 14(1): 199-223.

“Que, por otra parte, tampoco se estima que se incurra en algún acto arbitrario o ilegal, al aplicar la medida disciplinaria de inmediato sin esperar que el sumario se encuentre afinado, porque no hay norma alguna que establezca que la interposición del recurso de reposición suspenda la aplicación de la medida [---]”³⁵⁸.

La irremediable conclusión es que la declaración de legalidad o ilegalidad de un acto administrativo se torna irrelevante, al dejar descubierto, de todas formas, los derechos fundamentales de los funcionarios municipales.

Al efecto, en un fallo inédito en materia de tutela de derechos fundamentales de funcionarios públicos, el Juzgado del Trabajo de Valparaíso manifestó nítidamente lo expuesto, en causa RIT T-17-2011³⁵⁹, ordenando el cumplimiento de una obligación de hacer, cual fue la de publicar en las oficinas del servicio público que no discrimina a sus trabajadores³⁶⁰. Con todo, no hay ningún fallo en materia de acción de protección que se le asimile.

³⁵⁸ Fernando Pérez Guajardo con Corporación Municipal para la Educación, Salud y Atención de Menores de Quellón (2013): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, ROL N° 695-2013, de 13 de noviembre de 2013 (acción constitucional de protección), considerando noveno.

³⁵⁹ Torrealba con Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (2012): Juzgado de Letras del Trabajo, RIT T-17-2011, de 12 de enero de 2012 (procedimiento de tutela laboral), considerando vigésimo séptimo.

³⁶⁰ “EI CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y DE LAS ARTES, vencido deberá, además, una vez que la presente sentencia se encuentre ejecutoriada, publicar en un lugar visible a sus funcionarios, ubicado en sus dependencias, en Valparaíso y Santiago, donde se desempeñaba la actora, copia de la misma en formato que permita acceder a su lectura y a conocer el Rit de la causa en que se dictó y el nombre del denunciante, con expresa indicación que dicha publicación se hace en cumplimiento de lo ordenado por esta sentencia”. *Ibidem*.

A mayor abundamiento, si se analizan casos en que ha habido pronunciamiento sobre arbitrariedad respecto del cese de funciones de un funcionario municipal, la jurisprudencia ha rechazado las acciones de protección fundando su decisión en las facultades discrecionales de las Municipalidades, quedando excluido los pronunciamientos sobre arbitrariedad en el uso de dichas potestades discrecionales, y cómo tal arbitrariedad afecta un derecho fundamental, cuyo es el pronunciamiento de la esencia de la acción cautelar.

A través de la fórmula “mientras los servicios sean requeridos”, las Municipalidades han venido vulnerando derechos fundamentales de los funcionarios municipales con absoluta impunidad, toda vez que, en conocimiento de acciones de protección, las Cortes de Apelaciones se abstienen de examinar la indemnidad del afectado en sus derechos esenciales, mediante la justificación de las facultades discrecionales del órgano municipal, como una suerte de “haga lo que quiera” dirigido a la autoridad edilicia. El precedente es el tenor de lo resuelto recientemente por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, quien expresó:

“Que esta Corte desestimaré el presente recurso de protección, ello en atención que, el cese de los servicios a contrata, queda comprendida en la causal legal, ‘por término del periodo’, establecido por el legislador en el art.10 del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales. Pero también la autoridad edilicia puede hacer cesar la contrata en forma anticipada al plazo

fijado en la designación (31 de diciembre del año 2015), es decir, en el evento que ésta lo decida y la contratación se hubiera dispuesto con la fórmula 'hasta que sus servicios sean requeridos', en tal caso el cese se produce a contar de la notificación al afectado de la resolución que ordena el término de los servicios, de carácter eminentemente transitorio- (letra f) del art. 5° del cuerpo legal citado)-. De consiguiente la recurrida ha actuado dentro de la esfera de su competencia indicando la motivación que tuvo para ello, que, no es sino, la causa legal, que lo autoriza para colocar fin los servicios del recurrente para lo cual es suficiente, un motivo sucinto y, teniendo, además presente, que tomó conocimiento desde un comienzo que su designación a contrata, era de plazo definido, de naturaleza transitoria, conforme se consigna, en el Decreto Alcaldicio N°795-2015, en cuanto su designación perduraría en el cargo hasta que sus servicios fueran requeridos, no pudiendo exceder del 31 de diciembre de 2015, de manera que está implícita la facultad de la autoridad para poner término a las funciones del empleado a contrata antes de la fecha recién indicada.

Es posible constatar entonces que la expresión mientras 'los servicios sean requeridos' ha sido establecida para posibilitar en estos nombramientos un

período de vigencia menor al que reste para finalizar el año en que éstos se efectúen³⁶¹”.

Por lo tanto, creemos que sólo la acción de tutela de derechos fundamentales posee, desde la perspectiva normativa, la idoneidad para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos fundamentales y proveer las medidas necesarias para remediar la vulneración respectiva.

8. Funcionarios municipales sujetos al Estatuto Docente: entre el Código del Trabajo y el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales

Hemos reservado un apartado especial para referirnos a la particular situación jurídico-normativa en que se encuentran los funcionarios municipales sujetos al Estatuto Docente.

Según veíamos en el capítulo precedente, la Ley N° 19.070, que establece el Estatuto de los Profesionales de la Educación, regula la relación jurídica existente entre el Municipio y los docentes que se desempeñan en establecimientos de educación básica o media y que dependen de la Municipalidad (artículo 1º). Luego, el artículo 71 del mismo cuerpo normativo

³⁶¹ Marcos Antonio Morales Ureta con I. Municipalidad de Puchuncaví (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, ROL N° 3997-2015, de 20 de noviembre de 2015 (acción constitucional de protección), considerando séptimo.

establece que los profesionales de la educación que se desempeñan en el sector municipal se regirán por las normas del Estatuto Docente y, supletoriamente, por las del Código del Trabajo y sus leyes complementarias.

Lo anterior implica que, en lo no previsto, los profesores del sector municipal se sujetarán a la Ley Laboral. A contrario sensu, en lo que respecta a las materias reguladas en el Estatuto Docente, la ley manda a aplicar la normativa estatutaria.

En la medida en que los conflictos sobre vulneración de derechos, por regla general, se suscitan o se promueven al término de la relación existente entre el funcionario y la Municipalidad, resulta imperioso esclarecer cuáles son las normas jurídicas aplicables a la resolución del litigio.

El Estatuto Docente establece, en el artículo 72, las causales por las cuales los profesores que forman parte de una dotación municipal dejan de pertenecer a ella. Por tanto, deben aplicarse los requisitos exigidos en la propia ley, no resultando extensible las formalidades que envuelven el despido del Código del Trabajo. Lo anterior aparece justificado a partir de lo dispuesto en el propio Estatuto Docente, que solo prevé la subsidiariedad del Código del ramo.

En este sentido, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Ovalle, confirma lo apuntado en el párrafo precedente, en los términos que siguen:

“Que conforme lo reflexionado en los motivos precedentes, a juicio de este sentenciador, no corresponde calificar la terminación de la relación laboral entre el denunciante de autos con la Iltre. Municipalidad de Monte Patria, como de despido incausado, ya que se cumplió con lo exigido en el estatuto docente en cuanto a que el término de dicha relación fuera objeto de un acto formal, que se ha cumplido con la expedición del debido Decreto Alcaldicio que comunica la medida disciplinaria de término de relación laboral y su notificación al afectado. Asimismo, por las mismas razones expuestas tampoco corresponde calificar el término de la relación laboral como de despido injustificado, indebido o improcedente, porque se han cumplido las formalidades previstas en los estatutos aplicables al caso de marras, no siendo necesario el cumplimiento de las formalidades del Código del Trabajo en lo que respecta; por lo que deberán ser desestimadas las acciones de despido incausado [---]”³⁶².

Sin perjuicio de lo anterior, es dable reconocer que no existe en el Estatuto Docente un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, por lo que los funcionarios docentes pertenecientes al ámbito municipal pueden obtener la tutela de sus derechos fundamentales a través del referido mecanismo procesal.

³⁶² Osvaldo Liberato Gómez Robles con I. Municipalidad Monte Patria (2014): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Ovalle, ROL T-1-2014, de 23 de diciembre de 2014 (procedimiento de tutela laboral y acción de despido incausado de forma subsidiaria), considerando décimo.

Dentro de la línea divisoria de las fuentes legales distinguidas (Estatuto Docente y Código del Trabajo), puede darse una hipótesis mixta que incluya la aplicación de ambos cuerpos legales. Es lo que ocurre ante el despido de un profesor municipal.

En este contexto, pueden verificarse dos situaciones. La primera, es que el despido se declare justificado, pero que el tribunal constate la vulneración de uno o más derechos fundamentales del docente. En segundo término, creemos que un despido injustificado irá necesariamente aparejado con el quebrantamiento de algún derecho fundamental.

Pues bien, la coexistencia de figuras jurídicas y de fuentes positivas es un fenómeno que ha sido reconocido por la jurisprudencia, en base a la dogmática nacional. En el fallo antes citado, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Ovalle declaró causado el despido, pero consideró que se habían vulnerado los derechos fundamentales del docente, de la forma en que sigue:

“Que conforme lo reflexionado en el motivo precedente, es posible sostener que el empleador mediante su esfuerzo probatorio pudo acreditar, en lo formal, la causa legal de término de contrato con el denunciante -léase el procedimiento disciplinario y actos administrativos municipales que permitieron la destitución del docente demandante- pero conforme lo razonado dada la existencia de indicios o principio de prueba, como se le denomina doctrinalmente, de que dicha desvinculación vulneró garantías constitucionales

del actor. Situación que no ha sido explicada racionalmente u objetivamente por la demandada con el mérito de sus probanzas. Esta situación no resulta contradictoria, puede ocurrir. Es lo que la doctrina laboral denomina despido pluricausal. Al efecto el profesor José Luis Ugarte en su obra Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador (pág. 49), lo explica de la siguiente forma: Esto es aquellas hipótesis en que el empleador frente al panorama indiciario de lesión de derechos fundamentales aportado por el trabajador, logra acreditar la existencia de una causal legal de término del contrato de trabajo. No se trata, en rigor que el empleador alegue una causal ficticia o que no está en condiciones de probar, en cuyo caso se trataría de un despido de causalidad única y lesiva de derechos fundamentales, sino de una cuestión distinta: el empleador está en condiciones de justificar su conducta lesiva en una causal de término plenamente acreditada. En estos casos, concurren en el mismo despido dos causas que se mueven en planos distintos: una causa legal que justifica el despido del trabajador desde el punto de vista de las normas previstas para la terminación en el Estatuto Docente y Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales y una causa anticonstitucional consistente en la afectación y lesión de un derecho fundamental del trabajador desde el punto de vista de las normas de tutela laboral”³⁶³.

³⁶³ Op. cit. considerando décimo cuarto.

9. Presupuestos de aplicación del procedimiento de tutela laboral a los funcionarios municipales

9.1 Test de subsidiariedad y la creación de un nuevo derecho fundamental en el ámbito laboral

El test de subsidiariedad consiste en verificar si existe algún procedimiento en las normas estatutarias particulares, que cumpla con la misma eficacia, la tarea de salvaguardar los derechos fundamentales de los funcionarios municipales.

Cabe recordar que éste, el supuesto de la ausencia de regulación, es exigido por el inciso 3° del artículo 1° del Código del Trabajo, que expresa:

“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 [---]”.

En los acápites precedentes veíamos cómo ni la vía administrativa ni la vía jurisdiccional a través de la acción constitucional de protección, alcanzan los estándares de protección que ofrece el procedimiento de tutela laboral, en la medida en que éste procedimiento tenga por finalidad la indemnidad de los derechos fundamentales de los trabajadores o funcionarios municipales, de modo de que se respeten las garantías que consagra la Carta Fundamental en

el terreno de las relaciones laborales, mediante dos notas características, cuales son: la posibilidad de que la judicatura especializada pueda –y lo haga, en los hechos– condenar al respectivo servicio municipal a ejecutar obligaciones de hacer y que se trate de un juzgador independiente, no vulnerador de la proscripción de ser juez y parte en el litigio en cuestión. Ambas características se cumplen ante el procedimiento de tutela laboral seguido ante los Juzgados de Letras del Trabajo.

Es un sistema diseñado para proteger derechos no patrimoniales vinculados, más que al intercambio de servicios por dinero, al carácter de sujeto de derechos que posee el funcionario municipal al interior de la relación laboral; ese es el elemento que determina la titularidad de la acción de tutela laboral.

Desde la citada perspectiva, cabe apuntar que la Ley N° 20.087, que reformó el procedimiento laboral, tiene su génesis en la necesidad del Estado de dotar de eficacia a las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y brindar protección efectiva a la parte más débil de la relación laboral³⁶⁴. Las repercusiones jurídicas en que se concreta dicha reforma, pueden anotarse desde dos perspectivas, para efectos de seguir avanzando en la ritualidad de la subsidiariedad.

³⁶⁴ En este sentido, Andrade con Ministerio Público (2014): Corte Suprema, ROL N° 5967-2013, de 5 de marzo de 2014 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando tercero.

Primero, la Ley N° 20.087 incorporó al catálogo abierto de derechos fundamentales, en el ámbito laboral, un nuevo derecho humano: el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es claro que la acción de protección se desgasta en el intento de obviar una situación particular que merecía la atención legislativa: el resguardo de los derechos fundamentales en el ámbito laboral exige mayores garantías y facilidades procesales en favor de la parte más débil de la relación, sea como sea que se le denomine (trabajador, empleado o funcionario).

La base iusnaturalista de aquello es la igualdad ante la ley, empero, es también la base lógica de una necesidad sustancial de extender el manto protector de las acciones constitucionales hacia los trabajadores o servidores públicos sujetos a una relación laboral.

En efecto, un juicio de igualdad exige que se trate de la misma manera a aquellos casos que coinciden en todas sus propiedades relevantes³⁶⁵ y, según anunciamos con anterioridad, la propiedad relevante no es mantener una relación laboral, sea dentro del sector público o privado, sino que se trata de ser sujeto de derecho; titular de derechos fundamentales por el simple hecho de ser persona, dentro de una vinculación de trabajo.

³⁶⁵ DÍAZ GARCÍA, Iván. (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. *Revista Ius et Praxis* 18(2): 33-75.

En segundo término, resulta imperioso precisar, dentro de nuestro test de subsidiariedad, si puede haber equiparación normativa entre los trabajadores del sector privado y los funcionarios municipales.

Con todo, una equiparación sólo puede ser relativa, puesto que existe una desigualdad situacional consistente en que los primeros se encuentran subordinados íntegramente al Código del Trabajo y al poder de dirección del empleador particular, mientras los funcionarios municipales se encuentran subordinados, en general, a las normas estatutarias (Estatuto Administrativo para Funcionarios Públicos y Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, principalmente) y a la autoridad edilicia.

Por tanto, la equiparación debe sustentarse en algún elemento que homogenice el ejercicio del derecho fundamental incorporado por la Ley N° 20.087, es decir, el derecho a la tutela laboral efectiva. Creemos que el elemento idóneo para hacer de los trabajadores privados y de los funcionarios municipales, un titular común de la acción de tutela laboral es el factor que atribuye la calidad de sujeto activo de la misma: ambos son seres humanos. En términos coloquiales, ante ese “algo que tienen” (calidad de persona), deben tenerse por equiparados en ese “algo que no tienen” (procedimiento de tutela laboral).

Pero ¿cómo se materializa la titularidad de la acción de tutela laboral en manos de los funcionarios municipales? Nuestra Corte Suprema ha dado respuesta, en los términos que siguen:

“El artículo 485 del Código del Trabajo, fundamento de derecho de la apelante, es una de las normas incorporadas a la legislación laboral con ocasión de la reforma laboral reciente, en el párrafo que se denomina Del procedimiento de tutela laboral, y que según su contenido, tiene como objetivo proteger a los trabajadores en sus derechos fundamentales, debido a su calidad de subordinados, para impedir que sean objeto de abuso o maltrato, por parte de sus empleadores. A juicio de estos sentenciadores, ello se corresponde con la moderna concepción del derecho laboral, que ha establecido un nuevo cauce procesal de protección de derechos no patrimoniales en beneficio de los trabajadores, dejando en manos del tribunal especial del trabajo, otorgar la tutela efectiva del mandato contenido en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, que ha dispuesto que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

[---] Este singular procedimiento creado especialmente para proteger procesalmente algunos derechos fundamentales garantizados en la Constitución Política de la República, mal puede estar contemplado en otros

cuerpos legales como el Estatuto Administrativo (artículo 160), Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 64) o la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (artículo 38), que contemplan reclamaciones sobre vicios legales de la contratación o de los derechos de carácter legal de los funcionarios; no puede pretenderse, ahora, que los derechos fundamentales especialmente protegidos por el procedimiento de tutela laboral estén amparados por procedimientos de carácter administrativo; arrojándose las instituciones para las que se encuentran contemplados, facultades propias de los Tribunales del Trabajo. [---] de tal manera, este tribunal estima que de acuerdo con el inciso tercero del artículo 1 del Código del Trabajo, el procedimiento de tutela laboral es aplicable a los funcionarios públicos, siempre que tal materia no fuere regulada por los estatutos de las entidades contempladas en el inciso segundo, cuestión de derecho que corresponde en todo caso, dilucidarse por el Juzgado del Trabajo en el conocimiento de la denuncia, así como los demás aspectos relacionados con la tutela³⁶⁶.

Del fallo transcrito y de muchos de los que han sido citados en el presente estudio, puede observarse la reiterada referencia a la competencia –o falta de ella– de los tribunales del trabajo para conocer del procedimiento de

³⁶⁶ Op. Cit. considerando cuarto.

tutela laboral deducido por funcionarios públicos o municipales, por lo que profundizaremos al respecto en el siguiente apartado.

9.2 Tribunales competentes

El artículo 420 del Código del Trabajo se refiere, taxativamente, a las cuestiones que serán competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, expresando en su letra a), lo siguiente:

“[---] las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral”.

La citada normativa es la disposición central en los fundamentos utilizados por la defensa municipal para poner fuera del alcance de los tribunales laborales, los conflictos por vulneración de derechos fundamentales de los funcionarios municipales, justificando su argumentación mediante la ajenidad que representa la utilización de vocablos foráneos al ámbito administrativo, tales como “empleador”, “trabajador” y “contrato de trabajo”, entre otros³⁶⁷.

³⁶⁷ En este sentido Pérez con Corporación Municipal de Quellón (2013): Corte Suprema, ROL N° 6691-2013, de 26 de noviembre de 2013 (recurso de queja), considerando segundo.

Pues bien, la determinación de la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo repercute en el proceso de comprobación de nuestra hipótesis, en una segunda dimensión. Tal y como expresamos con anterioridad, el primer paso dentro de nuestra prueba de aplicabilidad, es la valoración de la titularidad de derechos fundamentales de los funcionarios municipales en su calidad de seres humanos, de donde se desprende que, en el ámbito de sus relaciones laborales para con el servicio municipal, son titulares de la acción de tutela laboral del Código del Trabajo, si se cumplen dos requisitos copulativos: que no haya un procedimiento que, de forma análoga, cumpla con la finalidad prevista por la Ley N° 20.087 en relación al procedimiento de tutela de derechos fundamentales del citado cuerpo normativo, es decir, la protección efectiva de los derechos humanos de las personas en sus relaciones laborales y que, en caso de ausencia de dicho procedimiento, la aplicación del de tutela laboral no resulte incompatible con sus normas estatutarias.

Ahora bien, tratamos la competencia de los tribunales del trabajo, antes de analizar la suficiencia del test de compatibilidad, porque creemos que dicha exigencia no resulta aplicable al tópico de los derechos fundamentales, puesto que no podría existir incompatibilidad entre una materia estatutaria particular y la protección de los derechos esenciales del ser humano, constituyéndose la compatibilidad como una mera consecuencia de la efectividad de las comprobaciones precedentes.

Así se lee en el fallo de la Corte Suprema del año 2013, en donde expresa que, teniendo en consideración el carácter supletorio del Código del Trabajo, las normas de éste en relación con el procedimiento de tutela deben ser aplicadas, por cuanto ni el Estatuto Administrativo, ni el de los Funcionarios Municipales, ni el Estatuto de Atención Primaria contienen normas relativas a la protección de los trabajadores o funcionarios afectados en sus derechos o garantías fundamentales³⁶⁸.

Empero, la judicatura del fondo ha precisado la existencia de un requisito adicional que acompaña a la acción de tutela de derechos fundamentales de los funcionarios municipales en caso de destitución: la alegación preliminar o simultánea de la nulidad del acto proveniente de la autoridad municipal.

9.2.1 Nulidad del acto administrativo lesivo en caso de destitución

En sentencia del 1 de junio de 2015, el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa Rol T-204-2015, rechazó la demanda de tutela laboral interpuesta por un funcionario municipal en contra la de la I. Municipalidad de Macul, en donde se instituyó un sumario administrativo en contra del primero, en razón de no haber cumplido sus funciones al haber sido trasladado de recinto municipal.

³⁶⁸ Op. Cit. considerando tercero.

En el caso *sub-lite*, el tribunal estimó que no se configuró la lesión denunciada, es decir, una discriminación arbitraria, por lo que desestimó la acción. Sin perjuicio de lo anterior, resulta interesante destacar las ciertas consideraciones preliminares de la referida sentencia.

En el citado contexto, la sentencia señala que existen algunos aspectos que podrían poner en jaque la competencia de los Tribunales del Trabajo para conocer de las contiendas por vulneración de derechos fundamentales de los funcionarios públicos, los que afectarían directamente al corazón de las irregularidades existentes en las contrataciones del sector público y que se han vuelto a poner en la palestra a través de la acción de tutela: las contrataciones a honorarios y la nulidad de derecho público.

El juez de la instancia consideró que para que un tribunal laboral pueda, en definitiva, pronunciarse acerca de los actos que se alegan como vulneratorios de derechos fundamentales, debe previamente alegarse la nulidad de derecho público de todo el proceso sumarial o administrativo generador de la destitución del funcionario municipal respectivo. Esto porque dentro del razonamiento judicial, no puede entenderse la tesis tradicional de radicar la acción de nulidad de derecho público exclusivamente en la competencia de los tribunales civiles, en razón de la naturaleza de la acción ejercida.

Así las cosas, cabe señalar que la acción deducida no es sino la de tutela (la acción de nulidad de derecho público se formula como alegación de

fondo), la cual es de competencia exclusiva de la judicatura laboral, porque, de otro modo, podría producirse el absurdo que un juez civil invalidara el sumario para luego declararse incompetente respecto de la reincorporación de un funcionario municipal, respecto de la acción de tutela, y remitiera los autos a la judicatura laboral.

El tribunal agrega que, en ambos casos, se trata de acciones encaminadas a obtener la declaración de un derecho y no (solamente) la nulidad de un acto administrativo. Añade que el procedimiento de tutela implica la nulidad de los actos y conductas lesivas de derechos fundamentales, pero cuando estos se cometen con ocasión de un despido “la consecuencia jurídica no es la nulidad, sino el pago de un haz especial de indemnizaciones, salvo que el despido sea calificado de discriminatorio y grave”³⁶⁹.

Según la doctrina especializada, la declaración de nulidad del acto administrativo en que se basa la destitución y que constituye el fundamento lesivo, cabría en las denominadas nulidades de “plena jurisdicción”³⁷⁰, en virtud de las cuales, el juez, al pronunciar un derecho de un particular, puede hacer todo lo que corresponda para ello, incluso anular el acto para declarar el derecho, tal como implícitamente ocurre cada vez que la jurisprudencia

³⁶⁹ Augusto Leal Torres con I. Municipalidad de Macul (2015): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL T-204-2015, de 26 de junio de 2015 (procedimiento de tutela laboral), considerando primero.

³⁷⁰ Véase en SOTO BERMÚDEZ, Jorge. 2010. Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (1): p. 103-123.

reconoce relación laboral respecto del personal de la administración del Estado o invalida la desvinculación de una trabajadora afecta a un fuero maternal.

En suma, la nulidad del sumario administrativo que sirve de fundamento para la destitución es sólo presupuesto de la pretensión y la competencia de los jueces del trabajo depende, en buena medida, de esta última; por lo anterior, a más de declarar su despido vulneratorio de derechos fundamentales, el juez debe declarar la nulidad del sumario que sirve de fundamento al proceso de destitución. Debe tenerse presente lo prescrito por el artículo 489 del Código del Trabajo, que expresa que si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo que se trata de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que debe interponerse subsidiariamente.

Con todo lo interesante que resulta la doctrina aquí expuesta, creemos en la efectividad de un fundamento simple.

Los juzgados del trabajo son competentes para conocer de las demandas de tutela de derechos fundamentales interpuestas por funcionarios municipales por dos motivos, que ponen la competencia en un ámbito central:

- i. Porque son titulares de derechos fundamentales y mantienen una relación laboral con el Municipio, sujeta, empero, a normas estatutarias, salvo

respecto de aquellos aspectos no regulados, como es el procedimiento de tutela laboral, en donde rige el Código del Trabajo.

ii. Una de las normas procesales orgánicas del Código del Trabajo, es el artículo 420 ya citado, que confiere competencia a los tribunales del trabajo para conocer de las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales.

Constatada como hemos hecho en el presente trabajo, la relación laboral se alza como el estandarte de aplicabilidad del procedimiento objeto de nuestro estudio, respecto de los funcionarios municipales, en la medida en que le son aplicables las normas del Código del ramo (artículo 485 y siguientes).

Definida la competencia de los tribunales laborales desde la perspectiva de una “aplicabilidad preliminar”, cabe agregar que la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios municipales no sería objeto de conocimiento y resolución de los juzgados especializados, si éstos contaran con un procedimiento imitador del recurso laboral, empero, según tuvimos oportunidad de comprobar, no existe tal alternativa funcional.

Por otra parte, desde la perspectiva de los funcionarios municipales sujetos al estatuto docente, cabe señalar que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley N° 19.070, la Corte Suprema ha expresado recientemente que con el procedimiento de tutela laboral se pretende la defensa de los

derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral y, en ningún caso, modificar u obviar el estatuto especial que rige a los funcionarios municipales de la educación, respecto de quienes lo que se pretende es aplicar –cualesquiera sean las características del régimen de trabajo– un mismo estándar en cuanto al respeto de los derechos fundamentales en el ámbito laboral³⁷¹.

Nos resta analizar la compatibilidad del procedimiento laboral con las normas estatutarias, aun cuando insistimos en que se trata de un elemento consecencial de los ya comprobados.

9.3 Test de compatibilidad

Finalmente, el inciso 3° del artículo 1° exige en torno a la aplicación de las normas laborales, respecto de los funcionarios municipales (entre otros funcionarios de la Administración del Estado), que las normas que habrían de aplicarse en forma supletoria no sean contrarias a las disposiciones del estatuto especial. Expresado de otro modo, la norma referida, que excluye la aplicación del Código del Trabajo a los funcionarios públicos en general, tiene la excepción que condiciona su aplicabilidad a la hipótesis prevista en ella.

³⁷¹ Cortés con I. Municipalidad de Curicó (2015): Corte Suprema, ROL N° 23.333-2014, de 20 de mayo de 2015 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando séptimo.

A su vez tiene la excepción que restaura su aplicabilidad sujeta a la condición de que la normativa laboral sea contraria a la preceptiva estatutaria.

En este orden de ideas, es dable reconocer que no se encuentra en el Estatuto de los Funcionarios Municipales ni en el Estatuto Administrativo algún capítulo o norma que pugne con la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, que por lo demás resultaría absurdo.

A mayor abundamiento, tal como lo señala nuestro máximo tribunal, no se advierte cómo normas protectoras de dichos derechos podrían ser incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a aquellos funcionarios, toda vez que es dable asumir que el Estado ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado. Dicho razonamiento ha sido adoptado también por los jueces de instancia³⁷².

En efecto, idéntico razonamiento utilizó el Juzgado de Letras del Trabajo de Ancud, en sentencia del año 2015, expresando:

“Luego, en cuanto al segundo punto, no se encuentra en el estatuto especial disposición que pugne expresamente con la aplicación del procedimiento o acción de tutela laboral, y no se advierte cómo normas

³⁷² Gutiérrez con I. Municipalidad de Hualpén (2014): Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, ROL T-107-2014, de 6 de noviembre de 2014 (procedimiento de tutela laboral), considerando noveno.

protectoras de derechos fundamentales podrían ser incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a los funcionarios municipales, por el contrario, se estima totalmente compatible con los principios que informan la carrera funcionaria, y los derechos reconocidos a los funcionarios, en los cuales además se recogen principios derivados del Estado de Derecho Constitucional, debiendo tener presente por último, que como ha señalado la Excma. Corte Suprema en sentencia de reemplazo en causa Rol N° 3.515-2014 sobre Unificación de Jurisprudencia, ‘es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios municipales’.

[---] conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 485 del mismo texto legal, hace procedente la acción de tutela, porque además en el caso ha quedado en evidencia que la vulneración se produce en el contexto laboral, por aplicación de las normas laborales o, en este caso, funcionarias, y en el ejercicio de las facultades del empleador, por lo que se procederá a acoger la acción”³⁷³.

En seguida, creemos que existe una motivación racional (además de las razones de justicia iusnaturalista y de cumplimiento de los test de subsidiariedad y de compatibilidad) en la aplicación del procedimiento de tutela

³⁷³ Hernández con I. Municipalidad de Ancud (2014): Juzgado de Letras de Ancud, ROL T-3-2014, de 1 de abril de 2015 (procedimiento de tutela laboral), considerando décimo segundo.

a los funcionarios municipales, en la medida en que el inciso 2° del artículo 1° del Código del Trabajo, excluye de la aplicación de sus normas, en términos generales y no absolutos, a los funcionarios de la Administración del Estado.

Sin embargo, el legislador laboral está asumiendo, desde ya, que toda persona, todo ser humano que preste servicios personales a una organización de medios, privada o pública –en donde no distingue el legislador no le es lícito distinguir al intérprete–, genera una relación de naturaleza laboral, y no es otra la razón por la que excluye expresamente a los de la Administración Pública en el inciso 2° y los incluye en el inciso 3°, en las situaciones que determina y en las normas sobre Protección de la Maternidad.

Dicho de otro modo, no sería necesaria la exclusión y, a la vez, la inclusión, si la premisa no fuese que su vínculo con el Estado es una relación de naturaleza laboral. Parece una consideración perogrullesca, empero, no se puede excluir lo que nunca estuvo incorporado³⁷⁴.

En definitiva, conjugados los supuestos que unan los elementos propios de una vinculación de naturaleza laboral, los funcionarios municipales se encuentran amparados por la legislación del ramo y, por ende, le asisten los derechos inherentes a esa clase de relación.

³⁷⁴ En el mismo sentido, María Lyliana Estai Ibarra con Ministerio de Educación (2015): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL T-181-2015, de 15 de junio de 2015 (procedimiento de tutela laboral), considerando primero.

Lo anterior significaría otorgar un pase a la Administración y asumir la informalidad laboral, repudiada en cualquier caso por nuestra legislación laboral. En otros términos, por tratarse la Municipalidad de un órgano del Estado, es que debe someterse al principio de la juridicidad, recogido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, por lo que mal podría permitirse invocar esa legalidad para propiciar dicha precariedad e informalidad laboral, la que por lo demás se encuentra proscrita en un Estado de Derecho.

CONCLUSIONES

En torno a la normativa laboral y administrativa analizada, se desprende una premisa irrefutable, constituida por la aplicación del Código del Trabajo a todas las vinculaciones de orden laboral habidas en el ámbito privado o público, comprendiendo dentro del género laboral, a aquellas que reúnan las características derivadas de la definición de contrato de trabajo consignada en el artículo 7° del Código del Trabajo (aun cuando insistimos en que contrato de trabajo y relación laboral no son instituciones idénticas ni necesariamente implicadas entre sí), es decir, aquella relación en la que concurren la prestación de servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación y el pago de una remuneración por dicha prestación, siendo la existencia de la subordinación y dependencia el elemento esencial y mayormente determinante o caracterizador de una relación de este tipo.

En efecto, las personas que prestan funciones en un servicio municipal mantienen una relación laboral con el servicio edilicio. Sin perjuicio de las nomenclaturas utilizadas para diferenciar a los funcionarios públicos o municipales de los trabajadores del sector privado, lo cierto es que el artículo 1° del Código del Trabajo asume una vinculación laboral entre las personas que prestan un servicio bajo subordinación y dependencia a cambio de una contraprestación pecuniaria.

Así, la disposición del inciso 1° es una de carácter general, en la que se sujeta las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, a las normas del Código del Trabajo y la excepción contenida en el inciso 2°, se refiere a una situación particular, que excluye a determinados trabajadores de la norma general. Lo anterior supone que, no obstante ser éstos trabajadores, quedarán sometidos en sus relaciones con el Estado, a la ley especial que los regule.

La expresión “sin embargo”, utilizada en este contexto, es ilustrativa y permite reforzar lo que se viene diciendo, ya que implica que aun cuando la hipótesis es la reseñada en el inciso 1° –es una relación laboral– se establecerá respecto de ella una solución distinta. Entenderlo de otra manera, haría inútil la expresión en comentario.

En la comprobación de nuestra hipótesis utilizamos dos grandes vías que nos permitieron avanzar hacia un análisis concienzudo.

La primera dice relación con un ámbito particular de las normas que regulan el procedimiento de tutela de derechos fundamentales de los funcionarios municipales, en la medida en que comprobamos la existencia de ciertos cánones comunes entre los trabajadores del sector privado y los empleados municipales.

El por qué no restringimos nuestra investigación al cotejo de los test previstos en el artículo 1° del Código del Trabajo, es porque resulta interesante

simular una supresión imaginaria de la referida disposición o al menos de los incisos 2° y 3°.

En aplicación de las reglas generales de aplicabilidad de una ley especial por sobre una general, junto con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1° de la Ley Laboral, sería dable colegir que el procedimiento de tutela ampara a los funcionarios municipales en sus relaciones laborales con el Municipio.

La subordinación reforzada, la estabilidad en el empleo y la conjunción de las calidades de trabajador y empleador en que se apoya la jurisprudencia de nuestros tribunales, desembocan en un juicio de aplicabilidad preliminar.

La argumentación vertida en el presente estudio no admite otra conclusión, desde las siguientes perspectivas.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la vinculación existente entre los funcionarios municipales y el municipio, cabe destacar los alcances que dicha relación ha tenido en el marco del derecho comparado, como son el sistema italiano y el español. Decíamos en su oportunidad que, tanto el proceso de privatización del empleo público, mediante la inducción de normas laborales en la reglamentación de determinados órganos de la Administración, como en el fenómeno que denominamos de “publicización” del empleo privado, mediante normas de estabilidad del empleo, derecho a reincorporación, entre otras, existen evidentes manifestaciones de la necesidad de armonizar el

ordenamiento jurídico todo, a fin de otorgar a los bienes y valores jurídicos tutelados, la protección y jerarquía que merecen, desatendiendo la rama del Derecho en donde se desenvuelven.

Sin perjuicio de lo anterior, propusimos un examen acabado del diálogo entre los elementos de orden laboral que caracterizan una relación jurídica de ese tipo y la vinculación administrativa entre el funcionario municipal y la municipalidad. En tal sentido, destacamos la posibilidad de identificar los factores de determinación de una relación laboral dentro de la relación administrativa objeto de nuestro estudio. Siguiendo dicha lógica, tenemos que el elemento de contraprestación pecuniaria se encuentra determinado, para los funcionarios municipales, de acuerdo al sistema de remuneraciones al cual se encuentran afectos, según ha declarado expresamente la Contraloría General de la República. El citado órgano contralor ha reconocido que el pago de una remuneración a los funcionarios municipales se ajusta al derecho fundamental contemplado en el inciso 2º del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que asegura la libertad de trabajo y su protección, advirtiendo que toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. De igual manera, cabe hacer presente que los funcionarios municipales tienen derecho a conocer el fundamento y justificación del monto líquido que perciben por concepto de remuneraciones. Lo anterior se desprende de la jurisprudencia municipal en

donde se ha condenado al ente municipal a entregar liquidaciones de sueldo a los funcionarios que laboran para ella.

Por otra parte, tal y como destacábamos en párrafos anterior, también es posible identificar el elemento de la subordinación y dependencia en el marco de la relación funcionario municipal-municipalidad, y es posible hacerlo de una manera reforzada, en pos de la intensidad del poder de mando que ejerce el ente edilicio por sobre el funcionario municipal.

Luego, el elemento de la ajenidad también es inseparable de la función administrativa desarrollada por el funcionario municipal, en la medida en que la finalidad de dicha función es inherente al objeto del rol municipal en la Administración del Estado, por lo que los frutos de su gestión forman parte del acervo comunal y social, sin perjuicio del beneficio que perciban como miembros de la comunidad.

Ahora bien, desde el ribete de la calificación jurídica de la relación, la Corte Suprema ha señalado expresamente, según la jurisprudencia analizada, que los funcionarios públicos son trabajadores y que el municipio es el ente empleador. En tal sentido, ha precisado que existen diversas categorías de trabajadores y que los funcionarios públicos-municipales son un tipo dentro de la categoría; una especie dentro del género, sobre todo si se tiene en consideración el grado en el que concurren el factor de subordinación y dependencia en la relación Estado-Municipalidad y trabajador. Desde otra

óptica, rige en materia municipal un principio relacionado con el trabajo en sí mismo, que también procede en sede laboral, cual es el de estabilidad relativa.

Lo anterior es de suma importancia dentro del objeto de nuestra investigación, en la medida en que nos parece innecesario forzar el argumento hasta sostener una relación laboral entre los funcionarios municipales y la municipalidad, cuando resulta suficiente para probar nuestra hipótesis el admitir que existe un bien jurídico que ha de ser tutelado por ambas ramas del derecho (laboral y administrativa), esto es, el trabajo en sí mismo. Desde la citada perspectiva, los trabajadores del sector privado gozan de estabilidad relativa en sus empleados, dado la función social que desempeña el trabajo y el reconocimiento de una esfera de libertad del empleador en la administración de su empresa, ergo, el trabajo tiene una estabilidad media. De igual forma, el inciso 1° del artículo 83 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Públicos, establece como derecho funcionario, el de gozar de estabilidad en el empleo y de ascender en el respectivo escalafón. Al igual que en ámbito privado, para nuestros efectos, la estabilidad relativa implica que la autoridad edilicia sólo puede fundar la cesación de funcionarios del empleador en alguna de las causales previstas en las normas estatutarias.

Con lo anterior queremos reforzar la idea de que el trabajo es una institución amparada por la comunidad jurídica universal. En efecto, cualquiera sea la modalidad que asuma (v.gr. función pública en un Poder del Estado) le

son aplicables principios que ogaño indiscutidamente lo informan, como es el de estabilidad, mismo que el orden jurídico nacional explicita y conforme al cual se regula su término y limita el ámbito de la voluntad unilateral para extinguirlo. Por tanto, si el municipio se excede en sus facultades y, además, existe vulneración a algún derecho fundamental contenido en el artículo 485 del Código del Trabajo, el funcionario municipal es titular innegable del procedimiento de tutela en sede laboral.

Ahora bien, sostuvimos en nuestro estudio que, con prescindencia de la posición que pueda adoptarse en torno a la configuración de una relación propiamente laboral entre los empleados municipales y la municipalidad, lo cierto es que la mera consideración del bien jurídico tutelado por el procedimiento contenido en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, derriba cualquier entorpecimiento a la protección que merecen quienes se desempeñan en el ámbito municipal. En el citado orden de cosas, apuntamos que, atendida la supremacía constitucional, al tratarse de normas de garantía de derechos fundamentales deben interpretarse bajo la norma “pro civis”, esto es, la exégesis extenderse de la forma más amplia posible a la protección de los trabajadores-funcionarios, tanto del sector público como el sector privado. De allí que, en caso de que el juez se encuentre ante un conflicto interpretativo o hermenéutico, deberá inclinarse por la alternativa que haga mejor homenaje a la protección de los derechos fundamentales.

Reforzamos nuestro argumento planteando la interrogante relativa a la validez de excluir de la tutela de los derechos fundamentales que son lesionados en el seno de la relación laboral o estatutaria, en dependencia de la posición que se mantenga en torno a la naturaleza de la vinculación existente entre el funcionario y la Administración. Respondimos a esa pregunta señalando que, independientemente de los fundamentos –más o menos certeros– que puedan elaborarse en torno a los tópicos estudiados (relación laboral, presencia de elementos laborales en la relación entre el funcionario municipal y el ente municipal, entre otros), lo cierto es que responder de manera afirmativa conlleva una discriminación, en circunstancias que el propio legislador está impedido de ello.

A mayor abundamiento, rechazar la aplicación del procedimiento de tutela en favor de los funcionarios municipales, en base a la *summa divisio* del Derecho, es decir, por estar los trabajadores del sector privado sujeto a normas de Derecho Privado, mientras los funcionarios públicos se rigen por las normas estatutarias de Derecho Público, significa persistir en una empolvada doctrina que, trágicamente, ha dominado nuestra jurisprudencia de décadas en materia de acciones contra el Estado por vulneración de derechos humanos –aunque minoritaria en la academia y contraria a la jurisprudencia internacional– cual es una incómoda interpretación de la doctrina de la separación de poderes.

Sin perjuicio de lo anterior, la normativa laboral expresamente exceptúa de la aplicación de sus preceptos legales a los funcionarios de la Administración del Estado y de las Municipalidades, por lo que resultó necesario emprender una segunda vía de comprobación, cual fue la de superar las barreras textualistas de los test de subsidiariedad y compatibilidad consecuencial. Derribadas las cortapisas sustanciales, también argumentamos en favor de la competencia de los tribunales de letras del trabajo.

En el citado contexto, revisamos la idoneidad de la protección ofrecida por la vía administrativa, respecto de los derechos fundamentales de los empleados municipales. Lo anterior porque, según dispone el inciso 2º del artículo 1º del Código del Trabajo, uno de los presupuestos de aplicabilidad del procedimiento de tutela respecto de los funcionarios municipales, es que se trate de aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos y que no sean contrarias a estos últimos. En tal sentido, revisamos los alcances del procedimiento de reclamación del artículo 160 de la Ley N° 18.834, el cual prevé una acción administrativa que puede ser ejercida por el funcionario municipal que ha visto lesionados los derechos “conferidos” por el propio Estatuto Administrativo, como también por los postulantes a un cargo de la Administración mediante concurso público, del cual conoce la Contraloría General de la República, pero que no se condice con las características del

proceso jurisdiccional, principalmente, porque su resolución carece de la fuerza de cosa juzgada y del poder de coerción, como tampoco goza de las características inherentes al debido proceso, en la medida en que no está regulado en el Estatuto Administrativo el derecho al Juez natural, competente, independiente e imparcial respecto de las vulneraciones de derechos de los funcionarios de la Administración en su relación con ésta.

De allí que enfatizáramos que el Estatuto Administrativo no contiene un plexo normativo desde donde sea posible sustentar la existencia y la eficacia del derecho al juez independiente e imparcial en materia administrativa. En lo que al órgano contralor respecta, la función jurisdiccional se distancia de los poderes que la Constitución y las leyes confieren a la Contraloría, puesto las competencias de ésta no son jurisdiccionales, sino que precisamente, son administrativas. Por tanto, la Contraloría no puede tutelar de manera efectiva los Derechos Fundamentales de los funcionarios municipales, como tampoco puede ordenar adoptar una medida concreta de reparación, más que limitarse a emitir un pronunciamiento acerca de la legalidad de la actuación de un servicio respecto del cumplimiento de las normas estatutarias.

Luego, también evidenciamos los alcances del reclamo administrativo del artículo 160 de la Ley N° 18.834, cuando hicimos constar el supuesto de procedencia de dicho mecanismo, esto es, los vicios o defectos de que pueda adolecer un acto administrativo. En suma, los vicios de legalidad que a la

Contraloría atañen revisar sólo se circunscriben a la infracción de derechos de rango legal, dentro de los cuales no cabe incluir a los derechos fundamentales de los funcionarios municipales.

Desde otro matiz, veíamos cómo el referido artículo 160 alude a derechos “conferidos”, mientras que los derechos fundamentales de los funcionarios municipales no son conferidos por ninguna norma positiva, sino que sólo son reconocidos en su carácter de tal.

Así las cosas, el procedimiento de reclamación administrativa no resiste la protección de derechos fundamentales de los funcionarios municipales, dado que éstos actúan como una manifestación natural del ser humano, en donde el Derecho positivo sólo participa dentro del ámbito de sus limitaciones – autorizadas constitucionalmente– y dentro del ámbito de los procedimientos reaccionales de tutela, en cuya virtud el ordenamiento jurídico reacciona frente a las perturbaciones, privaciones o amenazas a estos derechos esenciales.

Todo lo anterior quedó amparado bajo los pronunciamientos jurisprudenciales revisados, en donde se acentuó el triunfo de la vía jurisdiccional por sobre la vía administrativa.

De igual manera, analizamos la suficiencia de la acción de protección en la tutela de los derechos fundamentales de los funcionarios municipales vs. el procedimiento de tutela laboral.

A partir de lo señalando en el inciso final del artículo 485 del Código del Trabajo, que expresa que ante la interposición de la acción de protección se hace incompatible la de tutela, iniciamos nuestro examen haciendo presente que alguna jurisprudencia ha considerado que ambas vías procesales representan el mismo margen de protección, puesto que la interposición de una, impide accionar por la otra. Asimismo, para quienes se desempeñan como funcionarios municipales, importaría una disposición permanente de la acción de protección prevista en la Constitución Política de la República, que sí es de aplicación general.

Con todo, a propósito de un análisis exhaustivo concluimos la falta de identidad, en lo que a extensión de la protección de derechos fundamentales se refiere, entre el procedimiento de tutela laboral y la acción constitucional de protección, en razón de consideraciones relativas a la falta de especialización de los jueces que conocen de la acción de protección (jueces de las Cortes de Apelaciones), sin sujeción a los principios formativos del procedimiento laboral ni a los principios basales del Derecho Laboral, tales como el de protección al trabajador, el de irrenunciabilidad de los derechos laborales, el de continuidad y el de primacía de la realidad, en la medida en que la “no-especialidad” de los jueces llamados a resolver (del tribunal de alzada), mucho influirá en la gradación de su interpelación hermenéutica para con los principios laborales.

Luego, la acción de protección no satisface la necesidad de que el conocimiento del asunto esté encomendado en un juez de fondo; requerimiento que sí satisface la tutela de derechos fundamentales en sede laboral, a partir de la cual se pueden utilizar distintas vías para reparar el mal causado, como la consagrada en el artículo 495 del Código del ramo, a propósito de la vía inhibitoria a través de la cual se produce el cese inmediato de las conductas bajo apercibimiento de multa, pudiendo repetirse dicha medida hasta obtener el cumplimiento, así como también una tutela restitutoria, en virtud de la cual el juez debe velar porque que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y una tutela resarcitoria, debiendo indicar el juez concretamente las medidas a que se encuentra obligado el infractor, destinadas a obtener la reparación de las consecuencias de las conductas vulneradoras, comprendidas las indemnizaciones que procedan, punto que es interesante, pues dentro de estas se comprendería la indemnización por daño moral.

En tercer término, un argumento de texto adiciona robustez a nuestro razonamiento, en la medida en que el artículo 1º inciso 2º del Código del Trabajo, prevé el test de compatibilidad, en la medida en que la sujeción de los funcionarios municipales regresa a dicho cuerpo normativo mientras no se trate de materias contenidas en sus respectivos “estatutos” y la acción constitucional de protección no se encuentra contenida en las normas estatutarias que regulan la actividad municipal. De perogrullo resulta que la acción de protección no

constituye una acción específica para la tutela de derechos de los funcionarios públicos en su relación con el servicio público del que dependen, lo que desde ya es suficiente para descartarla, sin perjuicio que se trata de una acción extraordinaria.

Finalmente, esgrimimos como argumento central en torno a la insuficiencia de la acción de protección para tutelar los derechos fundamentales de los empleados municipales, el del test de eficacia normativa y empírica.

En tal sentido, decíamos que la efectividad normativa dice relación con la idoneidad del recurso para determinar si se ha incurrido o no en un quebrantamiento de derechos fundamentales y para dar resultado o respuesta a dichas vulneraciones, cuestiones que han sido precisadas por la Corte Internacional de Justicia, según tuvimos oportunidad de revisar. Pues bien, aun y cuando sea acogida la acción de protección promovida por un funcionario municipal en contra de la Municipalidad respectiva por haber vulnerado sus derechos fundamentales con ocasión del vínculo que ambos mantienen entre sí, la adopción de medidas para reparar el derecho lesionado no es una materia regulada en el Código Político ni en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, de 27 de junio de 1992, dejando abierta la puerta al margen de interpretación exclusivamente administrativa; asunto superado de cara a las facultades expresas que confiere

el artículo 495 del Código del Trabajo al juez del trabajo, en lo que a obligaciones de hacer respecta.

Ahora bien, en lo que al test de eficacia empírica respecta, cabe reiterar que el conjunto de soluciones políticas e institucionales deben crear y mantener las condiciones necesarias para que un recurso sea capaz de cumplir con el objeto para el cual fue concebido. A *contrario sensu*, un recurso se torna ineficaz, programático o ilusorio cuando de su aplicación no resulta el cumplimiento del objetivo propuesto a partir de su introducción normativa

Utilizamos el esfuerzo argumentativo de la eficacia empírica para demostrar que el examen que realizan los tribunales de justicia en torno a la vulneración de derechos de los funcionarios municipales, se remite a un juicio de legalidad del proceder de la Administración, incluyendo como muestra el fallo contenido en la resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 2013, que rechazó la acción de protección interpuesta por una funcionaria municipal que obtuvo sentencia favorable en procedimiento de tutela laboral y que fue destituida de su función el mismo día de la audiencia de juicio del referido procedimiento.

La derrota de la salvaguardia de los derechos fundamentales mediante la vía de protección constitucional tiene su génesis en la asimilación jurisprudencial de una premisa equívoca, cual es la de atribuir el fundamento –o

falta del mismo– de todo acto administrativo al ejercicio de las facultades discrecionales del ente municipal o administrativo.

Así las cosas, a través de la fórmula “mientras los servicios sean requeridos”, las Municipalidades han venido vulnerando derechos fundamentales de los funcionarios municipales con absoluta impunidad, toda vez que, en conocimiento de acciones de protección, las Cortes de Apelaciones se abstienen de examinar la indemnidad del afectado en sus derechos esenciales, mediante la justificación de las facultades discrecionales del órgano municipal, como una suerte de “haga lo que quiera” dirigido a la autoridad edilicia.

Por todos los argumentos aquí vertidos y reiterados, creemos que sólo la acción de tutela de derechos fundamentales posee, desde la perspectiva normativa, la idoneidad para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos fundamentales y proveer las medidas necesarias para remediar la vulneración respectiva.

Consecuencialmente, tanto los funcionarios de planta como los funcionarios a contrata son sujetos activos y pasivos (en razón del derecho u obligación que se considere) de una relación laboral dentro del orden municipal. Lo anterior no resulta efectivo respecto de las personas contratadas en base a honorarios, según prevé el artículo 4° del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, que autoriza la contratación de profesionales y

técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la municipalidad, mediante decreto del alcalde. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera. Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se rigen por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones del referido Estatuto.

Con todo, la simulación tampoco es una situación jurídica permitida en el alero de las relaciones laborales municipales, por lo que en caso de que se encubra una vinculación de trabajo mediante la modalidad de contratación civil, de todas formas resulta aplicable el procedimiento de tutela laboral, máxime si se considera que la llave que abre la puerta de la normativa laboral es la relación laboral y no el contrato de trabajo.

A pesar de la contradictoria jurisprudencia sentada por la Corte Suprema y de la poca fuerza vinculante del precedente en nuestro sistema, en donde los jueces de instancia no se ven, en general, constreñidos a fallar conforme lo ha hecho nuestro máximo tribunal en razón de un recurso de unificación de jurisprudencia, la última sentencia recaída en el conflicto de relevancia jurídica

que ha sido objeto del presente estudio, unificó jurisprudencia en un sentido favorable a nuestra hipótesis.

En este orden de ideas, cabe hacer notar que el año 2014 fue uno muy encriptado en aras de fundamentar nuestro estudio en jurisprudencia estable y homogénea. Muestra de lo antes dicho es que la Cuarta Sala de la Corte Suprema (con distinta integración), dictó con un mes de diferencia, fallos diametralmente opuestos, acordada con el voto en contra de los ministros señor Blanco y señora Chevesich, quienes fueron de opinión de acoger el recurso de unificación de jurisprudencia y de acoger la tutela de derechos de un funcionario público. Así, en Andrade con Ministerio Público la Corte señala que el procedimiento de tutela no se aplica a los funcionarios públicos, porque el mecanismo para obtener la tutela de sus derechos es la acción constitucional de protección.

Luego, el 30 de abril del mismo año, en fallo de recurso de nulidad dictado por la Corte Suprema, en causa ROL N° 10.972-2013 sobre la aplicabilidad del procedimiento de tutela respecto de los funcionarios públicos, en general, la misma sala señala que sí es procedente, dado que concurren los supuestos exigidos en el artículo 1° del Código del Trabajo, es decir, no hay en el estatuto administrativo un procedimiento de tutela laboral para la lesión de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, como tampoco existe incompatibilidad entre la regulación del Código del Trabajo (artículos 485 y

siguientes) con lo estatuido por la Ley N° 18.834, en donde los ministros mencionados expusieron sus argumentos a favor de la “tutela laboral pública”, sosteniendo que, una vez entendido que la relación entre el funcionario público y el Estado es una relación laboral, aunque sujeta a un estatuto especial, no resulta procedente privar a los primeros de un procedimiento que está llamado a determinar el cumplimiento o la vigencia de derechos fundamentales en la relación de trabajo, por el sólo hecho de que las referidas normas asocien el término empleador a un contrato de trabajo –y no a un decreto de nombramiento– o se refieran al empleador como a un gerente o administrador, olvidando que el Estado, en su relación con los funcionarios que se desempeñan en los órganos de la Administración, ejerce funciones habituales de dirección, lo que no es incompatible con el hecho de que se trate de órganos destinados a desempeñar una función pública.

Con todo, la Corte Suprema, en sentencia del 1 de abril de 2015, dictada en causa ROL N° 11.584-2014 en recurso de unificación de jurisprudencia sobre aplicabilidad del procedimiento de tutela respecto de los funcionarios municipales deducida por un funcionario municipal en contra de la Municipalidad de Santiago, no retrocede en el camino que ha venido despejando a los funcionarios públicos y municipales en el resguardo de sus derechos fundamentales cuando son lesionados por el Estado o por la Municipalidad, respectivamente, sino que confirma la precedente jurisprudencia.

Es de esperar que los tribunales inferiores de justicia se abran, cada vez más, a realizar un análisis detenido de los fallos de la Corte Suprema, evitando la declaración de incompetencia de los tribunales laborales, *prima facie*.

Finalmente, nos resta proponer una solución desde el ámbito legislativo que clausure todas las cuestiones de las cuales nos hicimos cargo en el presente estudio y que despeje la incertidumbre jurídica respecto de un tópico de suma importancia en el marco de la protección de los derechos fundamentales de un grupo o clase de personas que sirven a la Administración del Estado. Así, en términos generales, de *lege ferenda*, existen dos formas de alcanzar los ideales propuestos.

En primer término y, en sede laboral, debería modificarse el inciso 2º del artículo 1º del Código del Trabajo, con la finalidad de sincerar posiciones y de armonizar la letra de la ley con la realidad fáctica y operativa frente a la tutela de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos. En tal sentido, podría incluirse una redacción tal y como: “Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto

especial, salvo en lo que respecta al procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el cual les resulta totalmente aplicable”.

Otra posibilidad es consignar la aplicabilidad del procedimiento de tutela laboral a los funcionarios municipales dentro de su propia normativa estatutaria. En ambos casos el fin es idéntico: zanjar desde el ámbito legislativo la cuestión sobre la aplicabilidad del procedimiento tutelar laboral a los funcionarios públicos y municipales, en orden a evitar interpretaciones contradictorias que sean perjudiciales para con la salvaguardia de los bienes supremos dentro de la personalidad humana, esto es, los derechos esenciales que emanan de dicha naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, A. (1998). El concepto jurisprudencial de límite de los Derechos Fundamentales. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, España (2)*: 13-31.
- ABELLO-GALVIS, R. (2011). Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI . *Revista Vniversitas (123)*: 75-104.
- AFANADOR, M. I. (2002). El derecho a la integridad personal. Elementos para su análisis. *Revista Reflexión Política 4(8)*: 93-104.
- AGUILAR CARVALLO, G. y CONTRERAS ROJAS, C. (2007). El efecto horizontal de los Derechos Humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. *Revista Ius et Praxis 13(1)*: 205-243.
- AGUILAR CAVALLO, G. (2007). El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. *Revista Ius et Praxis 13(1)*: 205-243.
- ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- ALONSO GARCÍA, M. (1987). *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Ariel Derecho.
- ALONSO OLEA, M. y. (1997). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universidad Complutense.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2005). Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Resolución 60/1, Título IV, Párrafo N° 121. *CUMBRE MUNDIAL 2005: 20 de septiembre de 2005* (pág. 42). Nueva York: Asamblea General de la Organización de las Naciones unidas (aprueba) Plataforma 2015 y más (canal).
- BAQUERIZO MINUCHE, J. (2009). Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación. *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*: 19-52.

- BARROS BOURIE, E. (2001). Lo Público y lo Privado en el Derecho. *Revista de Estudios Públicos* (81): 5-37.
- BASTIDA FREIJEDO, F. (2005). El fundamento de los Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho de la Universidad de La Rioja* (3): 41-56.
- BASTIDA, F. (. (2004). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Editorial Tecnos.
- BERNAL PULIDO, C. (2007). Los Derechos Fundamentales y la Teoría de Los Principios ¿Es la Teoría de Los Principios la base para una teoría adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española? *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (30): 273-291.
- BERNAL PULIDO, C. (2007). *Principio de proporcionalidad y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Biblioteca del Congreso Nacional. (s.f.). *Historia de la Ley Nº 18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo [en línea]* . Obtenido de <file:///C:/Users/Downloads/HL18834.pdf> [consultado: 2 octubre 2014].
- BIDART CAMPOS, G. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México Nº 120 .
- BIELSA, R. (1960). *La función pública: caracteres jurídicos y políticos: la moralidad administrativa*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- BORDALÍ SALAMANCA, A. (2008). La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (30): 185-219.
- BOROWSKY, M. (2003). *La estructura de los Derechos Fundamentales (traducc. por Carlos Bernal Pulido)*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- BOVERO, M. (2001). Tutela supranacional de los Derechos Fundamentales y ciudadanía (traducc. Corina Yturbe). *Revista Internacional de Filosofía Política* (18): 5-23.
- BREWER CARIÁS, A. (1996). La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y

- recuperación del Derecho Administrativo. *II JORNADAS de Derecho Administrativo: 12 al 15 de noviembre 1996.*, (61 p.). Caracas.
- CALDERA DELGADO, H. (1992). Juridicidad, Legitimidad y Principios Generales de Derecho. *Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (52)*: 127-144.
- CANESSA MONTEJO, M. (2008). Los derechos humanos laborales. El núcleo duro de derechos (core rights) y el “ius cogens” laboral. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales (72)*: 111-151.
- CARPISO, J. (2011). Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional (25)*: 3-29.
- CASSIN, R. (1992). El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal . En D. HERRENDORF, *Teoría general y política de los Derechos Humanos* (pág. 187). México: Comisión Internacional de Derechos Humanos.
- CEA EGAÑA, J. L. (1982). Estatuto Constitucional de la Información y la Opinión. *Revista Chilena de Derecho 8(1)*: 5-40.
- CEA EGAÑA, J. L. (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CEA EGAÑA, J. L. (2002). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial de la Universidad Católica de Chile.
- CEA EGAÑA, J. L. (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y garantías, Tomo II*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CEA EGAÑA, J. L. (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. 1ª Edición*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CERNA, C. (1995). *La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socioculturales*. San José: Revista Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo II.
- CHOMALI, F. (2007). Derecho a la vida, derecho fundamental. Teología y Vida. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal 68(4)*: 413-423.
- Código del Trabajo Interpretado. Tomo I. 3ª Edición*. (2008). Santiago: Editorial Punto Lex S.A.

- Comisión de Trabajo y Previsión Social. (2001). *Boletín N° 2.626-13 proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica*. Informe Comisión de Trabajo y Previsión Social.
- Congreso Nacional. (de 9 de noviembre de 2010). *Boletín N° 7.293-07, Proyecto de Reforma Constitucional sobre Negociación Colectiva y Derecho a Huelga de los Funcionarios Públicos*. (estado: rechazado, con fecha 12 de febrero de 2015).
- Contraloría General de la República (2009). *Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- Contraloría General de la República (2013). *Estatutos Municipales*. Santiago: División de Municipalidades, Subdivisión Jurídica.
- Contraloría General de la República (s/a). *Manual de Remuneraciones. Escala de Sueldo y Asignaciones del Sector Municipal Decreto Ley N° 3.551, Título II, de 1980*. Santiago: Editado por Subdivisión Jurídica de la División Municipalidades de la Contraloría General de la República.
- Consejo por la Transparencia (2013). *Jurisprudencia Municipal. Abril 2009 a Diciembre 2013. Serie de Cuadernos de Trabajo*. Santiago: Ediciones Consejo para la Transparencia.
- CORRAL TALCIANI, H. (2000). Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación. *Revista Chilena de Derecho* 27(2): 331-355.
- CORRAL TALCIANI, H. (2011). *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Corte Suprema. (2000). MONARDES FLORES, JUAN CARLOS (casación en el fondo). *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (2): 93-96.
- Corte Suprema. (2001). 29 de enero de 2001. Maturana Silva, María Soledad. Casación en la forma y en el fondo. 2001. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (1): 22-27.
- COTINO HUESO, L. (2007). *Derecho Constitucional II. Derechos fundamentales. Materiales docentes de innovación educativa*. Valencia: Publicaciones Universidad de Valencia.

- COTINO HUESO, L. (2008). *Materiales para la Maestría de Derecho Público*. España: Universidad Santo Tomás.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantía*. Madrid: Editorial Tecnos.
- DE LA CUEVA, M. (1960). *Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. 5ª Edición*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- ENTRENA CUESTA, R. (1982). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- FABREGAT MONFORT, G. (2003). La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿*ius Ressistentiae* o *Solve et Repete*? *La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius Ressistentiae o Solve et Repete? Revista del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Valencia (27): 1-10.*
- FEDRE, G. (2003). *Responsabilidad de los funcionarios públicos. Trabajo Final*. Santa Fe, Argentina : Universidad Abierta Interamericana.
- FERNÁNDEZ RICHARD, J. (2011). *Derecho Municipal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERRAJOLI, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2001). *FERRAJOLI, Luigi. 2001. Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2006). Sobre los Derechos Fundamentales . *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Cuestiones Constitucionales, Universidad Nacional Autónoma de México (15): 113-136.*
- FIGUEROA YÁÑEZ, G. (2012). *Curso de Derecho Civil. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FRAGA, G. (1971). *Derecho Administrativo*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- GAMONAL CONTRERAS, S. (1998). *Introducción al derecho del trabajo*. Santiago: Editorial Conosur Ltda.
- GAMONAL CONTRERAS, S. (2013). El principio de protección del trabajador en la Constitución Chilena. *Revista de Estudios Constitucionales (1): , 425-458.*

- GAMONAL CONTRERAS, S. (2014). *Fundamentos de Derecho Laboral. 4ª Edición actualizada*. Santiago: Editorial Legalpublishing.
- GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Revista Centro de Estudios Constitucionales de Chile* (2):, 229-282.
- GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A. (1971). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, Volumen 1, 2ª Edición*. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.
- GARRETÓN, M. (1978). En torno a la problemática actual de los Derechos Humanos. *Revista de la Vicaría de la Solidaridad* (1): 1-29.
- GASCÓN ABELLÁN, M. y. (2005). *La argumentación en el Derecho. 2ª Edición corregida*. Lima : Palestra Editores.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una Teoría de los Derechos Humanos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GORDILLO, A. (1974). *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomo I, 1ª Edición*. Buenos Aires: Editorial Machi.
- Gregory Lawrence Pankow con Consultores de Idiomas y Servicios E y V Limitada, Sentencia ROL N° 2.712-2005 (Corte Suprema 28 de septiembre de 2006).
- GUARIGLIA, C. (2005). Derecho Público y Derecho Privado ¿Dicotomía o Falsa Antinomia? *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* (7): 21-30.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, M. (2008). Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el método de casos. *Revista de Estudios Constitucionales* 6(2): 73-119.
- HERRERA ROBLES, A. (2004). Función pública de los servidores municipales en Colombia. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte* (21): 67-95.
- HORVITZ LENNON, M. I. (2008). *Principios y garantías del proceso penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HUIDOBRO SALAS, R. (2008). Aproximación a la responsabilidad extracontractual en el ámbito municipal. En R. PANTOJA BAUZÁ,

- Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (págs. 393-398). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HUMERES NOGUER, H. (2005). Corte Suprema, 23 de junio de 2005. Vilches Zapata, Ricardo con Segetrans Transportes S.A. (Casación en el Fondo). *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (1): 369-372.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014). *Informe Anual 2013 Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago: Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- IRURETA URIARTE, P. (2013). El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la Libertad de la Empresa. *Revista Estudios Constitucionales* (2): , 369-424.
- KOSOVSKI, E. (2006). Abuso de poder: nuevas medidas contra la prepotencia. *Revista Ilanud* (27): , 61-74.
- LOPERA, G. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MARIENHOFF, M. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. 4ª Edición*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- MARÍN, U. (2000). *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*. Santiago: Editorial Conosur.
- MARTÍNEZ BARGUEÑO, M. (1995). La reforma de la relación de empleo público en Italia. *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (2): , 27-46.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. (1997). *La Garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- MARTINS, D. (1965). *Estatuto del Funcionario*. Montevideo: Editorial Montevideo.
- MEDINA QUIROGA, C. (2003). *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- MELÉNDEZ, F. (2012). *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional*

Comparado. 8ª Edición. Bogotá. Bogotá: Fundación Editorial Universidad del Rosario.

- MELIS VALENCIA, C. (2010). *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Santiago : Editorial Legalpublishing.
- MELLA CABRERA, P. (2012). Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela Laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (39): 177-219.*
- MERA MANZANO, R. (2002). Corte Suprema, 29 de enero de 2002. Silva Díaz, Eduardo (Casación en el Fondo). *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 18-21.*
- MILLAR SILVA, J. (2000). Alcance del control de legalidad: Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973. *Revista de Derecho de Valdivia 11(1): 83-94.*
- MOLINA GUAITA, H. (2011). *Derecho Constitucional. 11ª Edición*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot.
- MORAGA KLENNER, C. (2008). *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MUÑOZ LORENTE, J. (1998). *Libertad de Información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- NASH ROJAS, C. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- NIKKEN, P. (1987). *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: Editorial Civitas.
- NIKKEN, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Internacional de Derechos Humanos 52(1): 55-140.*
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2003). Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia. *Revista Ius et Praxis 9(1): 403-466.*

- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Revista Ius et Praxis* 11(2): 15-64.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Ius et Praxis* (2): 13-41.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2007). Derechos contenidos en Tratados de Derechos Humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional. *Revista Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*: 457-466.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2007). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo I*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2008). Informe en Derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción . *Revista Ius et Praxis* 14(2): 561-589.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2009). Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Revista Estudios Constitucionales* 7(2): 143-205.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2013). Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y Derechos Esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la reforma constitucional de 2005. *Revista Estudios Constitucionales* (2): 97-154.
- Organización Internacional del Trabajo (1998). *Examen de una eventual Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Derechos Fundamentales, y del mecanismo de seguimiento apropiado, Informe VII*. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 86.^a Reunión.
- Organización Internacional de las Naciones Unidas (2006). *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de los Derechos Humanos en la cooperación para el desarrollo*. New York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos .

- Organización Internacional del Trabajo (2009). *Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo. 1ª Edición*. Oficina Subregional para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Los Derechos Fundamentales en el Trabajo [en línea]* . Obtenido de <http://www.ilo.org/groups/public/san_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf [consulta: 24 junio 2013].
- Organización Internacional del Trabajo. (2012). *Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo: del compromiso a la acción. Informe IV.* . Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión.
- OJAS CALDERÓN, C. (2007). *Apuntes de Derecho Administrativo: Régimen del personal de la Administración del Estado [en línea]*. Obtenido de <<http://todouniversidad.wikispaces.com/file/view/Administrativo+I+-+Funcion+publica.pdf>> [consulta: 29 septiembre 2014]
- PALAVECINO CACERES, C. (2004). La Protección Contra el Acoso Psíquico Laboral en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Revista de Derecho de Valdivia* 17(1): 63-89.
- PALOMBELLA, G. (1999). Derechos Fundamentales. Argumentos para una teoría. *Revista Doxa* (22): 525-579.
- PALOMENQUE LÓPEZ, M. (1991). *Los Derechos laborales en la Constitución Española*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (2011). *Estatuto Administrativo Interpretado. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (2012). *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (2012). *La organización administrativa del Estado* . Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PAPACCHINI, Á. (2001). Los Derechos Humanos a través de la Historia. *Revista Colombiana de Psicología* (7): 138-200.
- PECES-BARBA, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson, Madrid.
- PÉREZ ARAMBURÚ, E. (2011). *La administración pública en el Estado moderno: Enfoques teóricos para el análisis de la administración pública*.

Trabajo final de grado. Ciudad de La Plata: Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.

- PEREZ LUÑO, A. E. (2005). *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y Teoría del Derecho. 4ª Edición.* Lima: Editorial Palestra.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo. 3ª edición actualizada.* Buenos Aires: Editorial Depalma.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. 1ª Edición.* Madrid: Editorial Trotta.
- ROCCATTI VELÁSQUEZ, M. (1995). Alcances y perspectivas de los organismos públicos de Derechos Humanos. En F. D. de 1995. Ciudad de México: Secretaría de Gobernación.
- RODRIGUEZ MANZINI, J. (2004). *Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales.* Buenos Aires: Editorial Astrea.
- SANCHEZ MORÓN, M. (1996). *Derecho de la Función Pública.* Madrid: Editorial Tecnos.
- SCELLE, G. (1972). Le Droit Ouvrier. En M. DE LA CUEVA, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo* (págs. 180-182). México D.F.: Editorial Porrúa.
- SILVA BASCUÑÁN, A. (1997). *Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad, Nacionalidad y ciudadanía, Justicia Electoral. Tomo IV. 2ª Edición.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA BASCUÑÁN, A. (2008). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XII. 2ª Edición.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA CIMMA, E. (1993). *Derecho Administrativo chileno y comparado. La Función Pública.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA CIMMA, E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Actos, Contratos y Bienes.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA MONTES, R. (2009). *Manual de Procedimiento Laboral.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile .
- SINZHEIMER, H. (1984). *Crisis económica y Derecho del Trabajo.* Madrid: Editorial Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.

- SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J. (1991). Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* (71): 87-109.
- SQUELLA NARDUCCI, A. (2011). *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SUAZO ÁLVAREZ, M. (2008). *Derecho Administrativo*. Valparaíso: Editorial Instituto Tecnológico Universidad de Playa Ancha.
- TAPIA RODRÍGUEZ, M. (2012). Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho de la Universidad de Chile. Comentarios de Jurisprudencia* (2): 251-564.
- THAYER ARTEAGA, W. (1994). Orígenes, Evolución y Perspectivas del Derecho Laboral Chileno. *Revista Estudios Públicos* (54): 223-241.
- TÓRTORA ARAVENA, H. (2010). Las limitaciones a los Derechos Fundamentales. *Revista Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca* (2): 167-200.
- Tribunal Constitucional (1999). 28 de septiembre de 1999. Rol N° 293. . *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCVI* (3): 197-204.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2000). El derecho a la intimidad y la relación laboral. *Boletín oficial de la Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios* (139): 1-23.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2009). *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*. Santiago: Editorial Legalpublishing.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2011). Los derechos en su nueva hora: La teoría externa de los Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (2): 361-373.
- VALDIVIA OLIVARES, J. M. (2006). Teoría del órgano y responsabilidad pública en la Ley de Bases de la Administración del Estado. *Revista de Derecho* 19(2): 133-159.
- VARGAS, M. (2010). La antigua teoría de la separación de los poderes y la moderna doctrina de la colaboración de los poderes públicos como fundamento del Derecho Administrativo. *Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XIV. Doctrinas Esenciales. Derecho Constitucional*: 118-141.

- VERDUGO, M. P. (1994). *Derecho Constitucional. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA BLANCO, A. (2010). La summa divisio iuris público/privado de las disciplinas jurídicas. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Coquimbo* 17(1): 115-128.
- VERGARA CEBALLOS, F. (2013). Asistencia Religiosa y Derecho del Trabajo: el caso de los ministros de culto. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 4(1): 121-140.
- VIAL DEL RÍO, V. (2011). *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VILLAGRÁN ABARZÚA, M. (2015). *Manual de Derecho Municipal. 1ª Edición*. Santiago: Ril Editores.
- VILLALBA BENÍTEZ, L. (2003). *La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo. Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay. Tesina presentada en el marco de la Vª Maestría en Administración y Gerencia Pública INAP*. Universidad de Alcalá: Alcalá.
- VILLASEÑOR GOYZUETA, C. (2011). *Proporcionalidad y Límites de los Derechos Fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- VILLEGAS BASAVILBASO, B. (1949). *Derecho Administrativo. Tomo III*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Á. (2006). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo II. 2ª Edición ampliada*. Santiago: Ediciones Universidad Católica.
- ZAPATA LARRAÍN, P. (2008). *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ZUÑIGA FAJURI, A. (2011). El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria. *Revista de Estudios Constitucionales* (1): 37-64.

JURISPRUDENCIA

- Acuña Rozas con SC Andina Inc (Crown Plaza) , Sentencia RIT O-6-2010 (Segundo Juzgado de Letras de Santiago 11 de mayo de 2010).
- Andrade Vera con Ministerio Público, ROL N° 5967-2013 (Corte Suprema 5 de marzo de 2014).
- Arroyo con Ilustre Municipalidad De Chillan , Sentencia ROL N° T-15-2014 (Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán 16 de marzo de 2015).
- Arroyo Salazar con I. Municipalidad de Chillán , Sentencia T-15-2014 (Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán 16 de marzo de 2015).
- Ballerno con Ilustre Municipalidad de Valdivia , Sentencia ROL N° O-73-2013 (Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia 30 de agosto de 2013).
- Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento, Sentencia ROL N° 10972-2013 (Corte Suprema 30 de abril de 2014).
- Calderón con Comfrut S.A., Sentencia ROL N° O-1223-2015 (Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 25 de junio de 2015).
- Castillo Olave con Intendencia Regional de la Araucanía, ROL N° 1972-2011 (Corte Suprema 5 de octubre de 2011).
- Cerda con Ministerio de Vivienda y Urbanismo , Sentencia ROL N° C-4886-2012 (Noveno Juzgado Civil de Santiago 21 de noviembre de 2013).
- Compañía Eléctrica del Litoral S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles , Sentencia ROL N° 5228-2010 (Corte Suprema 20 de octubre de 2010).
- Consuelo Menéndez Villalobos con Director del Servicio de Salud Metropolitana Central, Sentencia ROL N° 32721-2014 (Corte de Apelaciones de Santiago 15 de octubre de 2014).
- Cortés con I. Municipalidad de Curicó , Sentencia ROL N° 23333-2014 (Corte Suprema 20 de mayo de 2015).
- Cortés con Ilustre Municipalidad de Curicó, ROL N° 87-2014 (Corte de Apelaciones de Talca 26 de junio de 2014).

Fernando Pérez Guajardo con Corporación Municipal para la Educación Salud y Atención de Menores de Quellón, ROL N° 695-2013 (Corte Suprema 13 de noviembre de 2013).

Gallardo Muñoz con ING Seguros de Vida S.A., RIT T-3-2010 (Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt 14 de abril de 2010).

González Castro con Servicio de Salud de Concepción, Sentencia ROL N° 4149-2009 (Corte Suprema 22 de agosto de 2011).

González Plaza Luis Abraham, Bastías Leiva Luis German, Verdejo Contreras Pedro con Fisco De Chile , Sentencia ROL N° 14-2013 (Corte Suprema 16 de octubre de 2013).

Ingesur Limitada con Navarro Mansilla, Sentencia ROL N° 2.804-03 (Corte Suprema 27 de mayo de 2004).

Mazzo Cerna con Buses Gran Santiago S.A., Sentencia RIT O-2998- 2010 (Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 25 de enero de 2011).

Mahnke con Fundación Fernando Álvarez Castillo , Sentencia ROL N° O-316-200 (Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción 26 de noviembre de 2009)

Medina con I. Municipalidad de San Antonio , Sentencia ROL N° 24.388-2014 (Corte Suprema 9 de julio de 2015).

Molina con Servicios Generales Jorge Antonio Aguirre E.I.R.L. , Sentencia ROL N° O-324-2012 (Segundo Juzgado de Letras de Temuco 28 de septiembre de 2012).

Moreno Rebolledo con Sociedad Educacional La Calabaza Limitada , Sentencia RIT O-3998-2014 (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 5 de enero de 2015).

Nawrath Venegas con Universidad Mayor , Sentencia ROL T-156-2014 (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo 17 de junio de 2014).

Peralta con Consejo Nacional de la Cultura y las Artes , Sentencia ROL T-63-2013 (Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso 7 de noviembre de 2013).

Pérez con Corporación Municipal de Quellón , ROL N° 6691-2013 (Corte Suprema 26 de noviembre de 2013).

Quintanilla Meneses, Yohana Daniela con Ilustre Municipalidad de Rengo, ROL N° 6151-2007 (Corte Suprema 14 de enero de 2008).

Ríos Dulansky con Comercial Windsor Limitada, Sentencia ROL N° 5429-2010 (Corte Suprema 23 de noviembre de 2010).

Rodríguez con Diagnósis , Sentencia ROL N° 59-2013 (Corte de Apelaciones de Santiago 22 de abril de 2013).

Ruiz con I. Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda , Sentencia ROL N° C-34010-2012 (Primer Juzgado Civil de San Miguel 24 de diciembre de 2013).

Sociedad Mancilla y Asencio Limitada con Municipalidad de Magallanes, Sentencia ROL N° C-1535-2011 (Primer Juzgado de Letras de Punta Arenas 1 de agosto de 2013).

Trabajadores Hacienda de Brasil con Brasil (Corte Interamericana de Derechos Humanos 11 de diciembre de 2015).

Víctor Prado Villanueva con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, Sentencia ROL N° 4727-2014 (Corte Suprema 19 de mayo de 2014).

Yáñez Arriagada Ximena con Campos Deportivos Llacolen S.A., Sentencia ROL N° 7178-2008 (Corte Suprema 31 de diciembre de 2008).

Sentencia ROL N° T-426-92 (Corte Constitucional de Colombia 24 de junio de 1992).

Dictamen N° 18.646 (Contraloría General de la República 29 de julio de 1992).

Dictamen N° 22.459 (Contraloría General de la República 8 de septiembre de 1992).

Dictamen N° 20.184 (Contraloría General de la República 6 de agosto de 1993).

Sentencias ROL N° 226 (Tribunal Constitucional 30 de octubre de 1995).

Dictamen ORD. N° 1.984/101 (Dirección del Trabajo 28 de marzo de 1995).

Sentencia ROL N° 244 (Tribunal Constitucional 26 de agosto de 1996).

Dictamen N° 6598-298 (Dirección del Trabajo 28 de noviembre de 1996).

Dictamen N° 2856/ 0162 (Dirección del Trabajo 30 de agosto de 2002).

Sentencia ROL N° 375-03 (Tribunal Constitucional 3 de junio de 2003).

Sentencia ROL N° 2.804-2003 (Corte Suprema 27 de mayo de 2004).

Sentencia ROL N° 1767 (Corte Suprema de la Nación Argentina 14 de junio de 2005).

Sentencia ROL N° 437-2005 (Tribunal Constitucional 21 de abril de 2005).

Sentencia ROL N° 994-2005 (Corte de Apelaciones de Antofagasta 26 de noviembre de 2005).

Dictamen N° 649/22 (Dirección del Trabajo 9 de febrero de 2005).

Sentencia ROL N° 477-04 (Corte Suprema 21 de septiembre de 2005).

Dictamen N° 24.330 (Contraloría General de la República 24 de mayo de 2006).

Dictamen N° 2460-111 (Dirección del Trabajo 11 de junio de 2006).

Sentencia ROL N° 1852-2010 (Tribunal Constitucional 26 de julio de 2007).

Dictamen N° 37762 (Contraloría General de la República 21 de agosto de 2007).

Sentencia ROL N° 740-2007 (Tribunal Constitucional 18 de abril de 2008).

Sentencia ROL N° 943-07 (Tribunal Constitucional 10 de julio de 2008).

Sentencia ROL N° 20-2008 (Corte de Apelaciones de Copiapó 21 de noviembre de 2008).

Dictamen N° 2.210-035 (Dirección del Trabajo 5 de septiembre de 2009).

Dictamen N° 2210/035 (Dirección del Trabajo 5 de junio de 2009).

Dictamen N° 3416/049 (Dirección del Trabajo 28 de agosto de 2009).

Sentencia RIT T-10-2009 (Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena 29 de agosto de 2009).

Sentencia RIT T-6-2010 (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 11 de mayo de 2010).

Sentencia RIT N° 27-2009 (Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta 10 de mayo de 2010).

Sentencia RIT N° 1280-2010 (Primer Juzgado del Trabajo de Santiago 27 de agosto de 2010).

Sentencia RIT N° 166-2010 (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 13 de septiembre de 2010).

Dictamen N° 1184/016 (Dirección del Trabajo 10 de marzo de 2010).

Sentencia RIT T-49-2010 (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 10 de junio de 2010).

Sentencia ROL N° 2036-2011 (Tribunal Constitucional 18 de octubre de 2011).

Sentencia ROL N° 1881-2011 (Tribunal Constitucional 3 de noviembre de 2011).

ROLES 1732-10-INA y N° 1800-10-INA (acumulados) (Tribunal Constitucional 21 de julio de 2011).

Sentencia RIT T-14-2012 (Segundo Juzgado de Letras de Santiago 3 de abril de 2012).

Dictamen N° 3519/034 (Dirección del Trabajo 9 de agosto de 2012).

Sentencia RIT T-417-2012 (Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 23 de noviembre de 2012).

Sentencia RIT T-6-2012, (Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique 26 de junio de 2012).

Sentencias ROLES N° 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados (Tribunal Constitucional Español 23 de enero de 2013).

Sentencia RIT T-1-2013 (Tercer Juzgado de Letras de Ovalle con competencia Laboral 3 de mayo de 2013).

Sentencia ROL N° 6.970-2013 (Corte Suprema 13 de noviembre de 2013).

Sentencia ROL N° 10.119-13 (Corte Suprema 24 de diciembre de 2013).

Sentencia RIT N° O-2628-2014 (Primer Juzgado de Letras de Santiago de Santiago 25 de septiembre de 2014).

Sentencia O-1901-2014 (Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 21 de octubre de 2014).

Sentencia ROL N° 7484-2013 (Corte Suprema 15 de enero de 2014).

Dictamen N° 0925-011 (Dirección del Trabajo 7 de marzo de 2014).

Dictamen N° 31.941 (Contraloría General de la República 23 de abril de 2015).

Sentencia ROL N° 2777-2015 (Tribunal Constitucional 30 de marzo de 2015)

Dictamen N° 28.050 (Contraloría General de la República 10 de abril de 2015).