



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO

## **LA TUTELA ANTICIPADA EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.**

### **ESTUDIO Y ANÁLISIS PARA SU ACERTADA COMPRENSIÓN**

**Proyecto de Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas**

Alumnos:

Esteban José Uribe Reyes

Felipe Oscar Olivares Palomo

Santiago, Chile 2016

*A mis padres.*

*A mi hijo Federico*

## TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	01
ABSTRACT	02
INTRODUCCIÓN	03
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JURÍDICOS DE LA LEY 20.087	
1.1. Antecedentes generales	08
1.2. Historia de la ley 20.087	11
1.2.1. Fundamentos del proyecto	11
1.2.2. Historia de la Ley	12
1.3. Discusión Parlamentaria	15
1.3.1. Primer trámite constitucional	15
1.3.2. Segundo trámite constitucional	18
1.3.3. Tercer trámite constitucional	20
1.4. Principios de la ley 20.087 sobre tutela laboral	23
1.4.1. Oralidad	27
1.4.2. Publicidad	29
1.4.3. Buena fe	30
1.4.4. Gratuidad	32
CAPÍTULO II: PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL	
2.1. Aspectos generales del Procedimiento de Tutela Laboral	34
2.2. Naturaleza jurídica del procedimiento de tutela laboral	43
2.2.1. Teoría de la situación jurídica	43
2.2.2. Teoría de la relación jurídica	44
2.2.3. Teoría de la institución jurídica	45
2.3. Publicitación de la relación laboral y abandono de la perspectiva Privatista	46
2.5. Mecanismos procesales alternos	49

### CAPÍTULO III: LA TUTELA ANTICIPADA LABORAL

3.1. La tutela anticipada laboral: conceptos y características	51
3.2. Análisis en particular del artículo 492 del Código del Trabajo	53
3.2.1. La unilateralidad	54
3.2.2. Concentración	54
3.2.3. Inmediación	56
3.2.4. Impulso procesal de oficio	56
3.2.5. Celeridad	57
3.3. Naturaleza jurídica de la tutela anticipada laboral	58
3.4. Derechos que protege el artículo 492	63
3.4.1. Derecho a la indemnidad laboral	66
3.4.2. El derecho a la no discriminación	67
3.4.3. Libertad de trabajo y de contratación laboral	69
3.4.4. Contratación laboral	70
3.4.5. Ciudadanía en la empresa	70

### CAPÍTULO IV: DE LA TUTELA ANTICIPADA: ASPECTOS SUSTANTIVOS, ADEJTIVOS Y DOCTRINALES

4.1. La tutela anticipada laboral en el procedimiento monitorio	77
4.2. Tutela anticipada laboral y colisión de derechos fundamentales	82
4.3. Conflicto entre la tutela anticipada laboral y el debido proceso	85
4.4. Mecanismos de solución en la colisión de derechos fundamentales	89
4.4.1.- Las posturas conflictivistas de los derechos fundamentales en la doctrina nacional	91
4.4.2.- Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales	98
4.4.3 El método de la jerarquización de los derechos	98
4.4.4.- El método de ponderación (Balancing Test)	99

4.4.5.- La Doctrina de las libertades preferidas	101
4.4.6. La Doctrina de los Límites externos	102
4.4.7. Opiniones sobre el estado del arte	102
4.4.8. De la tutela inhibitoria en la legislación brasilera	106
V: CONCLUSIONES	110
5.1. Conclusión	110
5.2. Postura de los tesisistas en torno a la tutela anticipada laboral	114
VI: BIBLIORAFÍA	120
ANEXO I	127
ANEXO II	143
ANEXO III	145

## RESUMEN

Palabras claves: Tutela anticipada. Anticipatoria. Derechos Fundamentales. Procedimiento Monitorio. Artículo 492 del Código del Trabajo.

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar en torno a la naturaleza, características y aplicación práctica de la facultad jurisdiccional que incorporó a nuestra legislación procedimental laboral el actual artículo 492 del Código del Trabajo, denominada doctrinariamente “Tutela Anticipada” o “Anticipatoria”.

La hipótesis normativa, constituida por una parte por el atentado grave a las garantías fundamentales que el sistema general de los Derechos Fundamentales custodia, en los hechos, permite poner fin al conflicto planteado en su dimensión tutelar, sin audiencia e incluso oficiosamente y sin la procedencia de impugnación alguna, lo que podemos reconocer como Tutela Anticipatoria.

La inclusión de la norma del artículo 492 ha sido, criticada por la Doctrina aduciéndose que, principalmente, su aplicación plantea pugna con aquellas normas adjetivas básicas, a propósito del debido proceso y de orden constitucional.

Se concluye la pertinencia de su inclusión en la Ley Procesal Laboral, como un “procedimiento especialísimo” que tiene por objeto la cautela inmediata de derechos fundamentales, frente a una lesión especialmente grave, a través de la suspensión de los efectos del acto impugnado y/o denunciado, lo cual, si bien a primera vista colisiona formalmente con el debido proceso, veremos, éste ha debido imponerse dada la relevancia de los bienes jurídicos que pretende tutelar.

Finalmente, debemos incluir igualmente las nociones relativas al acceso provisorio o provisional de la demanda en el procedimiento Monitorio, pues toca tangencialmente el aspecto central, precisamente en cuanto su anticipatoriedad, pero que sin embargo se justifica en la economía procesal y no -de modo central- en su función esencialmente cautelar.

## **ABSTRACT**

This research work for the degree of Bachelor of Legal Science, aims to reflect on the possibility that incorporates Article 492 of the Labor Law which empowers the court to fail to merit the background of the applicant in payment procedure in a labor court.

The standard allows the judge to end court proceedings ex officio, two specific hypotheses: when you have violated a fundamental labor law seriously and during the payment process, as extracted from Article 500 of the Labour Code.

The inclusion of the provision of Article 492 has been severely criticized on the grounds that mainly legal ground rules are breached, with regard to due process and other constitutional order.

The relevance of its inclusion in the labor procedural law is concluded, as a very special unilateral procedure seeks immediate relief against the serious injury of fundamental labor rights, which, although at first glance formally collides with due process, imposed by the relevance of the legal rights it protects.

Keywords: Guardianship payment procedure early labor-core labor-Rights-Article 492 of the Labour Code.

## INTRODUCCIÓN

Desde ya hace algunos años, la regulación legal del vínculo laboral continúa siendo objeto de múltiples modificaciones las que han dado como resultado un nuevo panorama en el estudio del Derecho Laboral Chileno, tanto en sus aspectos sustantivos individual y colectivo como adjetivos; sin embargo, centraremos nuestro análisis en esta última dimensión.

En este marco, la vigencia de la Ley 20.087 que: “Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo”<sup>1</sup> y que, particularmente incorpora el Procedimiento de Tutela laboral, incorporó cambios de tal gravitación en el ámbito procesal de esta disciplina jurídica, los cuales han tenido una recepción no del todo pacífica en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Dentro del amplio catálogo de análisis que plantea la comentada Ley, este trabajo se centra, como dijimos, en la “Tutela Anticipada o Anticipatoria Laboral” que identificamos como aquella facultad que la Ley entrega al Juez, para -en los hechos- concluir y poner término al juicio en cuanto a su objetivo tutelar, de modo anticipado, en correspondencia con las demandas del trabajador y aún incluso sin resultar imprescindible haber escuchado al legítimo contradictor o sujeto pasivo, bajo ciertos supuestos específicos.

Esta figura, ha sido definida por el Profesor Pablo Eterovic como: “aquella que tiene por objeto satisfacer el derecho material durante el curso del procedimiento, sea total o parcialmente, en forma anticipada a la dictación de la sentencia definitiva ejecutoriada que lo reconoce, y aún más grave, en algunos casos habiendo escuchado a una sola parte”.<sup>2</sup>

El legislador nacional contempló, en torno a la anticipatoriedad pretensional, dos hipótesis específicas: el supuesto de la vulneración de los Derechos Fundamentales en el marco de su aplicación a la relación de trabajo dependiente;

---

<sup>1</sup> Congreso de la República. *ley 20.087: Sustituye El Procedimiento Laboral Contemplado En El Libro V Del Código del Trabajo. Artículo único. Ministerio del Trabajo y Previsión Social.*

<sup>2</sup> ETEROVIC BARREDA Pablo. La tutela anticipada y su constitucionalidad: el caso de la jurisdicción laboral. *Rev. Actualidad Laboral*, Junio-Julio. N° LXXXVIII, Chile p. 11.

y, el caso del Procedimiento Monitorio, en los artículos 492 y 500 del Código del Trabajo, respectivamente.

Frente a lo anterior, proponemos que la fundamentación de la protección cautelar anticipatoria de los derechos subjetivos laborales o también denominados “inespecíficos” y reconocidos en la Ley, debe justificarse fundamentalmente por una razón de suficiencia siendo ella la situación fáctica de tal entidad, que, de no intervenir una resolución inmediata, el statu quo pone en riesgo los derechos garantizados en la Carta Fundamental a uno de los sujetos de la relación de trabajo dependiente.

Este último análisis, es de suyo relevante, toda vez que no había existido en nuestra legislación laboral adjetiva espacio para la creación de los cauces procesales necesarios en la protección de “derechos no patrimoniales”, vinculados, principalmente a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano, sino que solamente aquellos que trataban aspectos fundamentalmente patrimoniales.<sup>3</sup>

La otra hipótesis se sitúa en el marco del Procedimiento Monitorio, que ya precisamos, amerita su comprensión desde una perspectiva más bien económico procedimental o de eficiencia en los recursos públicos, más que propiamente adversarial.

Si bien a la “tutela anticipada” en el ámbito del derecho del trabajo se le valoriza su afán de mejorar la oportunidad en la administración de Justicia, al incorporarse una serie de reglas alternas al diseño del procedimiento de aplicación general, la controversia, surge por tanto, en la lesión a Principios adjetivos fundamentales tales como la Bilateralidad de la Audiencia y el Derecho al Recurso, expresamente mencionado el primero en el artículo 425 CT y que se

---

<sup>3</sup> Señala el profesor Ugarte: “La concepción patrimonial de la tutela procesal laboral, propia del nacimiento del Derecho del Trabajo, sobre la cual se construía la mayor parte de la estructura procedimental de nuestro Código, entendía que el único conflicto o litigio jurídico laboral digno de amparo judicial es el que involucra el ejercicio de derechos avaluables en términos económicos. Y además lo hacía sobre una estructura procedimental que no reconocía la debilidad procesal del trabajador, siendo, más bien, una extensión del proceso civil con un juez especial para fallar. UGARTE CATALDO, José Luis. *La Tutela De Derechos Fundamentales Y El Derecho Del Trabajo: De Erizo A Zorro*. Rev. derecho (Valdivia) vol. 20, no. 2, 2007, p. 98.

traduce en definitiva en el derecho que tienen las partes a ser emplazadas y oídas en juicio y en general al apego al Debido Proceso, transversal a toda la legislación procedimental.

La norma cuyo antecedente hemos podido situar en el Artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral española, tiene serias diferencias con su símil nacional, que integra el artículo 492 CT. En efecto, la norma española<sup>4</sup>, por ejemplo, exige previa comparecencia de las partes y admite alegaciones y pruebas sobre la necesidad de la suspensión, a diferencia del 492 Código del Trabajo que ordena al juez, ya sea actuando oficiosamente o a petición de parte, sin audiencia previa del sujeto pasivo, disponer en la primera resolución que dicte la suspensión de los efectos del acto denunciado, y sin admisión de recurso alguno.

Lo anterior, ha sido interpretado como una decidida lesión al debido proceso.<sup>5</sup>

Como resultado, en el caso en estudio, se profundiza en el razonamiento jurídico de una norma que si bien es de fácil interpretación literal, sólo basta adentrarse someramente en su comprensión y potencial aplicación práctica, para relacionarnos con los cuestionamientos que plantea.

Por lo pronto, el artículo 492 del Código del Trabajo, que se introdujo a propósito del interés legislativo de lograr un real progreso en la modernidad de nuestros cuerpos normativos, que tuviera como resultado un fortalecimiento tanto de la tutela judicial efectiva de los derechos inespecíficos derivados de un vínculo laboral, como asimismo de la propia judicatura laboral, se convierte en fuente directa de múltiples interrogantes acerca de cuán acertado resulta ser el aporte de estas reformas legislativas en el procedimiento de Tutela Laboral; desde que, a nuestro juicio, esta norma constituye un sistema jurídico en sí misma al tiempo que pretende ser expresión de la unificación de todos los principios que se buscaba incorporar a través de la Reforma, a saber: celeridad, oralidad, inmediación,

---

<sup>4</sup>PALAVECINO Claudio; RAMÍREZ SOTO Cristian. *Examen crítico de la sentencia anticipada: Revista chilena del derecho del trabajo y previsión social.* (Vol. I) Chile, 2010, p. 74.

<sup>5</sup>Cfr., ETEROVIC, *ob cit.* p. 10-11.

protección de la parte más débil de la relación laboral, interés individual y colectivo protegido, tutela efectiva, etc.

Sin embargo, también el precitado artículo 492 del Código del Trabajo, contiene una pugna evidente ante aquellos principios legales y constitucionales igualmente consagrados como pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico adjetivo, según expondremos.

Por tanto, este trabajo tiene por fin constituir un aporte al pensamiento crítico y, asimismo, una contribución para aquellos que buscan una herramienta de interpretación científica. En los capítulos que se desarrollarán en las próximas líneas expondremos las principales fortalezas del artículo 492 del Código del Trabajo, como así también sus más importantes cuestionamientos.

El trabajo se desarrolla en cinco capítulos siendo el capítulo I, aquel que cumple una función introductoria donde se presentan los antecedentes generales sobre la entrada en vigencia de la Ley 20.087, se revisan sus antecedentes históricos y doctrinarios, pero analizándose además la naturaleza jurídica del procedimiento de tutela laboral, la historia fidedigna de su establecimiento y los principios que la rigen.

Luego en el capítulo II denominado “Del Procedimiento de Tutela Laboral”, se revisan tanto sus antecedentes histórico-jurídicos como la naturaleza jurídica de la institución. Asimismo se observa la ley española sobre la materia. Seguidamente se realiza un análisis en torno a la “Publicización” de la relación laboral y el abandono de la perspectiva privatista, concluyendo este capítulo con el estudio de los derechos fundamentales específicos e inespecíficos reconocidos en la relación laboral además del concepto de ciudadanía en la empresa.

A su turno, el capítulo III titulado “De la Tutela Laboral anticipada” analiza el concepto que se intenta precisar, para lo cual, se determina la naturaleza jurídica del mismo y de la resolución que se funda en la aplicación del artículo 492 realizándose un paralelo con los caracteres de las medidas precautorias y cautelares. También, se analizan los derechos protegidos a través del procedimiento de Tutela Laboral, consagrados en la Constitución; y, el modo cómo

se ha expandido la protección de los derechos fundamentales en la relación de trabajo en relación con la antigua legislación laboral.

Posteriormente el acápite IV denominado “De la tutela laboral anticipada: aspectos subjetivos, adjetivos y doctrinales” asume las distintas posturas que se han adoptado frente a este tema, así como los mecanismos de solución de controversias cuando aparentemente colisionan derechos fundamentales.

Se concluye respecto de la posición que asume esta investigación sobre la conceptualización y se hace cargo de los problemas que sugiere la doctrina en el marco del ámbito laboral.

La metodología, de investigación correspondió al tipo socio-jurídico, es decir, aquella que considera los antecedentes y contexto de la norma. Este método considera el derecho como un producto social y, por lo tanto, el hecho que se somete a consideración en un juicio debe considerar la realidad en el cual se da. Es aquel tipo de investigación, que considera el antecedente jurídico como perteneciente a una realidad social concreta.<sup>6</sup> Además, cabe indicar que, el método de investigación es de tipo exegético, sociológico. Por tanto se centrará en este punto en la utilización de fuentes secundarias y terciarias de información.

Finalmente, si bien se han formulado críticas, no muchos han desarrollado sus ideas con fines didácticos o académicos, lo que ha significado una existencia poco fecunda de textos y material que permita hacer un estudio acabado del tema. Pensamos, sin embargo, que si bien hoy aparece como un incipiente tema, no será así en el futuro cercano, cuando el ejercicio profesional en el contexto del foro haya debido enfrentarse a las múltiples contradicciones que a través de nuestro estudio hemos podido identificar, y así, por medio del influjo de nuevas tendencias doctrinarias, nos veremos inmersos en un nuevo afán reformista.

---

<sup>6</sup> BRIONES, Guillermo. “Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales y en el Derecho”. Seminario Universidad Libre, Universidad de Chile, Octubre, 2002. p. 14.

## CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JURÍDICOS DE LA LEY 20.087

### 1.1. Antecedentes generales

La justicia laboral había sido duramente criticada por bastante tiempo. Los excesivos plazos de duración de los procedimientos y la debilitada efectividad de los mismos plantearon la necesidad de modernizar los Tribunales laborales.<sup>7</sup> Ello, llevó al Ejecutivo a promover una reforma procedimental que asegurase el correcto resguardo de aquellos derechos fundamentales vulnerados al individuo en el contexto de la empresa o lugar de trabajo<sup>8</sup>. Y, dicho sea de paso, se intentó dar respuesta a una demanda de justicia laboral más oportuna y eficaz, tan anhelada por años. Al respecto, el profesor, Ugarte Cataldo sostenía: “En Chile el derecho del trabajo quedó reducido a un espacio de preocupación mínimo que eran los horarios y los salarios, relegando a un segundo plano los derechos constitucionales, especialmente aquellos de naturaleza colectiva”<sup>9</sup>.

En este contexto y dentro de las etapas de la puesta en marcha de la nueva justicia laboral<sup>10</sup>, entró en vigor un procedimiento que incorpora cambios radicales principalmente de tipo adjetivo. Ello, pues como explica el profesor Ugarte “pese a la existencia de diversas normas que apuntan en la línea de reconocer la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, nuestro orden jurídico presentaba un evidente déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos, lo que se expresaba,

---

<sup>7</sup> NARCIA TOBAR Eugenio. (2005) Reflexiones sobre la nueva justicia laboral: consideraciones generales. México. p. 179

<sup>8</sup> MORERA GUILLÉN Nidia Esther. “Derechos laborales en el marco de la globalización económica.” Serie de investigaciones del Proyecto de Investigación “Políticas de Empleo en Costa Rica” No. 215-97-269. Escuela de Trabajo Social denominada Políticas Sociales en Costa Rica, Costa Rica, p. 21.

<sup>9</sup> UGARTE CATALDO José Luis. Tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. En: Revista de Derecho Vol. XX N° 2. Dic. 2007. pp. 61.

<sup>10</sup> Etapas estipuladas para la implementación gradual de la nueva justicia laboral.

I Etapa: 31 de marzo de 2008, en las regiones de Atacama y Magallanes.

II Etapa: 31 de octubre de 2008 en las regiones de Tarapacá, Coquimbo, Valparaíso y Los Ríos.

III Etapa: 30 de abril de 2009, en las regiones de Antofagasta, O’Higgins, Maule y Biobío.

IV Etapa: 31 de agosto de 2009, Región Metropolitana.

V Etapa: 30 de octubre de 2009, en las regiones de La Araucanía, Los Lagos, Aysén y en la Región de Arica y Parinacota.

precisamente, en la falta de cauces procesales idóneos y específicos, situación que lo aleja considerablemente del nivel de aquellos países que se han tomado en serio la idea de otorgar tutela efectiva a dicho derechos”<sup>11</sup>.

La reforma procesal laboral de 2005 modificó el modelo organizativo de la justicia especializada del trabajo y de seguridad social de acuerdo con las políticas públicas en materia de judicatura y procedimientos seguida primeramente en lo penal y familiar, y enfrentó, además, el problema de la insuficiencia y falta de oportunidad en las decisiones de los Tribunales del Trabajo, que entre otras consecuencias produjo la lentitud y retardo de los procesos, con efectos importantes en la solución de controversias y en la tutela efectiva de los derechos laborales a que está llamado el órgano jurisdiccional.<sup>12</sup>

En este contexto surge el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales laborales<sup>13</sup>. Se incorpora, entonces, a la realidad normativa un catálogo de derechos fundamentales en las relaciones laborales, influido por el concepto de “ciudadanía en la empresa”, refiriéndose con ello tanto al resguardo de la vulneración de los derechos esenciales del individuo en el espacio de trabajo cuanto a que éstos serán igualmente tutelados frente a su amenaza.

Podemos advertir que la vía estándar que contempla nuestro ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos fundamentales, es la Acción de Protección de garantías constitucionales. Sin embargo, ésta se había mostrado ineficaz para la tutela de dichos derechos en la relación laboral.<sup>14</sup> Toda vez, que más allá de la consagración formal de dichas garantías, no existía una tutela idónea por la vía de la acción de protección, por falta de tutela por vía laboral especial, además de una reducida fructuosidad judicial laboral por la vía ordinaria, debido, entre otras causas, a la demora y falta de oportunidad que presentaba la tramitación de los procedimientos del trabajo ordinarios, que hacen que la sentencia, en caso que

---

<sup>11</sup> UGARTE CATALDO José Luis. Ob. Cit., p. 58

<sup>12</sup> URIBE Enrique. “Nueva Justicia Laboral” (en línea) Disponible en: [http://www.sofofa.cl/BIBLIOTECA\\_Archivos/Eventos/2008/05/05\\_euribe.pdf](http://www.sofofa.cl/BIBLIOTECA_Archivos/Eventos/2008/05/05_euribe.pdf) (consulta 9-04-2014)

<sup>13</sup> Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. La terminología de los derechos humanos se utiliza en el ámbito internacional porque lo que están expresando es la voluntad planetaria de las declaraciones internacionales.

<sup>14</sup> UGARTE CATALDO José Luis. Ob. Cit., p. 59

ella estableciera la existencia de un derecho fundamental violado, sea absolutamente inoperante.<sup>15</sup>

Con esta reforma el derecho del trabajo vuelve a un cauce lógico, en el que el mundo del trabajo debe estar protegido y amparado por la Norma Fundamental<sup>16</sup>, tendencia que parte de la Doctrina ha denominado “constitucionalización del derecho del trabajo.”<sup>17</sup>

Lo anterior se entiende además, dentro del contexto de la globalización y de las relaciones internacionales entre los distintos Estados<sup>18</sup>. Así, se les exige a éstos, mejorar los mecanismos que aseguren la protección a dichos derechos fundamentales<sup>19</sup>, también conocidos como derechos inespecíficos o derechos humanos<sup>20</sup>.

La necesidad de esta reforma estaba dada por la realidad en el funcionamiento de los procedimientos de naturaleza laboral, los cuales se estimaba que demoraban en promedio, -en la Región Metropolitana-, entre 305 días en los pleitos desarrollados en un Juzgado Laboral y de 420 días ante uno no especializado como son los de Juzgados de Letras con competencia laboral, llegando en ciertos casos a obtenerse una resolución de primera instancia pasados incluso 3 años de litigio.

---

<sup>15</sup> LÓPEZ, Diego. 2004: "Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad para las personas que trabajan", en *Temas Laborales*, año 9, núm. 22, Noviembre, pp. 1-3.

<sup>16</sup> UGARTE CATALDO José Luis. Ob. Cit., pp.1.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> FLORES MONARDES, Álvaro. LA REFORMA A LA JUSTICIA DEL TRABAJO En: REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 6 – Año 2005 Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002. pp. 149

<sup>19</sup> Debemos señalar que en el Acuerdo Marco existe una prioridad a la creación del empleo, a la cooperación social, respecto de los derechos sociales fundamentales, derecho a negociaciones colectivas y no discriminación, la abolición del trabajo forzado y el trabajo de niños, así como la igualdad entre hombres y mujeres. En definitiva existe una real cooperación social que se centra en el respeto por la norma interna, así se incluyen foros de cooperación entre empresarios, trabajadores y consumidores, que no se habían realizado hasta ahora. De esta forma el efecto práctico en materia laboral en este sentido lo encontramos en una sustitución por la mano de obra por una tecnología importada pero con un escaso impacto laboral, además de la pérdida de la competitividad productiva, especialmente en la PYMES, que son en definitiva quienes integran casi el 80% de la contratación de la mano de obra.

<sup>20</sup> Entendiéndose por éstos, aquellos que: “sin ser netamente laborales, se aplican en relación al trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador”

Según el profesor Caamaño Rojo: “Un punto fundamental en esta reforma es la incorporación y aseguramiento de los derechos constitucionales al interior de las empresas, de manera que se establezcan relaciones laborales no discriminatorias y con pleno respeto a los derechos de los trabajadores, esto en un clima de diálogo social y totalmente en concordancia con los Convenios Internacionales para así brindar una efectiva tutela de los derechos de los trabajadores y trabajadoras de nuestro país”<sup>21</sup>.

En este nuevo escenario, los derechos fundamentales del trabajador vienen a constituir una salvaguarda necesaria de su libertad y dignidad ante la insuficiencia de un sistema normativo adjetivo que resultaba incapaz muchas veces, de dar respuestas eficaces y oportunas, en un contexto caracterizado además por la falta de pleno convencimiento acerca de las potencialidades del Derecho del Trabajo frente al nuevo orden económico y a las aspiraciones de desarrollo. Con lo anterior, se mantenía cierta deficiencia del sistema de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales para garantizar efectivamente su vigencia al interior de la empresa.

Este proceso de tutela judicial efectiva a los derechos fundamentales de contenido laboral responde a un proceso denominado “Publicización del derecho del trabajo”. De modo muy elemental y aproximatorio, diremos que la referida publicización del derecho hace alusión al fenómeno según el cual el ordenamiento jurídico de relaciones individuales de un país y por tanto el derecho considerado en sí mismo, debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución Política de dicho país.

## **1.2.- Historia de la ley 20.087.**

### **1.2.1.- Fundamentos del proyecto.**

Tal como consta en la historia de la ley, esta iniciativa se enmarca dentro de una serie de esfuerzos para modernizar la justicia laboral y previsional, la cual debió ser reformada siguiendo principios procesales como la especialidad, la

---

<sup>21</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo. La situación laboral de los trabajadores suministrados en Chile. En: Revista *Ius et Praxis*, 13 (2): 2007. pp. 158.

concentración, la publicidad, la inmediación, la contradicción y la oralidad. Todas estas iniciativas, en conjunto, deberán tender a lograr una justicia que sea accesible a toda la población y que trabaje con celeridad para resolver los conflictos de relevancia jurisdiccional de manera oportuna y en condiciones objetivas de imparcialidad. La modificación a la justicia laboral y previsional debe eliminar cualquier distancia entre el juez, el proceso y las partes. Los litigantes deben percibir directamente que el juez escucha y resuelve sobre la base de las pruebas y alegatos presentados en un solo acto y no por argumentos ajenos al proceso<sup>22</sup>.

La especialización es uno de los principios que guía este proyecto, y ella nace fruto de la complejidad de las relaciones económicas y de las normas que regulan el Derecho Laboral y la Seguridad Social, pues ellas reclaman ser conocidas por jueces especialmente formados en los principios rectores de esta rama del Derecho, el que responde a criterios específicos diversos del Derecho Civil y Comercial. El Derecho Civil se sostiene en los principios de la autonomía de la voluntad, libertad contractual, disponibilidad de los derechos e igualdad de las partes. En tanto, el Derecho del Trabajo tiene un claro carácter tutelar de la parte más débil de la relación laboral, que determina la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador y una fuerte restricción a la libertad contractual, entre otros principios propios y distintivos.

### **1.2.2. Historia de la ley.**

El origen de la ley 20.087, se encuentra en el mensaje presidencial N° 4-350 de fecha 22 de septiembre de 2003, que se titula Proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo.

En el marco del proceso legislativo de la formación de esta ley podemos distinguir el desarrollo de los diversos trámites constitucionales desde su iniciativa

---

<sup>22</sup> CAMARA DE DIPUTADOS, legislatura 353<sup>a</sup> ordinaria, Sesión 56<sup>a</sup>, en martes 8 de noviembre de 2005, pág. 5

hasta su posterior texto definitivo, en base a la discusión que se producen tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado de la República, tanto de la opiniones vertidas por los legisladores como por los académicos invitados a ilustrar los diversos alcances de la ley, como también los oficios que emanan de otros poderes del Estado como el Judicial, que van dando luces respecto de los objetivos teóricos y prácticos de la norma materia de este estudio.

Por medio del oficio N° 4573 de 2 de octubre de 2003 el presidente de la Cámara de Diputados solicita a la Corte Suprema, a través de su Presidente, su opinión respecto del proyecto de ley, remitiéndole para estos efectos el mensaje presidencial donde se contienen las ideas matrices de la ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo.

A su turno la Corte Suprema, por medio del Oficio N° 2346, responde a los requerimientos de la Cámara de Diputados, contenidos en el oficio precitado en el párrafo anterior señalando, entre otras cosas, a este respecto<sup>23</sup>:

En el artículo 444 del proyecto, inciso final, se consignaba que la función cautelar del Tribunal comprende la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo perseguido, incluidos los que tengan relación con deudas, créditos, bienes, valores y otros derechos de las partes, así como de sus empresas o personas relacionadas o que tengan interés en ella.

Se observa que estas funciones podrían ejercerse sin perjuicio ni menoscabo del secreto o reserva de información que otros preceptos legales impusiese. Por vía de ejemplo, pueden citarse las obligaciones de secreto o reserva que impone a los bancos el artículo 154 de la Ley General de Bancos (D.F.L. N° 3, de 26 de Noviembre de 1997, publicado en el Diario Oficial de 19 de Diciembre de 1997), bajo sanciones, que en el caso de infracción al secreto bancario conlleva pena de reclusión.

---

<sup>23</sup> Ídem

Si bien el artículo 154 citado dice que la "justicia ordinaria", en las causas que estuviere conociendo, podrá ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario, lo cierto es que los jueces de letras del trabajo, aun cuando es cierto que el Código Orgánico de Tribunales y el mismo Código del Trabajo los señalan como tomando parte del Poder Judicial, no lo es menos que también disponen que son tribunales especiales, distintos de los tribunales ordinarios que componen la denominada "justicia ordinaria", por el precitado artículo 154, norma que puede ser estimada especial y de aplicación preferente al nuevo artículo 444 del Código del Trabajo que se propone en el proyecto, lo que originaría conflictos de aplicación en el caso que los jueces de letras del trabajo requirieran información a los bancos.

También señala que: "En el nuevo artículo 447 se dispone que el juez, de oficio, si estimare que es incompetente para conocer de la demanda, ha de declararlo así, señalando el tribunal competente. Convendría agregar que el juez, en tal caso, remitirá los antecedentes al tribunal competente, procediendo también de oficio."

En el artículo 451 propuesto, se dice que en el evento de solicitarse diligencias de prueba en la demanda, el tribunal, conjuntamente con la citación, deberá pronunciarse sobre la pertinencia de la prueba solicitada. Más adelante, en el artículo 458, se señala que el juez, en la audiencia única, resolverá en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida.

De igual modo, en el artículo 447 se faculta al juez para que, de oficio, advierta a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido en la demanda, a fin de que los subsane.

Todas estas facultades entregadas al juez importan, en cierta forma, obligarlo a anticipar pronunciamientos que son inherentes a su función jurisdiccional, propia e imparcial, restándole la objetividad necesaria, lo que nada

tiene que ver con el carácter protector que suele reconocerse al Derecho del Trabajo.

En el artículo 469 se dispone que a partir de la contestación de la demanda y hasta el término de la audiencia el tribunal pueda de oficio y por resolución fundada, decretar las medidas necesarias para formarse plena convicción sobre los hechos de la causa y su adecuada resolución.

### **1.3.- Discusión Parlamentaria.**

#### **1.3.1. Primer trámite constitucional**

El Diputado Jorge Burgos, en la discusión llevada en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, señaló en que se traducía la reforma<sup>24</sup>: “Se propone, en lo medular, un rediseño de los procedimientos laborales que permitan la reducción de los tiempos de duración de los juicios, mediante la transformación de procesos escritos -como actualmente ocurre- a orales, públicos, y en los que prime el principio de inmediación, que significa que debe existir un contacto directo entre el juez y las partes”.

Luego agrega: “Sobre los procedimientos de protección de los derechos fundamentales, el proyecto establece la competencia de los tribunales laborales para conocer de los asuntos derivados de actos de discriminación en el ámbito laboral o de actos que vulneren los derechos fundamentales de los trabajadores. En estos casos, se estimó importante establecer la especialidad del procedimiento y de la competencia. Se trata de derechos fundamentales de los trabajadores que exceden a los que tradicionalmente se han considerado derechos propiamente laborales, como la sindicalización, la negociación colectiva y otros. Esta nueva modalidad procesal busca salvaguardar el ejercicio de los derechos de las personas, los cuales son inviolables en cualquier circunstancia, incluso al interior de la micro sociedad que es la empresa, y están garantizados para todos los habitantes en la Constitución Política, como la intimidad, la honra, la

---

<sup>24</sup> CAMARA DE DIPUTADOS, historia de la ley, pág. 231-232

libertad personal, la propiedad y otros. Las violaciones a estos derechos fundamentales podrán ser conocidas por los tribunales laborales en un procedimiento especial”.

Sobre la responsabilidad por daños, el Diputado indica que: “el proyecto establece la competencia de la justicia laboral para conocer de los asuntos en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador, incluida reparación del daño moral, por actos producidos durante la vigencia del contrato y que emanen de actos previos o posteriores a la relación laboral”.

Por su parte, el Diputado Nicolás Monckeberg, indicó que el proyecto de ley en comento no tenía mucho asidero por dos causas<sup>25</sup>: “La primera, porque podría pensarse que el proceso es lento: faltan tribunales, instituciones que hagan más expedita las distintas instancias. La segunda, porque falta la debida asistencia jurídica al trabajador que no tiene los medios para pagarla. Éste es un tema pendiente respecto del cual el Congreso Nacional debe hacerse responsable. No podemos dormir tranquilos sabiendo que estas personas deben enfrentar instancias judiciales con alumnos en práctica, en circunstancias de que su contraparte es asesorada por abogados particulares y preparados. Cada día llegan a las Corporaciones de Asistencia Judicial cientos de trabajadores, cuyos derechos han sido vulnerados, a pedir asesoría, y deben conformarse con abogados en práctica -son cambiados cada seis meses-, quienes, evidentemente, no están en condiciones de defender sus derechos como ellos quisieran”.

Además indicó que: “El proceso que se propone es copia del sistema español. En él se consideran las mismas instituciones: audiencia oral, única y todo lo que veremos más adelante. La diferencia es que en España hay cuatro veces más tribunales -en relación con el número de habitantes- de los que se crearán en Chile. Se quiere aplicar ese procedimiento, pero no se crean los tribunales que se requieren. Es como comprarse un automóvil que alcanza una velocidad de trescientos kilómetros por hora, sin que existan las carreteras habilitadas para ello”.

---

<sup>25</sup> Ibidem, pág. 234.

A su turno la Diputada Ximena Vidal manifestó cómo, a su juicio, se desarrollan actualmente las relaciones laborales<sup>26</sup>: “El mundo global actual nos exige crear diversas herramientas que resuelvan los conflictos laborales, dada la movilidad y la rapidez con que suceden las cosas en el nuevo escenario laboral. Las nuevas formas de contratación y una economía libre de mercado sin mayor fuerza regulatoria, en definitiva, nos obliga a responder, con rediseños, los desafíos de las diferentes áreas involucradas en el tema”.

En la misma instancia el Diputado Pedro Muñoz expresó cuatro aspectos que constituyen, a su parecer, el nudo fundamental de este nuevo proceso<sup>27</sup>:

“La oralidad, permitirá mayor transparencia y comprensión de los trabajadores del avance de los juicios. La concentración y el impulso procesal apuntan a tener juicios más breves, que no se dilaten eternamente con prácticas de litigación abusiva, generalmente de la parte más poderosa. La inmediación, en tanto, le dará al magistrado cercanía con las partes para conocer de los diversos aspectos del juicio y contribuirá también a la agilización de las causas”.

Además aseveró que las cifras que respaldan esta iniciativa son elocuentes, diciendo: “El tiempo promedio de tramitación de las causas laborales, en primera y segunda instancia, es de cuatro a cinco años en total, y la deserción de las partes alcanza al 65 por ciento. Cuando hablamos de cobro de remuneraciones impagas que sirven para el sustento diario de miles de familias, cuatro o cinco años son un lapso demasiado extenso. Un procedimiento antiguo y lento termina premiando al litigante inescrupuloso que gana por cansancio y no por tener la razón. Esto habla a las claras de un sistema de justicia laboral que no está cautelando los derechos de los trabajadores, por lo que debe ser mejorado sustantivamente”.

---

<sup>26</sup> Ídem, pág. 237

<sup>27</sup> Ibídem, pág. 239.

### 1.3.2. Segundo trámite constitucional.

En esta parte del proceso de formación de la Ley 20.087, la Diputada Ximena Vidal expuso la importancia histórica de esta reforma, y afirmó<sup>28</sup>: “Es, quizás, la más importante desde la dictación del Código del Trabajo, en 1924, además de la modificación del régimen previsional y de seguridad social a comienzo de los años ‘80, cuando se crean -para bien o para mal- las AFP y las ISAPRES. Es una reforma que va en beneficio directo de los trabajadores, ya que actualmente no hay igualdad real entre trabajadores y empleadores. El derecho es el llamado a superar esta situación para que los conflictos que entre ellos se den sean solucionados por normas rápidas, eficaces y justas en el tiempo. Una justicia que llega tarde, es una injusticia. El procedimiento de tutela laboral es una verdadera innovación en el marco del derecho del trabajo, puesto que se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas por la aplicación de las disposiciones que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política, números 1º, inciso primero, integridad física y síquica de la persona; 4º, inciso primero, respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia; 5º, inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; 6º, inciso primero, libertad de conciencia; 12º, inciso primero, libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa, y por cualquier medio; 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”.

En esta misma oportunidad el Diputado Boris Tapia reseñó la paradoja que se produce entre el avance en materia de garantías jurídicas a los trabajadores y su ejercicio a través de los procesos judiciales, mencionando<sup>29</sup>: “No basta con avanzar en el perfeccionamiento de los derechos de los trabajadores o en un sistema de protección de los derechos laborales si no se soluciona el tema de la eficacia de esos derechos. Un derecho laboral no es eficaz si no cuenta con un adecuado sistema procesal capaz de amparar sus pretensiones y acciones. Un

---

<sup>28</sup> Ídem, pág. 324.

<sup>29</sup> Ibidem, pág. 325

sistema como el actual, en el que los trabajadores deben esperar años para ver concretadas sus expectativas, no otorga protección a los asalariados. Hoy Chile dista mucho de contar con un sistema judicial que otorgue garantías a los trabajadores y trabajadoras. El día que poseamos un sistema de tribunales y un proceso adecuado a nuestra realidad laboral, podremos afirmar que contamos con una legislación laboral eficaz, pero ahora no lo podemos decir”.

En esta misma instancia, pero esta vez en el Senado de la República el Senador Carlos Bombal, señaló que<sup>30</sup>: “(...) al no existir mecanismos de control jurisdiccional, El principio in dubio pro operario es aplicable al Derecho Laboral sustantivo, y no al Derecho Procesal Laboral, porque este último es un tipo más de proceso judicial”.

Vinculado con lo anterior, agregó: “Me parece bien que ese principio esté presente en el Derecho Laboral sustantivo. Cuando surge una controversia y es llevada a juicio, estimo que se debe asegurar de la manera más exhaustiva -para que esta reforma tenga plena eficacia- el debido proceso y que las partes cuenten con garantías absolutas respecto a sus derechos”.

A su vez en la intervención del Senador Baldo Prokurica, expresa los motivos por los cuales se justifica la iniciativa de ley, señalando<sup>31</sup>: “La extensión de los juicios del trabajo en el tiempo -una minuta explicativa del Ministerio del Trabajo entregada hoy señala que la primera instancia puede durar tres años, y la segunda, dos-; los costos involucrados; la no correspondencia entre el juicio declarativo y la velocidad de los cambios que se producen en las relaciones de trabajo, y, muy principalmente, la profunda transformación experimentada por el ordenamiento procesal en las disciplinas penales y de familia, justifican plenamente el proyecto”.

Adicionado a lo anterior, aseguró que: “Quizás una de las principales razones estriba en el hecho de que la justicia lenta no es justicia. Más aún, en la mayoría de estos juicios las partes no están en igualdad de condiciones; por tanto,

---

<sup>30</sup> Ídem, pág. 452

<sup>31</sup> Ibidem, pág. 749

el tiempo corre en contra del trabajador. Éste vive básicamente de su remuneración. En consecuencia, un juicio muy lato termina doblegándolo, no por la razón, sino por el tiempo”.

El Senador Carlos Cantero en la discusión parlamentaria también constató las diferencias que se producen por la falta de igualdad de armas entre las partes en el proceso laboral, y dijo<sup>32</sup>: “Me parece, además, que el proyecto constituye una respuesta oportuna y adecuada a una realidad nacional que golpea duramente: la asimetría con que los trabajadores encaran los procesos laborales, al verse expuestos a situaciones muy engorrosas e injustas, como la de tener que enfrentar a equipos de abogados que aplastan y atropellan sus derechos en forma bastante impune”.

Sin embargo, agregó: “creo que este avance en materia de justicia laboral debe tener un correlato en el ámbito del Ministerio del ramo, particularmente en la Dirección del Trabajo. En efecto, es necesario realizar esfuerzos que efectivamente permitan a estas instituciones, primero, contar con recursos humanos adecuados para el cumplimiento de sus funciones”.

### **1.3.3. Tercer trámite constitucional**

Ya en la última parte de la tramitación de la ley, nuevamente en la Cámara Política, el Diputado Rodolfo Seguel, ilustró los posibles eventos que podían producirse al tenor del nuevo estadio procesal, indicando, ya forma particular respecto a la anticipatoriedad planteada para el Procedimiento Monitorio<sup>33</sup>: “Este procedimiento establece, además, un desincentivo adicional a la dilatación del pago por parte de la parte condenada, ya que ésta tendrá derecho a iniciar un juicio en los términos regulares, pero con el antecedente de dos resoluciones -una administrativa y otra judicial- que establecen a priori su obligación de pago, por lo que, para litigar con alguna capacidad de éxito, deberá contar con mayores pruebas que las exhibidas ante el inspector del trabajo y ante el juez en su primera

---

<sup>32</sup> Ídem, pág. 750

<sup>33</sup> Ibidem, pág. 793

resolución. Si este factor se une al hecho de que se trata de una cuantía relativamente baja -un millón de pesos aproximadamente-, probablemente el camino lógico que prevé la ley sea allanarse y no dilatar el cumplimiento de la sentencia”.

El Diputado Felipe Salaberry, manifestó sus aprensiones en cuanto a las garantías de las partes al interior del procedimiento, diciendo<sup>34</sup>: “Hicimos ver en la Comisión de Trabajo y en la Sala que el procedimiento propuesto en alguna de sus partes vulneraría el principio de igualdad ante la ley, pues contenía normas que favorecerían procesalmente en forma mayoritaria al trabajador, situándolo en una posición de ventaja frente al empleador, en circunstancias de que el derecho del trabajo, en general, ya es protector con respecto al trabajador. No podía proyectarse ese sentido de nuestra legislación laboral a los juicios, porque atentaría contra normas constitucionales, pues las partes deben tener las mismas oportunidades. A nuestro juicio, ése fue el punto central de la iniciativa que hoy conocemos y que ha contado en todos sus trámites legislativos con el consenso necesario para ser aprobada”.

También en la discusión en la Cámara el Diputado Edgardo Riveros expresó sus dudas a propósito de la doble audiencia<sup>35</sup>: “En su momento en la Cámara de Diputados miramos la doble audiencia como un factor dilatorio en el procedimiento, que podría enervar uno de los aspectos esenciales que buscamos: la rapidez para resolver los litigios”.

Añadió: “Estimo que la modificación introducida por el Senado en esta materia, que establece la doble audiencia, por la forma en que se lleva el procedimiento, no facilitará los objetivos dilatorios que alguien pudiera buscar. Por tanto, se han tomado los resguardos para mantener el criterio de rapidez que propiciamos en la Cámara de Diputados. El otro aspecto que junto con la doble audiencia se debe considerar para resguardar la rapidez del proceso laboral es el de los recursos procesales, y aquí es donde entran a jugar un rol importantísimo las resoluciones que se pronuncian sobre incidentes o cuestiones accesorias al

---

<sup>34</sup> Ídem, pág. 794.

<sup>35</sup> Ibídem, pág. 796.

juicio y la posibilidad de que sean susceptibles de recursos de apelación, porque la práctica nos demuestra que aquí es donde se registra el mayor efecto dilatorio de los juicios y, en particular, del procedimiento laboral”.

El Diputado Fulvio Rossi hizo ver lo complejo de las relaciones laborales y la importancia de la iniciativa de ley, señalando<sup>36</sup>: “Todos sabemos que la relación entre trabajador y empresario desde varios puntos de vista es profundamente asimétrica. Ahí es donde cobra importancia la existencia de sindicatos fuertes, que manejen información, y con una buena asesoría para, a través del diálogo, consignar acuerdos y logros en distintas materias. Lamentablemente, hasta ahora eso no ha sido posible. De allí la importancia de contar con juicios rápidos, transparentes, orales y, entre otras características, que cuenten con la presencia permanente del juez, lo que es un aspecto fundamental”.

Complementando lo anterior, indicó: “De igual manera, hay que destacar que el proyecto establece el derecho a defensa gratuita de los trabajadores que gocen de privilegio de pobreza. Admitida la demanda a tramitación, que se desarrollará en dos audiencias, de preparación y de juicio, el Senado estableció que el tribunal deberá citar a las partes a una audiencia preparatoria dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la resolución. Sin embargo, en la práctica podría haber una disminución del tiempo, ya que podría haber conciliación antes de ese plazo, lo que indudablemente no sólo beneficiará al trabajador, sino también al empleador”.

La Diputada Laura Soto intervino en la discusión, y aclaró cuáles son los avances sustanciales que se aprecian con el ingreso de la reforma en relación al procedimiento consagrado hasta esa fecha en el Código del Trabajo, mencionando<sup>37</sup>: “Con el actual procedimiento, quienes ganan son los empresarios, porque cuando son demandados burlan la ley constituyendo otras sociedades y, finalmente, no les pagan a sus trabajadores. Por ello, son importantes las medidas precautorias aprobadas, pues se podrán pedir en cualquier estado de la causa, aun cuando no esté contestada la demanda, incluso, antes de su presentación,

---

<sup>36</sup> Ídem, pág. 800

<sup>37</sup> Ibídem, pág. 801

como medida prejudicial. Entonces, el expediente de constituir una nueva sociedad, no servirá para burlar los derechos de los trabajadores. Bastará acreditar el fundamento y la necesidad de la medida prejudicial para resguardarlos”.

A lo anterior sumó: “Me parece un gran avance haber acotado todos los recursos, porque muchas veces los abogados de los empresarios hacen uso y abuso de ellos para dilatar el pago a los trabajadores. Así, la apelación estará totalmente acotada: tendrá una tramitación preferente en las Cortes de Apelaciones, las que tendrán salas especializadas en lo laboral. En fin, todo ello va en resguardo absoluto de los derechos de los trabajadores”.

En el mismo sentido el entonces Diputado Camilo Escalona, dijo<sup>38</sup>: “El proyecto busca reemplazar un mecanismo enteramente obsoleto, que no otorga justicia sino que prácticamente la deniega, y aboga por una profunda modernización que permita que el trabajador o sus dirigentes sindicales concurren directamente a la justicia, a través de dos audiencias, la primera de ellas para conseguir una alternativa de conciliación, y la segunda, si la primera no da resultados, para concurrir, en el plazo de sesenta días, a una alternativa en la que el juez determine la sanción a su empleador, de manera que se terminen los abusos de los que está siendo objeto. Es decir, se trata de cambiar un procedimiento totalmente indefinido, sin ningún horizonte ni perspectiva, por otro concreto, en el que efectivamente los trabajadores que recurran a él obtengan justicia laboral, lo que me parece un avance social muy importante”.

#### **1.4. Principios de la ley 20.087. Tutela jurisdiccional.**

La locución “principio” deviene de la voz latina *principium*, teniendo, etimológicamente, “un sentido histórico (‘lo antiguo’) indicando el inicio, el origen de algo, y un sentido axiológico (‘lo valioso’)”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Ídem, pág. 802

<sup>39</sup> MORO, Emilio F. ¿Qué Hacer con los Principios Generales del Derecho?. Editorial Librería Cívica. Santa Fe. Junio 2003., pág., 22.

La acepción inicial, de las muchas que posee la expresión “principio” es, según la Real Academia Española de la Lengua, la de “primer instante del ser de una cosa”<sup>40</sup>, teniendo un significado claramente cronológico. Pero también quiere decir “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia”<sup>41</sup> y “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”<sup>42</sup>, tendiendo en común estas últimas definiciones la utilización del adjetivo “fundamental”, poniendo de relieve lo que subyace en la propia etimología del término: que lo que constituye el origen y comienzo de algo sirve de base a lo que viene después y alienta su esencia, relevando sus caracteres y finalidad. Jurídicamente ha sido conceptualizado como las “Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de casos no previstos”<sup>43</sup>. Así, los principios se nos revelan como “el torrente sanguíneo que recorre las arterias de las diversas instituciones que integran el Derecho, insuflándoles vida y sentido; de modo que sin ellos, estas últimas quedan irremediabilmente condenadas a la atrofia y descomposición”.<sup>44</sup>

Aunque pareciese en rigor, desde un punto vista general y teórico, hablar de Principios Formativos del Procedimiento o Principios del Procedimiento, porque son los que se pueden descubrir detrás de las normas que constituyen los diferentes procedimientos que se identifican en un sistema procesal, se ha optado por una concepción más amplia e idónea para nuestro Derecho Procesal del Trabajo, según el cual los Principios del Proceso o Procedimiento son “...aquellas ideas básicas que constituyen la razón o causa del mismo (proceso) que configuran su propia idiosincrasia o determinan su finalidad, siendo unos comunes al proceso, sin adjetivar, como factores o elementos consustanciales a la propia institución y sin los cuales ésta no es posible, y otros, más técnicos o específicos,

---

<sup>40</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 21ª Edición. Chile. 1992

<sup>41</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 21ª Edición. Chile. 1992.

<sup>42</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 21ª Edición. Chile. 1992.

<sup>43</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1998. pág. 14.

<sup>44</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Los Principios Generales del Derecho. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile. Marzo 2003. pág., 52.

de la rama o variedad a la que el proceso de refiere, de modo que marcan la diferencia respecto de las otras especialidades, en función de su presencia o ausencia o de la intensidad con que hacen patente la primera”.<sup>45</sup>

Los Principios Formativos presentan algunas características. Los propios textos constitucionales comienzan por imponer al legislador algunos de estos principios y, a modo ejemplar, citamos el del debido proceso<sup>46</sup>. No existe uniformidad en cuanto a su denominación ni en cuanto a su número, aunque pareciese acertado señalar que lo serán aquellos que el legislador estime necesarios y que se entiende son aquellos que “dominan la estructura de su obra”<sup>47</sup>. Ninguna de las opciones que nos presentan los principios se encuentra asumida en forma pura en los diferentes procedimientos, sino que más bien se puede hablar de preponderancia de los mismos. Existe la aplicación preeminente de un principio respecto de otro, pero prácticamente no existe la recepción absoluta de un principio y la exclusión total de aquel que se le contrapone. Conviene destacar la interrelación de estos principios inspiradores, entre ellos, de tal modo que cuando se aborda el examen de uno ineludiblemente habrá de traerse a colación a otro u otros con los que tiene una conexión directa.

El estudio de los Principios Inspiradores o Formadores constituye la introducción al estudio del propio procedimiento. Sirve fundamentalmente para su comprensión y para establecer su relevancia o trascendencia, para determinar si el procedimiento seguido responde a la filosofía que tales principios imponen o, por el contrario, la contravienen y obligan a una corrección. Contribuyen a explicar la estructura del procedimiento, permitiendo comprender por qué se han establecido determinadas cargas, derechos y posibilidades a cada una de las partes y el momento en que se han establecido. Son elementos auxiliares de la interpretación jurídica, en caso de existir lagunas legales. Permiten al juez completar la analogía para determinar la regulación en una determinada situación no prevista expresamente por el legislador. Aportan el marco teórico para las

---

<sup>45</sup>LUENGO MILLÁN, Miguel y RABANAK CARBAJO, Pedro. Los Principios Inspiradores del Proceso Laboral. Cuadernos de Derecho Procesal Laboral. McGraw-Hill. Madrid. 1999, pág. 5.

<sup>46</sup>Constitución Política de Estado de Chile de 1980. Art. 19 N° 4 inc. 3°.

<sup>47</sup> COUTURE, Eduardo J., Fundamentos Ob., cit., pág. 182.

discusiones para la futura regulación legal y ofrecen un claro interés pedagógico, pues facilitan una visión resumida, pero global, de los diferentes procedimientos existentes en un determinado sistema procesal.

En síntesis, los fines propuestos por el legislador lo inducen a elegir un “determinado principio formativo o aceptarlo en variable medida y tal elección se concreta en un mandato positivo que regula la conducta de las partes y del juez en el desarrollo del proceso jurisdiccional. La ausencia de mandato o mandato oscuro o contradictorio no presenta para al juez un problema insoluble. La existencia de otras normas o elementos interpretativos suficientemente claros o explícitos, le dan pauta para extraer los principios que informan el procedimiento y los fines específicos que tuvo en vista el legislador al establecerlos y, precisado esto, adoptará la conducta que mejor se ajuste a esas finalidades y principios.”<sup>48</sup>

Estos principios se encuentran establecidos en los artículos 425 y siguientes que fueron introducidos por la ley 20.087.

1. Oralidad
2. Publicidad
3. Concentración
4. Inmediación
5. Impulso procesal de oficio
6. Celeridad
7. Buena fe
8. Bilateralidad
9. Gratuidad

---

<sup>48</sup>PEREIRA ANABALÓN, Hugo. Derecho Procesal Ob., cit. pág., 29.

Algunos comentarios respecto de los principios, se tocan en este capítulo, puesto que los restantes, se verán al caso de la Tutela Laboral Anticipada al caso particular.

#### **1.4.1. Oralidad**

El Principio de la Oralidad es aquel que permite al tribunal sólo tomar en consideración para fundar su sentencia en un proceso, cuyo contenido procesal y de prueba, haya sido aportado y alegado en forma oral. Así, la palabra se transforma en el medio de comunicación entre las partes y el Tribunal.

Para el profesor Alex Carocca<sup>49</sup> la doctrina resalta que, en la actualidad, es imposible configurar un proceso totalmente oral –así como uno totalmente escrito-, reduciéndose la cuestión al predominio de la oralidad, pero no a su exclusividad. Se trata en definitiva delimitar qué actos pueden realizarse por escrito sin que el proceso deje de estar informado por la oralidad. El momento culmine es una audiencia oral en la que el juez toma contacto directo con las pruebas y con las partes.

No existen procedimientos orales en el Derecho Procesal Civil chileno. Sólo en los últimos años han sido introducidos en nuestra legislación a partir de la Modernización de la Administración de Justicia, comenzando por la Penal, seguido por la de Familia y Menores<sup>50</sup>, y ahora, por la Justicia Laboral.

A nuestro juicio, parece que el procedimiento oral es el más apto para obtener la tutela judicial efectiva y el más adecuado para articular un proceso con todas las garantías. Controvertida puede ser la posición adoptada por algunos autores, según la cual “...el principio básico en el proceso laboral es la oralidad”, “...tiene el carácter de principio-cause, conformador del resto de las formalidades

---

<sup>49</sup>CAROCCA PEREZ, Álex. Manual de Derecho... Ob. cit. Pág. 110

<sup>50</sup> Al efecto puede verse a MEDINA JARA, Rodrigo; MORALES PALACIOS, Luis; y DORN GARRIDO, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal. 1ª Edición. LexisNexis. Santiago. Julio 2005 y a BAEZA CONCHA, Gloria y PÉREZ CABRERA, Jaime. Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario. 1ª Edición. LexisNexis. Santiago. Febrero 2005.

del procedimiento”<sup>51</sup>. Al parecer una posición diversa adoptó nuestro legislador en el nuevo Proceso Laboral chileno, considerando la forma literal como está estructurado el artículo 425 del Código del Trabajo cuando señala que “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”. De lo anterior se puede inferir que la oralidad, si bien es un principio basal y norma general en esta clase de procesos, no se encuentra en un plano superior al resto de los principios que enuncia la norma antes expuesta, motivo por el cual es posible sostener, que nuestro legislador consideró a la oralidad como un principio más y no lo elevó a otra categoría diversa a los demás principios.

Para que pueda afirmarse que un determinado procedimiento está regido por el principio de la oralidad debe éste reflejarse en la fase probatoria, en la vista oral, en la cual sólo el material procesal aportado oralmente al juicio debe ser considerado en la decisión judicial, en que el juez apreciará la prueba con sus diversos sentidos, derivando de ello el carácter extraordinario y revisor de los recursos.

Este principio no se encuentra escrito, pero el Código se refiere a él en el Artículo 425 inc. 1º: Los procedimientos del trabajo serán públicos; inc. 2º Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley.

Las excepciones a este artículo son las siguientes:

- a) La Demanda (art. 446). Siempre escrita.
- b) La Demanda Reconvencional (art.452).
- c) La Conciliación: si las partes llegan a conciliación deberá dejarse constancia de ella en el acta respectiva, la que suscribirán el juez y las partes. La conciliación es considerada como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

---

<sup>51</sup>LUENGO MILLÁN, Miguel y RABANAK CARBAJO, Pedro. Los Principios Ob. Cit., pág. 70 y 82.

d) La Sentencia.

e) Las Actas (art. 453 N° 10)

Si relacionamos lo anterior con el artículo 433 que establece que siempre que alguna de las partes lo solicite para sí, y el tribunal acceda a ello, las actuaciones procesales, a excepción de las audiencias, podrán realizarse por medios electrónicos que permitan su adecuada recepción, registro y control, aquello constituye igualmente una excepción a la oralidad.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la oralidad trae consigo la obligación de conservar registro, en el inciso 3° del artículo 425 se consigna que todas 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, que en la práctica importa el almacenamiento de los registros de audio de las audiencias realizadas, en formato \*.mp3, al cual las partes pueden acceder libremente solicitando una copia del mismo en un determinado soporte físico, que en la mayoría de los casos resulta ser un CD o DVD. La audiencia deberá ser registrada íntegramente, como asimismo todas las resoluciones, incluyendo la sentencia que dicte el juez fuera de ella.

#### **1.4.2. Publicidad**

De acuerdo al Principio de la Publicidad las actuaciones procesales no sólo deben ser conocidas por las partes, lo que exige el principio de bilateralidad de la audiencia, sino también por los terceros o público en general<sup>52</sup>.

El Principio de la Publicidad tiene una doble dimensión: para las partes y frente a terceros, aun cuando frente a las partes no debe ser considerado sino como una manifestación del debido proceso, pues es inimaginable la existencia de un proceso en que las propias partes no tengan conocimiento de lo que sucede.

---

<sup>52</sup>Ponencia Primera Jornada Chileno-Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo. Uruguay. Junio 2008. Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile.

Este principio se constituye en la esencia de un sistema democrático: división de poderes en ejecutivo, legislativo, en donde debe insertarse el judicial. Ej., las audiencias públicas, en donde el “...pueblo es el juez de los jueces...”<sup>53</sup>. La publicidad para terceros es un medio de control de la actividad jurisdiccional por parte de la comunidad, que protege a las partes de una justicia sustraída al control público y mantiene la confianza de la comunidad en los tribunales. Para Couture el método escrito hace virtualmente imposible la obra de fiscalización popular. Por lo mismo, la publicidad se vincula con una de las formas procedimentales que ya vimos: la oralidad.

Los artículos 425 y 428 consagran este principio al señalar que los procedimientos del trabajo y los actos procesales serán públicos, estas normas son imperativas y absolutas.

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

Artículo 428: “Los actos procesales serán públicos y deberán realizarse con la celeridad necesaria, procurando concentrar en un solo acto aquellas diligencias en que esto sea posible.”

### **1.4.3. Buena fe.**

La buena fe (artículo 425) primará en el procedimiento y en la ejecución de los actos procesales, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias (artículo 430).

Ante actos o actuaciones procesales que no se ejecuten conforme al principio en comento, el Tribunal se encuentra facultado para adoptar todas aquellas medidas que resulten necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias. Por actuaciones dilatorias debemos entender todas aquellas acciones tendientes a prorrogar o extender un

---

<sup>53</sup> COUTURE, Eduardo J., Fundamentos... Ob. cit., pág. 193

término judicial o la tramitación de un asunto. Se trata de una dilación, demora, tardanza o detención de algo por algún tiempo.

El Código del Trabajo se esforzó en definir un parámetro que permite identificar como dilatoria una actuación, algo poco frecuente en nuestro legislador, al indicarnos que lo serán “todas aquellas actuaciones que con el sólo objeto de demorar la prosecución del juicio sean intentadas por alguna de las partes”.<sup>54</sup>

Si bien el juez se encuentra facultado para impedir no sólo el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias, además se encuentra facultado para rechazar de plano aquellas actuaciones que las considere así. Contra la resolución que resuelve desestimar una determinada actuación por detentar el carácter de dilatoria las partes sólo podrán deducir el recurso de reposición, recurso que debe ser resuelto por el Tribunal en la misma audiencia.<sup>55</sup>

Relacionado al principio de la buena fe se encuentra el tratamiento que hace el CT de la nulidad procesal, esto es, de la sanción mediante la cual se priva a un acto o actuación del proceso, o a todo él, de los efectos normales previstos por la ley, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquella. En nuestro derecho la nulidad procesal, por regla general, debe ser alegada por las partes y, en casos excepcionales, declarada de oficio por el Tribunal. Por su parte, el sujeto activo de la nulidad debe reunir las siguientes condiciones:

- a) Ser parte del proceso respectivo.
- b) Agraviado con la irregularidad del acto; y
- c) No concurrir a su materialización.

Con respecto al primer requisito, se desprende del art. 429.2. del CT que sólo puede intentarlo la parte litigante perjudicada. Con relación al segundo, en el nuevo Proceso Laboral el tribunal no sólo corregirá de oficio los errores que

---

<sup>54</sup> Código del Trabajo artículo 430 inciso 3

<sup>55</sup> *Ibíd.*

observe en la tramitación del juicio, sino que además deberá adoptar las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento.

De acuerdo a la segunda parte del precitado inciso segundo del art. 429: El tribunal “podrá” decretar la nulidad procesal si concurren copulativamente los siguientes requisitos: 1º.- Que el vicio hubiese ocasionado perjuicio al litigante que la reclama; y 2º.- Que el vicio no fuese susceptible de ser subsanado por otro medio. De acuerdo a la forma verbal empleada por el legislador –podrá- es posible entender que es facultativo para el Tribunal declarar la nulidad aun cuando estemos frente a la concurrencia de las dos circunstancias copulativas descritas, pudiendo de esta forma el Tribunal excusarse de decretarla, aunque confiamos que en su interpretación y aplicación definitiva futura el tribunal considerará el mandato legal como un imperativo.

Por excepción, el Tribunal no se encuentra facultado, sino obligado a decretar la nulidad procesal, no pudiendo excusarse, de conformidad al artículo 427 cuando las audiencias, ya sea la preparatoria o la de juicio: a).- No se desarrollen en su “totalidad” ante el juez de la causa; b).- Cuando el juez no las presida; y c).- Cuando el juez ha delegado su ministerio. En estos casos el juez, de oficio o a petición de parte, deberá decretar la nulidad de la(s) audiencia(s) o de la(s) actuación(es), según corresponda. Esta nulidad es insanable, insubsanable, esto es, que no puede sanearse, ratificarse, renunciarse o convalidarse, lo que sin duda constituye una manifestación del debido proceso, nulidad que por lo demás la hace propia y característica del proceso laboral. Finalmente, con relación al tercer requisito, el Código del Trabajo dispone que la declaración de nulidad no podrá solicitar la parte que ha originado el vicio o que ha concurrido a su materialización, según el inciso final del artículo 429.

#### **1.4.4. Gratuidad**

De acuerdo al Principio de la Gratuidad el acceso a la justicia no debe ser oneroso para el trabajador, en atención a que el Derecho del Trabajo tiende a la protección del contratante más débil, en este caso, económicamente.

Hay que tener presente, en todo caso, que existen trabajadores que gozan de diversos niveles de ingreso; por esta razón no hay que perder de vista que la gratuidad debe estar siempre destinada, en toda su extensión, para aquellos trabajadores con ingresos inferiores a un determinado límite.

En los actos procesales primará el principio de gratuidad<sup>56</sup> y además el artículo 431 señala que en las causas laborales, toda actuación, trámite o diligencia, realizada por funcionarios del tribunal será gratuita para las partes.

Manifestaciones de este principio:

- a) Las partes que gocen de privilegio de pobreza tendrán derecho a defensa gratuita por parte de las respectivas Corporaciones de Asistencia Judicial, o en su defecto, por un abogado de turno, o del sistema de defensa gratuita que disponga la ley.
- b) Notificación por aviso y publicaciones en el Diario Oficial serán gratuitas para los trabajadores.<sup>57</sup>
- c) Una excepción a este principio se encuentra consagrada en el artículo 436, el que señala que la parte interesada podrá siempre encargar a su costa la práctica de la notificación a un receptor judicial.

---

<sup>56</sup> Ver Código del Trabajo artículo 425.

<sup>57</sup> Ver Código del Trabajo artículo 439.

## CAPÍTULO II: “PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL”

### 2.1. Aspectos generales del Procedimiento de Tutela Laboral.

El Procedimiento de Tutela Laboral, se encuentra contenido en el Párrafo Sexto del Capítulo II, del Título I, del Libro V del Código del Trabajo “DE LA JURISDICCION LABORAL”, específicamente entre los artículos 485 y 495 de dicho cuerpo legal, encargado de conformar las bases adjetivas de este procedimiento especial y cuyo objeto lo constituye la tutela judicial de los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral<sup>58</sup>.

El propósito de la instauración de estas reglas procedimentales diferenciadas, fue entonces satisfacer la demanda de los intervinientes de disponer de un procedimiento “omnicomprensivo” encaminado particularmente a la tutela de los diversos derechos fundamentales inespecíficos, cuyo reconocimiento y protección se ha extendido particularmente al ámbito de la relación de trabajo subordinado dependiente.

A lo largo de sus 11 disposiciones, concordamos, se potencia plenamente, en el ámbito jurídico-laboral, el concepto de ciudadanía de los trabajadores al interior de la empresa (concepto tratado ya en este trabajo); posicionando, sobre la base del reconocimiento de mecanismos jurisdiccionales eficaces e idóneos, la tutela de los derechos fundamentales como guía a seguir en el contexto de las relaciones laborales congruentes con un Estado de Derecho.

Si bien es cierto que la ley estableció plazos de tramitación mucho más acotados comparados con el antiguo procedimiento laboral, sabemos que en los hechos la situación podrá ser diversa, pues la experiencia práctica de la entrada en vigencia de todos los nuevos procedimientos que ha experimentado nuestro sistema en las diversas ramas legales, nos hace suponer que la intención perseguida por el legislador en muchos casos no se condice con los principios de

---

58 ARAYA R, Marcelo Clínica especializada laboral 2008, tercera sesión. Disponible en [https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D128C0726/3/material\\_alumnos/objeto/26826](https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D128C0726/3/material_alumnos/objeto/26826). Consultado 15 junio de 2014.

celeridad e intermediación que debieran existir en estos procedimientos, por lo tanto es de esperar que la existencia de plazos sumarisimos, venga acompañada de la implementación necesaria tanto en infraestructura como en la dotación y capacitación necesaria tanto de jueces como funcionarios judiciales, instrucción que a nuestro juicio debiera preceder a cualquier reforma procesal significativa.

Dicho lo anterior, podemos identificar que las bases de este Procedimiento, según señalamos, se encuentran en el artículo 485, que en sus tres primeros incisos, dispone que: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

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

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.

De su texto, reconocemos evidentemente que el procedimiento laboral incorporó en una dimensión adjetiva la protección de todos aquellos derechos inespecíficos reconocidos en nuestra carta fundamental, cuya afectación o

conculcación ocurra en las fases de ejecución de una relación laboral existente; ya que hemos podido ver que resulta excluido del ámbito de aplicación de este nuevo procedimiento de modo expreso las prácticas discriminatorias acaecidas en la fase pre-contractual, denominadas de reclutamiento o selección.

Conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 486, podemos concluir que el impulso procesal de quienes resultan afectados particularmente por una vulneración a los derechos fundamentales ya enunciados más arriba, se materializa a través de una denuncia para ante el Juez del Trabajo competente, la cual debe interponerse dentro del plazo de sesenta días hábiles contados desde el acaecimiento del acto lesivo, plazo tal sujeto a suspensión como consecuencia de la interposición de Reclamo Administrativo, en la misma forma que dispone el artículo 168 del Código del Trabajo), el que señala:

Art. 168. “La denuncia a que se refieren los incisos anteriores deberá interponerse dentro de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. Este plazo se suspenderá en la forma a que se refiere el artículo 168”.

Mención particular requiere, en primer lugar, precisar que el término de días hábiles que se deduce de la integración de las normas citadas (arts. 168 y 486), se identifica con un plazo de caducidad procesal que impide el ejercicio de la acción de tutela laboral, y por tanto puede y debe ser declarado de oficio por el Tribunal (art. 447 inc. 2º) no admitiendo a tramitación la demanda respecto de esa acción, a diferencia de la prescripción extintiva, ya sea de las acciones o derechos en su caso, instituto que exige fundamentalmente su alegación por la parte interesada; y, por otra, cierta jurisprudencia reciente, que ha considerado indispensable, para dar lugar a la concurrencia de la antedicha suspensión, que el trabajador no sólo interponga el pertinente Reclamo Administrativo, sino que además en él haga mención a la vulneración o afectación de sus derechos fundamentales; cuestión que excede en parte los lineamientos de este trabajo centrado en el estudio de la Tutela Anticipatoria.

La legitimación activa en estos procesos corresponderá:

- a) - Al trabajador afectado, como parte principal.
- b) - A las organizaciones sindicales: Como parte principal, por ser la entidad colectiva la afectada por el acto vulneratorio denunciado; o como tal, asumiendo la representación del trabajador afiliado, afectado por éste; o, como tercero coadyuvante, en caso que el trabajador afectado sea parte de la organización.
- c) - A la Inspección del Trabajo. (Como eventual tercero coadyuvante en el Proceso, no obstante el deber de denuncia que impone a su respecto el inciso quinto del artículo 486).

“Artículo 486.- Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento.

Quando el trabajador afectado por una lesión de derechos fundamentales haya incoado una acción conforme a las normas de este Párrafo, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado, directamente o por intermedio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante.

Sin perjuicio de lo anterior, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, podrá interponer denuncia, y actuará en tal caso como parte principal.

La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso”.

Esto respecto de aquellos actos lesivos acaecidos durante la fase contractual de la relación de trabajo, pues no obstante si éstos se producen con ocasión del despido, la legitimación activa corresponderá en este caso al sólo trabajador afectado en forma exclusiva. En efecto, el nuevo artículo 489, inciso

primero del Código del Trabajo, indica que en estos casos “La legitimación activa para recabar su tutela por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”.

Finalmente, el artículo 491 dispone que “Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3º”. Por tanto, aunque éste se trate de un procedimiento referido a materias sustancialmente diferenciadas respecto de aquellas comúnmente ventiladas a través del derecho procesal del trabajo, vemos que en el desarrollo de su ordenación consecutiva, lejos de adquirir un carácter sumario, no ha alcanzado matices distintivos relevantes respecto del procedimiento de aplicación general contenido en los nuevos artículos 446 a 462 del Código de Trabajo (artículos que, en términos generales, instauran el desarrollo del Proceso en dos audiencias - preparatoria y de juicio-) con algunas salvedades como son la reducción del plazo de dictación de sentencia para dentro de décimo día. Creemos que la indicación de medidas concretas encaminadas a la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, no resulta precisamente diferenciador del ámbito adversarial del juicio tutelar, sino que más bien dice relación con una dimensión sustantiva del mismo, conformado por la imperiosa necesidad resolutoria de la sentencia, a diferencia del aspecto propiamente procedimental que advertimos en la anticipatoriedad tutelar, conforme abordaremos seguidamente.

No obstante lo señalado en el apartado anterior, el artículo 488 indica que estas causas gozarán de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal, lo que ocurre igualmente respecto del conocimiento de los recursos que se interpongan.

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

Con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan”.

Finalmente, respecto del rol fiscalizador de la Autoridad Administrativa, los incisos cuarto y quinto del artículo 486 prescriben que la Inspección del Trabajo podrá actuar, dentro de la esfera de sus atribuciones, con anterioridad al proceso por vulneración de derechos fundamentales, o con posterioridad a su inicio. En un caso, se le faculta para formular denuncia en el evento de que un agente fiscalizador tome conocimiento de un acto lesivo; mientras que en el otro, se le ordena emitir un informe de fiscalización respecto de los hechos denunciados, siempre y cuando el Tribunal así lo requiera (cabe consignar que esto resulta igualmente facultativo para el tribunal en el caso de la denuncia producida con ocasión del despido, conforme establece el inciso sexto del artículo 489<sup>59</sup>).

Mención específica requiere la norma establecida en el artículo 493 del Código del Trabajo, modificado por la Ley 20.087, que establece una aparente alteración del *onus probandi*, bajo el siguiente tenor: “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”.

Esta materia corresponde a aquellas que ha generado mayor debate en las legislaciones comparadas, toda vez que debemos considerar el tema probatorio como uno de aquellos que pueden marcar la diferencia en lo que a reformas de procedimiento se refiere, pues en la medida que se logre el alivio de la carga probatoria para la víctima, la posibilidad de interponer recursos de esta naturaleza, abre sus puertas de manera concreta para el trabajador transgredido”.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup>“La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso.

Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas de este Párrafo. La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable”.

<sup>60</sup>En este sentido, resulta importante mencionar el precepto contenido en el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral de España, el cual establece: “en el acto del juicio constatada la ocurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical (o de cualquier otro derecho fundamental), corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. DE LA

Con ello, no podemos concluir que en este procedimiento corresponde al empleador la acreditación de un hecho negativo, cual es, precisamente no haber cometido el acto constitutivo de la vulneración de derechos fundamentales denunciada, pues lo anterior contradice la teoría general de la prueba que nos indica que en derecho solo es objeto de prueba los hechos positivos, principio que incorpora el artículo 1698 del Código Civil, al disponer que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”. Lo que nos indica la norma laboral en comento, es que el empleador deberá justificar racionalmente su accionar, explicando que las medidas adoptadas resultan fundadas y proporcionales; por ejemplo, si la denuncia interpuesta por un trabajador lo fuese al considera afectada su garantía a la intimidad, debido a la instalación de cámaras de seguridad al interior del lugar de trabajo, argumentando una vigilancia desmedida por parte del empleador a través de este medio. Este último no deberá probar que no vulneró la antedicha garantía, sino que deberá justificar ante el tribunal que esta acción se fundamenta aduciendo razones de seguridad y además de resultar estas proporcionales a dicho objetivo.

Posteriormente, como señala el artículo 494 del Código del Trabajo, el tribunal citará a audiencia de juicio, la que deberá llevarse a cabo en un plazo no superior a 30 días. Es así como “Con el mérito del informe de fiscalización cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de quinto día”.

“En este sentido a diferencia de las sentencias de procesos laborales de corte patrimonial, que son, en general de tipo simple , ya que solo deben pronunciarse sobre la existencia o no de las obligaciones de dar demandadas, las sentencias dictadas sobre posibles inculcaciones de derechos fundamentales son de tipo complejo, ya que en la parte resolutive del acto procesal de sentencia deben contener diversos pronunciamientos de manera simultánea, porque la acción ejercida precisamente, persigue obtener varias pretensiones relacionadas entre s”

La sentencia deberá en primer término declarar si existió o no conducta lesiva de derechos fundamentales del trabajador por actos del empleador. Si la sentencia es absolutoria, deberá fundamentar su decisión conforme a la artículo 457 del Código del Trabajo. Por el contrario, si la sentencia declara que existió vulneración de derechos fundamentales, deberá adoptar las siguientes decisiones:

1) El cese del comportamiento antijurídico: Se debe proceder a la restitución íntegra del derecho vulnerado, lo cual supone por una parte el cese de la conducta propiamente tal, vale decir, deberá ordenar el cese inmediato de la conducta lesiva, si esta aún persiste al momento de dictar la sentencia, bajo el apercibimiento establecido en el artículo 492 del Código del Trabajo, esto es, la aplicación de una multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, la que podrá ser reiterada hasta lograr el cumplimiento de la medida. Contra el apercibimiento antes mencionado no procede recurso alguno, con el fin de evitar dilaciones innecesarias.

Por otra parte, el juez deberá decretar la nulidad del o los actos lesivos, conforme lo señala el artículo 495 inciso sexto del Código del Trabajo, el cual dispone que: “En cualquier caso, el juez deberá velar por que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales”.

2) En segundo lugar, el juez laboral deberá conforme lo determina el numeral 3 del artículo 495: “indicar las medidas concretas a la que se encuentre obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan”. Esto se refiere al daño material o moral que se produjo en el trabajador con ocasión de la vulneración de sus derechos fundamentales, el cual en cualquiera de los dos casos deberá ser debidamente apreciado y determinado por el juez de la causa, en base a los elementos propios que comprende la responsabilidad que nace en cada uno de los casos, salvo el caso de la reparación material del despido lesivo de derechos fundamentales, pues ya se encuentran fijados los parámetros de los

montos de la reparación, quedando a salvo la vertiente derivada del daño moral.

3) En último término, la sentencia podrá aplicar las multas a que hubiere lugar, de conformidad con las normas del Código del Trabajo, a saber el artículo 477 del mismo cuerpo legal como multa general para el caso de incumplimiento o trasgresión de la legislación laboral, debiendo fundamentarse la multa en que se ha transgredido al artículo 5 de nuestro Código del Trabajo, el cual contempla el objeto de nuestro estudio, “el derecho a la intimidad de los trabajadores”, entre otros derechos fundamentales. Lo anterior a falta de una sanción específica, siguiendo el principio de especialidad.

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo, quienes formarán un registro de ellas, según lo señala el artículo 495 en su inciso final del Código del Trabajo.

La sentencia definitiva en estos procedimientos será susceptible de recurso de apelación laboral, gozando este de preferencia para su vista y fallo.

Como apreciamos, este procedimiento de tutela de derechos fundamentales se estableció con el fin último de conducir a posibles soluciones frente a la colisión de derechos fundamentales al interior de la relación laboral.

El artículo 485 señala la preclusión del derecho de impetrar la denuncia de conformidad al Párrafo Sexto, por la interposición de la Acción de Protección, en Sede Constitucional:

“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”.

Respecto de la compatibilidad de la denuncia con otros medios procesales incoables en la propia Sede Laboral, o incluso en otra Sede (como podría ser la Civil), y la opción de acumulación de unos y otros, en caso de compartir fundamentos o pretensión; el artículo 487, descarta de manera absoluta

esta posibilidad, en razón del carácter sumario y especial del procedimiento:

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

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

En el caso de la denuncia con ocasión del despido, se nos indica en el artículo 489, en relación con el inciso segundo del artículo 448, que –no obstante su imposibilidad de acumulación- la interposición de la misma deja completamente a salvo las acciones sustanciables conforme a procedimientos distintos (como serían eventuales acciones por despido injustificado, indebido o improcedente; o de nulidad del despido por deuda provisional). No corriendo el plazo para ejercer éstas sino una vez ejecutoriado el fallo de aquella.

## **2.2. Naturaleza jurídica del procedimiento de tutela laboral**

Las Teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso podrían agruparse según la siguiente clasificación entre: Teorías privatistas y Teorías publicistas, las que a su turno se clasifican en: Teoría de la Situación Jurídica; Teoría de la Relación Jurídica y Teoría de la Institución en el Derecho

### **2.2.1. Teoría de la situación jurídica**

Su artífice fue Goldschmidt, quien argumentaba que, la situación jurídica es el estado en el que se encuentra una persona, desde el punto de vista de la sentencia que espera, conforme a las normas jurídicas. Desde el punto de vista de la teoría de la situación jurídica, el proceso puede definirse como el fenómeno jurídicamente reglamentado que se desenvuelve de situación en situación, produciendo determinadas cargas y expectativas, con el fin de obtener una decisión judicial. Esta teoría tiene una triple vertiente.

1. Los presupuestos procesales no pueden ser la condición de existencia del proceso, ya que estos presupuestos deben ser discutidos dentro del proceso en sí, que finalizará, si no concurren éstos, con una sentencia

absolutoria en la instancia.

2. El contenido del proceso no lo constituyen derechos y obligaciones; es verdad que el juez tiene la obligación de dictar sentencia, pero dicha obligación no deriva de una relación jurídica procesal, sino de la obligación del Estado de administrar la Justicia, y por tanto, nace del propio Derecho público. Asimismo, las partes no tienen en puridad obligaciones procesales, ya que la sujeción del ciudadano al poder del Estado es natural y no deriva de ninguna relación jurídica. A lo sumo, pueden existir cargas para las partes, pero no obligaciones.
3. La teoría de la relación jurídica es estática, y no aporta nada nuevo al proceso, el cual se caracteriza por su dinamismo, ya que se desarrolla de acto en acto hasta desembocar en la resolución dictada por el juez.<sup>61</sup>

### **2.2.2.- Teoría de la relación jurídica**

Su promotor fue Büllow, quien señalaba que, el proceso era una relación jurídica igual que el contrato y que además existía para las partes una serie de derechos y obligaciones. Características de esta relación:

- a) Se trata de una relación jurídica compleja, ya que engloba todos los derechos y deberes que se producen en las distintas fases del procedimiento.
- b) Es una relación de Derecho público.
- c) Tiene su origen en una litis contestatio de naturaleza pública. Por tanto, el proceso es la relación jurídica formada por derechos y deberes recíprocos entre el juez y las partes, que se perfecciona a través de la litis contestatio, de la que surgen dos obligaciones básicas:
- d) Por un lado, a que el órgano jurisdiccional asuma la tarea de decidir la contienda. Es decir, el proceso es la “attuazione” de la voluntad de la

---

<sup>61</sup>GOLDSCHMIDT, J. Principios generales del proceso. Ed: Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961.

ley. En otro sentido, que las partes queden sometidas a la resolución dada por el juez<sup>62</sup>. El proceso para Guasp se define como el conjunto de actividades relacionadas por el vínculo de una idea común y objetiva, a la que están adheridas las diversas voluntades particulares de los sujetos de los que procede aquella actividad.

La institución procesal la configuran dos elementos fundamentales:

- a) La idea común y objetiva: la satisfacción de la pretensión.
- b) Las voluntades particulares que se adhieren a ella.

Los caracteres fundamentales del proceso serán los siguientes:

- a) Jerarquía entre las personas que intervienen.
- b) Universalidad, ya que el proceso no reconoce particularidades territoriales dentro de los límites de una misma soberanía.
- c) Permanencia, porque el proceso no se agota en el momento de producirse, sino que perdura a lo largo del tiempo, a través de la sentencia.
- d) Elasticidad formal, para adaptarse a las vicisitudes de cada caso concreto.

### **2.2.3.-Teoría de la institución jurídica**

Su máximo referente fue el autor Jaime Guasp. Bajo este prisma se entiende por proceso una sucesión temporal de actos procesales de las partes en un procedimiento, destinados al juicio y a la obtención de una sentencia.

Según el profesor y Ministro de la Corte de Apelaciones Carlos Cerda “todas ellas parecen originarse en un motivo común, la absorción del proceso por el procedimiento, consecuencia del tratamiento doctrinal europeo continental a partir de la revolución francesa”.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> CHIOVENDA. Op. Cit., en CERDA FERNANDEZ, Carlos. Ob. Cit., pp. 149

<sup>63</sup> CERDA FERNANDEZ, Carlos. Iuris Dictio. Santiago, Chile. Ed: Jurídica de Chile. pp. 147

Entonces, partiendo de la premisa de que el conocimiento y resolución de un conflicto jurídico que se pronuncie sobre una posible vulneración de un derecho fundamental deba hacerse en un proceso, inmediatamente se nos plantea la interrogante acerca de las características que debería tener éste. En este punto parece obvio partir señalando que el referido proceso debería ser contradictorio y bilateral, reconociendo la igualdad jurídica de las partes en conflicto y permitiendo a éstas presentar los elementos de prueba que justifican sus posiciones jurídicas.<sup>64</sup>

### **2.3. Publicitación de la relación laboral y abandono de la perspectiva privatista**

La idea privatista de contrato proviene esencialmente del derecho civil, donde se sustenta en el postulado fundamental para el derecho privado: si las partes son libres e iguales, entonces, el acuerdo que de sus voluntades nazca será esencialmente justo. Entonces estamos frente a una idea de libertad bastante cuestionable, ya que el axioma que se presenta no es posible traspasarlo a la realidad, debido a que si bien todos los hombres son libres, en su sentido más puro, no todos ellos son iguales, toda vez que no es posible establecer relaciones de idéntica naturaleza entre sí.

A juicio del profesor Ugarte, la pregunta que comienza a rondar el derecho privado capitalista de inicios de siglo XX es: ¿puede ser considerado el trabajador un contratante igual y libre frente a su contraparte, el empleador?. Y la respuesta va a ser negativa. Ni igual ni libre.<sup>65</sup> En estricto rigor, estamos frente a una idea de libertad negativa proyectada en el derecho.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> CALAMANDREI, P. *Derecho procesal Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, p. 74, y Gimeno, J.V. *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 181 y ss.

<sup>65</sup> UGARTE CATALDO, José Luis UGARTE. La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad. Tesis Doctoral, p. 44

<sup>66</sup> Esta idea de la autonomía de la voluntad como proyección de la libertad, entendida en su sentido clásico de libertad negativa, será precisamente la que comenzará a decaer en las primeras décadas del siglo XX. Y decaída que sea la idea de libertad negativa como mera ausencia de restricciones estatales, y recobrada de paso una idea de libertad como no sometimiento o dominación, menguará consecuentemente el dogma de la autonomía de la voluntad.

De esta forma, la mayor crítica respecto del principio de la autonomía de la voluntad, es que precisamente produce la exclusión del trabajador como sujeto contractual: “la ausencia de una regulación del contrato de trabajo aparece como la mayor laguna del Código Civil, una carencia que se denuncia por parte de los autores socialistas e incluso desde las filas del individualismo liberal” y en ese sentido, “la regulación del contrato de trabajo se reivindica como primer paso para insertar en el Derecho privado los valores de la justicia y la solidaridad”<sup>67</sup>.

En el mismo sentido el Derecho del Trabajo, dirá la justicia constitucional, es un ordenamiento “compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales” entre las partes, y cuya explicación es “no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos (trabajador y empresario) sino en su respectiva posición en la propia y esencial relación jurídica que los vincula, que es dependencia y subordinación de uno respecto del otro.”<sup>68</sup>

En el derecho comparado, el principio de igualdad de trato constituye, en términos generales, una concreción en el ámbito laboral de la justicia distributiva.<sup>1</sup> En el ordenamiento jurídico laboral alemán el principio de igualdad de trato no se encuentra expresamente regulado por el legislador, sin embargo, existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia en el sentido de considerarlo como un principio básico y fundamental del Derecho del Trabajo. El principio de igualdad de trato prohíbe al empleador el trato desfavorable arbitrario o sin causa justificada, de un trabajador o de un grupo de trabajadores frente a otros trabajadores que se encuentran en situación comparable.

Y por ello es que la autonomía privada, idea central en la construcción del Derecho Civil clásico, tiene un rol devaluado en el Derecho del Trabajo, que la somete a una regulación de orden público organizado en torno al canónico principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

---

<sup>67</sup> VENEGAS, M. Derechos Fundamentales y Derecho Privado, Op. Cit., p 89.

<sup>68</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 3/1983.

De una parte, no existe paridad contractual atendida la diferencia de peso económico y contractual de las partes. Pero además, no existe libertad en cuanto la empresa capitalista rápidamente se alzaría como un poder social privado que constituirá una relación de sujeción sobre el que vende trabajo.

El trabajador asalariado del capitalismo industrial, desde ya, no sólo no es igual a su contraparte, el empresario, sino que especialmente no es libre, en cuanto se encuentra en una situación de dominación económica que le impide negociar y contratar como cualquier otro agente privado, impidiendo considerar que el acuerdo resultante sea justo. Frente a esto la autonomía de la voluntad el derecho se verá obligado a reaccionar, advirtiendo la debilidad de una de las partes. Y ese primer reconocimiento será el origen del Derecho del Trabajo como regulación de orden público que no está a disposición de las partes.

En ese sentido, se ha señalado que “una visión renovada, y más realista, sobre cómo se desarrolla la vida de los ciudadanos en las sociedades pluralistas y de economía de mercado pone de manifiesto que las relaciones sociales discurren ordinariamente en el seno de unos grupos sociales que generan situaciones de poder. Esta pluralidad de grupos sociales puede llegar a constituir, para los derechos y libertades fundamentales un peligro mayor que el propio Estado”.<sup>69</sup>

Por ello, más allá del debate, se ha constatado que “la doctrina actualmente dominante considera que la eficacia de los derechos fundamentales es distinta según las relaciones privadas sobre las que aquellos se proyectan”, y aún cuando es “mínima en el ejercicio de la libertad de testar” o “en el derecho a contraer matrimonio” es “crucial en el derecho laboral”.<sup>70 71</sup>

---

<sup>69</sup> RIVERO, J. Derechos fundamentales y contrato de trabajo, Op. Cit., p 499. De ahí que NIPPERDEY señalara que la extensión del círculo de los destinatarios de la norma constitucional se justificaba en la necesidad de proteger al individuo frente a “los poderes sociales o al poder fáctico, que dimana de grupos, corporaciones o empresas. Ver AGUILERA, A. “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 1, 2009, p 18

<sup>70</sup> FERRER i RIBA, J. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Op. Cit., p 99

<sup>71</sup> VALDÉS DAL-RE, F. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho comparado”, Op. Cit., p 502.

## 2.4. Mecanismos procesales alternos: el Artículo 485 en relación con el artículo 492

Para entender el contexto dentro del cual se enmarca la denominada ‘tutela anticipada laboral, cabe señalar que ésta forma parte de las soluciones entregadas por el legislador para resolver conflictos que se susciten durante las relaciones de trabajo, cuando durante su vigencia, resulten lesionados derechos fundamentales del trabajador derivado del ejercicio de las facultades del empleador.

“Este procedimiento establece que las conductas de violación de algunos de los derechos constitucionales que menciona el artículo 485 CT. Habilitan para el uso del procedimiento de tutela, mecanismo procesal que puede actuar tanto en la etapa de un contrato vigente, como también en el evento de un despido, el cual incluso puede calificarse de despido discriminatorio grave reglamentado en el inc. 4º del artículo 489 CT., lo que origina una opción entre una indemnización adicional distinta a las típicas y la reincorporación (hipótesis que la ley laboral solo concede al trabajador con fuero)”.<sup>72</sup>

El procedimiento de tutela ofrece evidentes ventajas para el trabajador víctima de vulneración de derechos fundamentales, pues dispone de ciertas reglas particulares que alteran el diseño del procedimiento de aplicación general, entre las que se debe citar:

- a) La consagración del principio de ponderación o proporcionalidad como método para resolver la colisión de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador (artículo 485 CT.)
- b) La posibilidad de ampliar los sujetos activos de la acción de tutela, tanto a los Sindicatos como a la Inspección del Trabajo (artículo 486 CT).

---

<sup>72</sup> Mella Patricio, Domínguez Montoya Álvaro. Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencia: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX* (Valparaíso, Chile, 2012, 2do Semestre), p. 198.

- c) La suspensión inmediata de los efectos del acto impugnado. Resolución que puede dictar el juez del trabajo de oficio o a petición de parte.

Naturalmente la víctima debe acompañar antecedentes que demuestren que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles (artículo 492 CT.).

- d) El alivio probatorio que debemos descartar como inversión del peso de la prueba, en cuanto el Código del Trabajo señala que si la víctima o el que ejerce la acción, aporta antecedentes de los cuales resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos constitucionales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad (artículo 493 CT.).

Naturalmente esos indicios corresponden a elementos probatorios que el trabajador o el denunciante deben acompañar en su demanda de tutela, a fin de resguardar el principio de la bilateralidad de la audiencia.

- e) La posibilidad de ejercer una acción indemnizatoria que incluye el resarcimiento del daño moral producido por la lesión de los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación que postula la procedencia de este ítem dada la expresión “incluida las indemnizaciones que procedan” que usa el artículo 495 N° 3 CT.
- f) La indemnización adicional a la víctima en caso de que la lesión del derecho fundamental si se hubiere producido con ocasión del despido (artículo 489 CT.)

Finalmente, el contenido constitucional de la sentencia de tutela, en cuando el artículo 495 CT. contempla requisitos novedosos, esto es, la necesidad que el fallo consigne la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada, lo que puede sugerir el carácter obligatorio del mecanismo de ponderación para resolver la contienda.

## CAPÍTULO III: LA TUTELA ANTICIPADA LABORAL

### 3.1.- La tutela anticipada: concepto y características

La tutela anticipada es la denominación con la que comúnmente, se designa la posibilidad que entrega la Ley al Jurisdicente en sede laboral en el artículo 492 de la norma laboral para resolver en la primera resolución que dicte los efectos del acto impugnatorio, bajo ciertas circunstancias, sentencia contra la cual, no proceder recurso alguno.

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

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno”.

La doctrina, también la ha interpretado en distintos sentidos el el contenido que se quiere destacar con la norma. En este orden, el profesor Pablo Eterovic ha dicho de ella que es: “La sentencia anticipatoria es la satisfacción inmediata de la pretensión del demandante, total o parcialmente, cuando de los antecedentes aportados por él, y sin haber escuchado a la contraparte, aparezca que inminentemente podrá provocarse un perjuicio irreparable por la solución tardía del asunto”.<sup>73</sup>

A su turno, el profesor Álvaro Pérez a explica como: “una de las tutelas diferenciada de urgencia que, con base en una cognición sumaria y llenado los

---

<sup>73</sup> ETEROVIC BARREDA Pablo. *La Tutela Anticipada Y Su Constitucionalidad: El Caso De La Jurisdicción Laboral. Actualidad Laboral: Departamento De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social Facultad De Derecho Universidad De Chile. Junio-Julio. N° LXXXVIII, 2010, p. 12*

requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, otorgándole la atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material. Anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, es decir identidad objetiva".<sup>74</sup>

Los profesores Claudio Palavecino y Cristián Ramírez, indican que deberá entenderse por éstos: "aquellos que procuran una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que requiere una pronta y expedita intervención judicial. Su función es la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión del sujeto activo de la tutela cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable".<sup>75</sup>

En este punto, el profesor Eterovic, recogiendo los distintos criterios, ha indicado que deberá tenerse como requisitos de esta institución, los siguientes aspectos:

- a. Se justifica en la existencia de un peligro de daño jurídico por el retardo en la resolución del conflicto, conocido doctrinariamente como *periculum in mora*.
- b. Es necesario estar frente a una pretensión verosímil. Este indicio de probabilidad denominado *fomus boni iuris* se traduce en la exigencia de acompañar antecedentes suficientes que permitan acreditar *prima facie* la existencia del derecho invocado.
- c. Deben ser proporcionales al fin buscado. En tal sentido, no pueden otorgar más de lo pedido, ni otorgar algo que resulte irreversible.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup>PÉREZ RAGONE, Álvaro. "Introducción al estudio de la tutela anticipatoria ", Jurisprudencia Santafesina Nro. 26 citado en Laura ETEI PAPO, Liliana NOEMÍ GONZÁLEZ. Tutela anticipada: *Revista De Derecho Laboral Y Seguridad Social*; Fascículo N° 18 (Septiembre n° 9) 2006, p. 6.

<sup>75</sup> PALVECINO Claudio, RAMÍREZ Cristián. Examen crítico de la sentencia anticipada en el procedimiento monitorio laboral. *Revista chilena del trabajo y la seguridad social*. (Vol I) n° 2, 2010, p. 77.

<sup>76</sup> ETEROVIC, *obcit*, p. 13.

Es decir, debe concurrir la verificación o constatación más bien, de un hecho que dañe un aspecto tan esencial como aquellos bienes que protege la norma en relación con los bienes jurídicos amparados en los denominados derechos fundamentales laborales, luego, la existencia de una petición *fomus boni iuris*<sup>77</sup> y por último que de no intervenir la justicia de forma inmediata, el peligro se vuelva inminente para el demandante.

### **3.2. Análisis en particular del artículo 492 del Código del Trabajo**

El artículo 492 del Código del Trabajo fue incorporado por la Ley en el Título I: "Título I: De Los Juzgados De Letras Del Trabajo Y De Cobranza Laboral Y Previsional Y Del Procedimiento" Párrafo 5° del Libro IV: "De la Jurisdicción Laboral".

La norma, fue integrada al Código del Ramo, en el artículo único N° 18 de la Ley N° 20.260 (D.O.: 29.03.08), reemplazó este párrafo y los artículos 474 a 484 que lo integran, en la forma que aparece en el texto.

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

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.

Según, se observa de la lectura del articulado, se extrae que hay ciertos principios generales del procedimiento de tutela que encuentran plena aplicación al caso del análisis del artículo en particular:

---

<sup>77</sup> Latinismo con el significado literal de: "*Humo de buen derecho*". Principio que quiere decir apariencia de buen derecho. Extraído 9 de junio de 2014 de <http://divorcieitor.com/concepto-de-fomus-boni-iuris/>

### **3.3.1. La unilateralidad**

La posibilidad de resolver en base a las pretensiones de una parte que consagra esta norma, es, en términos conceptuales, este principio “consiste en la realización de ciertos actos procesales respecto de los cuales la contraparte no ha tomado conocimiento ni ha tenido acceso.”

Al tenor de lo expuesto, la tutela anticipada responde claramente a este principio, el cual podemos compartir que no es la regla general en sede procesal, pero que en virtud de las circunstancias que fundan este procedimiento, tiene su sustento debido a la gravedad de la vulneración de derecho invocada y de las facultades que es dotado el jurisdicente en la especie.

### **3.3.2. Concentración**

De acuerdo al Principio de la Concentración los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia o en varias próximas temporalmente entre sí, de modo que el juez conserve en su memoria las manifestaciones de las partes y el resultado de las pruebas practicadas, evitando el tratamiento por separado de las cuestiones prejudiciales e incidentales para no paralizar o diferir el negocio principal.

Para el profesor Alex Carocca, citando al Jurista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, tal es la importancia del Principio de la Concentración con relación a la Oralidad, “...que no ha faltado quien confiere a la concentración el rol esencial, al que supedita la oralidad, de modo que se preconiza la utilización de la expresión “juicio concentrado” en lugar de juicio oral”.<sup>78</sup>

Este principio tiene dos puntos de vistas complementarios: uno, referido a la actividad jurisdiccional y, otro, al contenido del proceso (cuestiones prejudiciales, previas e incidentales).

---

<sup>78</sup>CAROCCA PÉREZ, Álex. Manual de Derecho... Ob. cit. pág. 41.

En síntesis el principio de concentración pretende simplificar al máximo las actuaciones procesales, ordenando para ello el máximo número posible de ellas en un solo acto en una única audiencia o, cuando no sea posible, en el menor número de audiencias necesarias y próximas en el tiempo, concentrándose así, en una “unidad de acto” todos los actos fundamentales del proceso.

Excepcionalmente se admiten, nuevamente estando en presencia del adagio *Exceptio Probat Regulum* -la excepción pone a prueba la regla- en virtud de la función cautelar del juez, medidas prejudiciales y precautorias, con limitaciones (art. 444). No se contempla expresamente como medio probatorio la inspección personal del tribunal, así como tampoco medidas para mejor resolver, muchas veces conocidas como “medidas para mejor demorar o dilatar”, que manifiestan la presencia de este principio.

En el artículo 425 se señala que los procedimientos laborales serán concentrados y en el artículo 428 se manifiesta que se debe procurar concentrar en un solo acto todas aquellas diligencias sean posibles.

Este principio se manifiesta en:

- a) La prohibición de suspender las audiencias (artículo 426 inc. 2º), estas solo pueden suspenderse solo en evento de caso fortuito o fuerza mayor, esto mediante resolución fundada y cuando se opongan excepciones dilatorias de falta de capacidad o personería del demandante o ineptitud del libelo, por tanto la audiencia preparatoria se suspende por 5 días, a fin de subsanar los defectos u omisiones.
- b) Deber de habilitar horarios especiales en caso que el desarrollo de la audiencia exceda del horario normal de su funcionamiento.
- c) Resolución de incidentes en la misma audiencia, excepcionalmente podrá dejar su resolución para la audiencia definitiva.

### **3.2.3. Inmediación**

En el artículo 425 se consigna que primarán en los procedimientos laborales los principios de inmediación; en el artículo 427 a su vez se señala que las audiencias se desarrollarán en su totalidad ante el juez de la causa, el que las presidirá y no podrá delegar su ministerio. El incumplimiento será sancionado con la nulidad de las actuaciones y de la audiencia.

Con el objeto de otorgarle mayor vigor a este principio el artículo 427 inciso segundo, el que establece que en aquellos juzgados de letras que cuenten con juez y secretario, el juez podrá autorizar al secretario abogado asuma en calidad de suplente en todo el curso del juicio cuando hubiere retardo o cuando un mejor servicio así lo exija.

Esto además de ser una expresión del principio de inmediación en comento, es una fuerte señal del principio de continuidad, con el objeto que no se produzcan dilaciones innecesarias y, como consecuencia de aquello, atochamientos en el sistema. Además de la norma analizada, se desprende la aplicación de otro principio clásico del derecho procesal, el de economía procesal.

### **3.2.4. Impulso procesal de oficio**

En doctrina existe confusión en el tratamiento de este principio. Se utilizan como sinónimos de este principio las palabras o frases “De Impulso de Oficio”, “De Oficialidad”, “Inquisitivo”, “De Dirección del Proceso por el Tribunal”, “De Investigación de Oficio”, entre otros. Parece que el desorden se soluciona dando respuesta a las interrogantes: ¿quién inicia e introduce al proceso los hechos que serán objeto de prueba?, por un lado, y ¿quién introduce la prueba en el proceso?, por otro. En la respuesta a estas preguntas la doctrina distingue a su vez, más claramente, el principio dispositivo y su antagónico principio inquisitivo; y el de aportación de parte y aportación de oficio, que responden, respectivamente, a las interrogantes planteadas. Más aun, nos atrevemos a señalar que la confusión parte del hecho de que los autores bajo una sola denominación, “Impulso Procesal de Oficio” tratan de abarcar los principios íntimamente relacionados con el mismo, como lo son el dispositivo e inquisitivo o de oficialidad y el aportación de parte o de

oficio. En el marco de la reforma impulsada por la ley 20.087, debemos entender este principio al tenor de lo dispuesto en el artículo 429 que señala: “el tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio”. Esto cambia la visión del juez en los procedimientos orales, ya que en el actual procedimiento penal, el principio inspirador es el de pasividad, esto es que, en su carácter de garante sólo cuando se alteran las garantías consagradas en la Constitución y la ley, interviene para restablecer el orden jurídico en el proceso. En cambio, bajo el principio de impulso procesal de oficio, en el proceso laboral oral el tribunal una vez interpuesta la demanda, puede intervenir de manera activa en el procedimiento, pudiendo dar una solución pronta y eficaz a los conflictos jurídicos que se le presentan.

Primarán en los actos procesales el impulso procesal de oficio señalado en el artículo 425; además en el artículo 429 se consigna que una vez reclamada en forma legal la intervención del tribunal, este actuará de oficio.

Otras, manifestaciones de este principio:

- a) Decretando y rechazando prueba en audiencia preparatoria
- b) Adoptando medidas tendientes a evitar paralización o prolongación del proceso;
- c) No podrá ser aplicable el abandono del procedimiento.
- d) Aplicando correcciones a los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptando medidas que eviten nulidad del procedimiento.
- e) Decretando medidas cautelares.

### **3.2.5. Celeridad**

De acuerdo al Principio de la Celeridad las actuaciones procesales deben realizarse con prontitud y rapidez, en el más breve plazo. Este principio está íntimamente ligado con el de la concentración.

Sin una adecuada concentración no es posible esperar que resulte la celeridad. A veces puede existir conflicto entre el principio de la celeridad con una correcta administración de justicia laboral. Así, la celeridad debe estar coordinada con la “prudencia”. Couture decía: “Ni tanta economía (celeridad) que la justicia sufra quebranto, ni tanta discusión que prolongue indefinidamente el día de la justicia”.

Lo primero que llama la atención es el cuestionamiento de su verdadera naturaleza: algunos lo aceptan, sin más, en cambio otros lo niegan como principio del procedimiento, pues todo principio tiene su antagónico, por ejemplo, al de oralidad el de escrituración, no resultando razonable que el antagónico sea un procedimiento en que rija la “lentitud” (aun cuando igual razonamiento de puede hacer del principio de la buena fe). Además, la mayoría de los principios tienen su aplicación máxima en la oralidad, menos el de la celeridad. Para estos efectos, prescindiremos de la discusión: la celeridad está contemplada en el nuevo Proceso Laboral chileno y, sea lo que sea, el juez está obligado a su observación, además de tener las partes el derecho a exigirla.

En los actos procesales primarán los principios de celeridad (artículo 425), estos deberán realizarse con la celeridad necesaria (artículo 428)

Otras manifestaciones de este principio:

- a) Las audiencias se celebrarán con las partes que asistan (Artículo 426)
- b) El juez podrá rechazar de plano las actuaciones que considere dilatorias: se entiende dilatorias las que sólo tienen por objeto demorar la prosecución del juicio (artículo 430).

### **3.3. Naturaleza jurídica de la tutela anticipada laboral**

Uno de los puntos más controversiales de la denominada tutela laboral anticipada, dice relación con la naturaleza jurídica de la norma.

En este sentido, el profesor Eduardo Caamaño Rojo, ha señalado que deberá entenderse por ésta, una ‘precautoria especial de protección’<sup>79</sup> lo cual, es criticado por el profesor Eterovic por cuanto, en su opinión, esta correspondería más bien a una tutela anticipada propiamente tal y no una medida cautelar especial. Señala el citado profesor: “Nosotros no estamos de acuerdo, pues técnicamente estamos frente a una tutela anticipada y no una medida cautelar”.<sup>80</sup>

El profesor, Caamaño Rojo, ha manifestado indicando la naturaleza cautelar que reviste, especialmente atendido lo indicado en el artículo 485 en relación con el inciso 4° del artículo 489, a propósito de la vulneración de ciertos derechos fundamentales laborales.

El empleador, que no ha sido previamente oído, deberá soportar de inmediato y sin posibilidad de impugnación, el perjuicio sobre su interés que le provoca la resolución del tribunal

El profesor, Elías Romuladi, al caso argentino, señala que no deberán confundirse con medidas cautelares por cuanto, diferencia de las medidas cautelares, su función no es garantizar un eventual pronunciamiento posterior que haya reconocido el derecho subjetivo de quien la obtuvo durante el proceso de conocimiento, sino que en todos los casos el objeto de la pretensión del legitimado activo se agota con el otorgamiento de la medida.

Para entender la relación entre la tutela anticipada entonces y las medidas cautelares, se explica en el siguiente cuadro:

Tabla: Paralelo entre las medidas precautorias y la tutela anticipada

Medidas precautorias	Tutela Anticipada
Las medidas precautorias son infinitas, en la medida que a través de ellas se busque asegurar el resultado	La tutela anticipada, por su parte, requiere disposición expresa del legislador. Son de derecho estricto.

<sup>79</sup> ETEROVIC, *ob cit.* p. 14.

<sup>80</sup> ETEROVIC, *ob cit.* p. 15.

de la pretensión.	
Las medidas precautorias son en esencia provisionales. Desparecido el periculum in mora (sea a través de una fianza u otro medio análogo), su razón de ser deja de existir, pudiendo en consecuencia ser levantadas.	La tutela anticipada, tal cual como la consagra el legislador, es definitiva al menos en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En el procedimiento monitorio será definitiva en la medida que no se impugne en el plazo concedido para ello.
Las medidas precautorias son instrumentales, buscan asegurar el resultado de la pretensión si ésta llega a concederse al momento de dictarse la sentencia definitiva.	La tutela anticipada por el contrario, constituye un fin en sí misma y no un medio. Se pronuncia directamente sobre el mérito de la pretensión hecha valer en el procedimiento, y como tal, se dirige inmediatamente a resolver el conflicto. En palabras de Romero, la medida cautelar es accesoria al juicio, mientras que la tutela anticipada accede directamente al objeto en conflicto <sup>11</sup> .
Las medidas precautorias si bien son infinitas, son a la vez excepcionales y procederán cuando concurra el periculum in mora y el fomis boni iuris, junto con los requisitos específicos de cada medida en particular.	La tutela anticipada recibe aplicación general, siempre y cuando se acompañen antecedentes suficientes de los hechos invocados y de la pretensión hecha valer.
En el mismo sentido, las medidas precautorias deben ser necesarias existiendo peligro de que la satisfacción de la pretensión	Respecto de las tutelas anticipadas, malamente podremos sostener que deben ser necesarias. Todo lo contrario, la idea de proceso permite

reconocida en la sentencia definitiva puede ser burlada durante el curso del procedimiento por conductas que realice el demandante.	asegurar que son una figura totalmente prescindible dentro de los sistemas procesales, que no debiese recibir aplicación por su clara contradicción con la Constitución.
Las medidas precautorias son actos procesales de parte, debiendo pedirlos el demandante durante la tramitación del juicio.	La tutela anticipada permite al juez actuar, alternativamente de oficio, o a petición de parte.

Fuente: elaboración propia

Por su parte, de la naturaleza jurídica de la resolución que se funda en la aplicación del artículo 492 del Código del Trabajo, cabe agregar que, la transformación de la sociedad y del Estado hizo surgir nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela. El Estado Constitucional, al afirmar los derechos fundamentales, frecuentemente toma en cuenta derechos de contenido no patrimonial o predominantemente no patrimonial, exigiendo su protección a través de normas de protección y de tutelas jurisdiccionales dirigidas a impedir su violación y a viabilizar la remoción de los efectos concretos derivados de su agresión.

Además, la necesidad de mayor celeridad de tutela de los derechos, resultante de las características de los “nuevos derechos” y de las relaciones jurídicas propias de la sociedad contemporánea, evidenciaron: que la adaptación del sistema de distribución de justicia - que era impotente al alcance de la anticipación de la tutela final – a la evolución de la sociedad, tiene un carácter imprescindible.

No obstante, la falta de idoneidad del proceso civil clásico para atender las nuevas situaciones de derecho sustancial, no le impidió a la práctica forense

utilizar la acción cautelar innominada para obtener la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito y la propia realización anticipada de la tutela.

Se ha discutido también, respecto de la naturaleza jurídica de la resolución que emana del procedimiento contenido en el artículo 492 del Código del Trabajo, en cuanto si esta es una medida cautelar laboral o una sentencia, en este caso, de única instancia.

En efecto, una medida cautelar, por su propia naturaleza es esencialmente temporal y revocable, atendido a que está destinada a asegurar el resultado del juicio, para el evento de una sentencia condenatoria favorable, ergo, tal como lo señala su concepto básico, está destinada a proteger temporalmente un derecho o una pretensión de aquella parte que lo solicita. En cambio, una sentencia tutelar, esto es, producida en un procedimiento especial, donde se prescinde el debate, es un medio de solución jurídica directa de la controversia. Como afirma Gozaíni, "mientras en las medidas cautelares es suficiente una apariencia del derecho, en la ejecución dispuesta queda de manifiesto una declaración sobre su existencia."<sup>81</sup>

Por otra parte, las medidas cautelares gozan de la presunción "fumus bonis iuris", lo que al entender de Calamandei "la actividad cautelar presupone un cálculo de probabilidades acerca de cual podrá ser el contenido de la sentencia definitiva. Se trata de un problema de verosimilitud de las afirmaciones en que se fundamenta la demanda."<sup>82</sup> En cambio las sentencias, son la producción de acto de juicio del jurisdicente, con un carácter definitivo, no son aparentes, son la concreción del principio de certeza jurídica sobre el cual descansa el sistema jurídico.

En este orden de ideas, como plantea Marinoni, la diferencia entre estas es: "la tutela cautelar tiene por fin asegurar la viabilidad de realización de un derecho,

---

<sup>81</sup> GOZAÍNI, Osvaldo, La ejecución provisional en el proceso civil, en Revista Peruana de Derecho Procesal 3 (Lima, 1998), p. 90.

<sup>82</sup> TAVOLARI OLIVEROS Raúl, su libro Tribunales, Jurisdicción y Proceso, Editorial Jurídica, 3ª Parte cap. I.

no pretende realizarlo. La tutela que satisface un derecho, aunque fundada en un juicio de apariencia es lo que entendemos por tutela anticipada”.<sup>83</sup>

De esta forma nos vamos adentrando para despejar este aparente conflicto respecto de la naturaleza jurídica de la resolución. Si lo observamos respecto de la forma que tiene esta resolución judicial, es de aquellas que se aleja más del principio de bilateralidad de la audiencia, esto es de plano, es decir, la decreta de inmediato, sin formalidades de notificación o plazos. Eventualmente, puede tener esta característica las resoluciones que recaen sobre las medidas cautelares, como también aquellas que son conocidas como sentencias anticipadas. Queda de manifiesto, que tal como lo señalábamos en el análisis de comienzo de este capítulo, responden al principio de unilateralidad de la audiencia, cuestión que va allanando el camino para comprender su naturaleza.

Podemos plantear entonces que la resolución sobre la que recae emana del procedimiento de tutela anticipada de derecho, es una sentencia definitiva de única instancia que establece el restablecimiento del derecho

### **3.4. Derechos que protege el artículo 492**

La tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral, ha soportado múltiples interpretaciones, puesto que se trata de un derecho que se adapta y evoluciona constantemente conforme así lo hacen las distintas realidades laborales, influyendo también el país de que se trate.

Dichos derechos laborales fundamentales se encuentran en ocho Normas Internacionales del Trabajo, que se estima deben el mayor resguardo o protección para el correcto funcionamiento de las relaciones laborales, recogidos y amparados por la legislación nacional, los cuáles son:

- a) Convenio 87, relativo a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación.
- b) Convenio 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de

---

<sup>83</sup> MARINONI, L., Antecipacao da tutela. Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2008, p. 107.

sindicación y de negociación colectiva.

- c) Convenio 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio.
- d) Convenio 105, relativo a la abolición del trabajo forzoso.
- e) Convenio 100, relativo a la igualdad de remuneración.
- f) Convenio 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.
- g) Convenio 138, relativo a la edad mínima de admisión al empleo.
- h) Convenio 182, relativo a las peores formas de trabajo infantil (aprobado con posterioridad)
- i) Debemos agregar a estas normas fundamentales, los aspectos presentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), (que curiosamente fue proclamado con posterioridad a la Declaración de Filadelfia); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC/1966); y, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo(1986).

Varias denominaciones se utilizan para referirse a aquellos derechos que se considera pertenecen a todas las personas por el sólo hecho de ser tales. Se habla así de derechos humanos, derechos fundamentales<sup>84</sup>, derechos de la persona, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, garantías individuales, etc. Nuestra Constitución Política se refiere a ellos como derechos constitucionales<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Aun cuando en el lenguaje ordinario los términos derechos humanos y derechos fundamentales se usan como sinónimos para una corriente de la doctrina, el primero tiene una connotación más amplia que el segundo, pues se incluyen entre los derechos humanos supuestos no incorporados como tales al derecho positivo, en tanto que los segundos – los derechos fundamentales- serían aquellos derechos humanos reconocidos por el derecho positivo nacional o internacional. Op. Cit., en GAZMURI Consuelo. (2004) La ciudadanía en la empresa: perspectiva de género. En: Serie de documentos de la Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. p. 1

<sup>85</sup> GAZMURI R. Consuelo (LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EMPRESA; ALGUNAS PERSPECTIVAS DE GÉNERO. En: Serie de documentos de la Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. 2005. p. 5.

En el caso de Chile se entiende que los derechos fundamentales son aquellos establecidos en la Constitución Política – principalmente en su artículo 19, pero también en otras disposiciones - y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, que se encuentren vigentes. En el mencionado artículo 19, se habla de “Derechos y Deberes Constitucionales” y, por su parte, el artículo 5º, inciso 2º se refiere a estos derechos como “aquellos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.<sup>86</sup>

Los derechos fundamentales contemplados en esa enumeración taxativa de la ley, y por tanto protegidos por la acción de tutela, son de dos tipos, según su origen: los de fuente constitucional, previstos todos en el artículo 19 del texto fundamental, y los de fuente legal: el derecho a la indemnidad laboral, cual tiene su origen en la Ley 20.087.

Los derechos fundamentales de origen constitucional protegidos por la acción de tutela son:

- a. Derecho a la vida (artículo 19 N° 1)
- b. Derecho a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1),
- c. Derecho a la intimidad y respeto a la vida privada (artículo 19 N° 4),
- d. Derecho al honor, derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5),
- e. Derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (artículo 19 N° 6),
- f. Libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (artículo 19, N° 12, inciso primero)
- g. Libertad de trabajo y de contratación laboral (artículo 19 N° 16, incisos primero y cuarto),
- h. Derecho a la no discriminación (artículo 2 del Código del Trabajo).
- i. Derecho a la indemnidad laboral.

Aparte de los derechos de fuente constitucional, la acción de tutela protege un derecho de origen en la propia ley procesal recién aprobada. En efecto, la

---

<sup>86</sup> GAZMURI R Consuelo. Ob. Cit. p. 5.

nueva ley viene a dar lugar a un derecho fundamental no expresamente previsto por el texto constitucional, aunque fundado en un derecho fundamental constitucional, el derecho de tutela judicial efectiva-, y protegido por la acción de tutela del nuevo procedimiento:

Derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocida técnicamente como garantía de indemnidad.

### **3.4.1. Derecho a la indemnidad laboral**

En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad supone la imposibilidad para el empresario de adoptar medidas de represalia contra el trabajador que ha ejercitado una acción judicial contra aquél, en defensa de algún derecho que le ha sido negado. No importa que la acción ejercitada prospere o no. Tampoco es preciso que se haya interpretado la demanda, pues es suficiente con que se hayan iniciado los actos previos o preparatorios.

Esa represalia o actuación empresarial, movida por la contrariedad que le supone la demanda del trabajador en reclamación de sus derechos. La garantía de indemnidad deber reunir tres requisitos:

- a) Una actuación del trabajador en el ejercicio de la tutela de un derecho.
- b) Un acto empresarial perjudicial para el trabajador (despido, sanción, modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, etc.).
- c) Una relación de causalidad entre a) y b), es decir, que la medida empresarial sea una represalia por la actuación del trabajador<sup>87</sup>.

En efecto, el artículo señala en igual sentido —de conducta lesiva de derechos fundamentales- "se entenderán las represalias ejercidas contra los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales". En ese caso, el

---

<sup>87</sup>¿Cuándo y cómo utilizar el derecho a la indemnidad laboral" (en línea) Disponible en: <http://www.consultor.com/entornolaboral/indemnidad.asp>Revista de derecho laboral Entorno laboral España. Nº 23. 2005. [fecha de consulta 5 de enero de 2014]

derecho vulnerado -conocido en el derecho comparado como garantía de indemnidad- corresponde a la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza (fundamentales específicos o inespecíficos, legales o contractuales), de resultas o como consecuencia de las actuaciones de organismos públicos en la materia, tanto judiciales como administrativos. Como ha destacado la doctrina, la garantía de indemnidad "vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalia empresarial distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos".<sup>88</sup>

### **3.4.2. El derecho a la no discriminación**

Según el profesor Caamaño Rojo, son tres las normas constitucionales que fijan el marco a partir del cual se estructura el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en Chile.

En primer lugar, debe hacerse referencia al artículo 1º de la Constitución, con el que comienza el capítulo de las Bases de la Institucionalidad, el cual dispone que: "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos." Esta norma es indudablemente de gran importancia, puesto que fija una línea conductora sobre la materia al establecer un concepto prescriptivo de la persona, como ser libre e igual.<sup>89</sup> Por su parte, el mismo artículo 1º en su inciso final establece el deber del Estado de "promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

En segundo lugar, corresponde citar el artículo 19 Nr. 2 de la Constitución, el cual, dentro del capítulo referido a los derechos y deberes constitucionales,

---

<sup>88</sup> VALLE, F.A., "La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario", *Revista Derecho Social*, N° 29, España, 2005, p. 82

<sup>89</sup> CASTRO, José Francisco, "Discriminación en las relaciones laborales", *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, febrero 2001. Op. Cit., en CAMAÑO ROJO.

asegura a todas las personas: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley (inciso 1). Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (inciso 2). Ahora bien, debe tenerse en consideración que el principio de igualdad no precisa qué es lo que es igual, sino que va directamente al resultado, es decir, lo que es igual debe ser tratado igual, a contrario sensu, lo que no es igual puede ser tratado desigualmente. Sin perjuicio de ello, podemos afirmar que la norma recién citada constituye una importante innovación constitucional, pues extiende el sentido de la igualdad ante la ley como mera generalidad (aplicación del derecho) al contenido del derecho, mediante la incorporación de la expresión referida a la prohibición de las distinciones arbitrarias. De este modo, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, esto es, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles.

En tercer lugar, en el plano estrictamente laboral, la Constitución reconoce expresamente el derecho a la no discriminación en su artículo 19 Nr. 16. Esta disposición establece que se asegura a todas las personas: “La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

Como señala Costa, del tenor de este precepto se pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre la prohibición de discriminación y el derecho a la libertad de trabajo, pues esta prohibición aparece como una clara protección de aquella libertad. Por otra parte, cabe destacar que el artículo 19 Nr. 16 inciso 3 de la Constitución particulariza el principio de igualdad del artículo 19 Nr. 2 en materia laboral. Como señalan acertadamente Lizama y Ugarte, pese a su ubicación en la geografía constitucional, dentro del numerando 16 del artículo 19, no cabe duda que esta disposición no es más que una manifestación particular del principio

jurídico de igualdad (artículo 19 Nr. 2), cuya incorporación en el citado número de la libertad de trabajo se explica más bien por la materia que, en rigor, por su contenido.

De esta manera, el numeral 16 fija una regla fundamental, toda vez que le otorga rango constitucional al principio de no discriminación en materia laboral y, por lo tanto, todas las normas de nuestro sistema jurídico deben ajustarse a esta disposición, sin perjuicio que, además, considera a la discriminación laboral como un ilícito a nivel constitucional. Asimismo, el artículo 19 Nr. 16 amplía el alcance de esta prohibición de discriminación al extenderla no sólo a la ley y a las autoridades públicas, sino que también a los particulares, lo que es naturalmente propio de las relaciones jurídicas a que da lugar el trabajo subordinado.

Finalmente, debe destacarse que el constituyente ha entendido ampliamente el derecho a la no discriminación, lo que se manifiesta en la circunstancia de no haber introducido una enumeración o enunciación de criterios de diferenciación injustificados o arbitrarios, sino que ha excluido, con bastante acierto, cualquier motivo o criterio que no se base en la capacidad o idoneidad personal, esto es, prohíbe cualquier criterio de diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable, sin perjuicio de que la ley pueda exigir, en determinados casos, la nacionalidad chilena o ciertos límites de edad.

Así, el constituyente nacional ha dado un paso adelante frente al método seguido por el Convenio 111 de la OIT y por otros instrumentos internacionales, en los que la prohibición de discriminación va estrechamente asociada a la enunciación explícita de criterios de diferenciación prohibidos, tales como la religión, el sexo o la raza.

### **3.4.3. Libertad de trabajo y de contratación laboral**

La Constitución asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, es decir, toda persona puede realizar la actividad laboral que estime pertinente. Sin embargo, el inciso cuarto del artículo 19 N° 16 de la Constitución agrega que “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 lo declare así.

Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos.

La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley”

#### **3.4.4. Contratación laboral**

Según este derecho, las partes tienen libertad para pactar las condiciones de sus contratos individuales e instrumentos colectivos, siempre que respeten las normas mínimas que establece la ley. De esta manera, el principio de autonomía de la voluntad, imperante en el Derecho Civil, se restringe debido a la naturaleza tutelar del Derecho del Trabajo

#### **3.4.5. Ciudadanía en la empresa**

Muchos laboristas, especialmente españoles, italianos y algunos franceses, hablan de “ciudadanía laboral”, “ciudadanía social”, “ciudadanía industrial”, “ciudadanía en la empresa”, etc., para hacer alusión a los derechos y/o poderes del trabajador en la empresa o en la sociedad, ante el empleador, ante el

Estado o ante la sociedad<sup>90</sup>. Pero ¿de dónde surge el concepto de ciudadanía en la empresa?

Desde su origen griego y durante largo tiempo, la noción de ciudadanía tuvo un carácter político: refería al vínculo entre una persona ( el ciudadano ) y una comunidad (ciudad-Estado primero, Estado nacional después ), en función del cual aquella poseía derechos o facultades o atribuciones de intervención en la vida política, en el manejo de la cosa pública. Esa idea de ciudadanía persiste actualmente. Es la que aparece en el Diccionario de la Real Academia Española en la voz “ciudadano”; es, también, la que se puede encontrar en cualquier Manual de Derecho constitucional o de Introducción al Derecho, que normalmente define quiénes son ciudadanos y cómo, en función de ello, pueden elegir a los gobernantes y ser electos como tales.

Para entender el concepto de ciudadanía en la empresa, es dable retrotraer la discusión a la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa, y el reconocimiento de los derechos fundamentales denominados “inespecíficos o de la personalidad” para comprender del porqué de su relación con la tutela anticipada labora, puesto que encuentra un antecedente general y mayor.

En opinión de Palomeque, se produce bajo este supuesto, una “impregnación laboral de derechos de alcance general no circunscritos a la relación de trabajo. Se trata de derechos del, ciudadano trabajador que ejercita como trabajador ciudadano”<sup>91</sup>. Este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador.

En la relación laboral el derecho fundamental del trabajador se inserta en cuanto a su ejercicio en el específico ámbito de la organización empresarial, en la

---

<sup>90</sup>IUSLabor 2/2006 Editorial Trabajo, ciudadanía y derechos humanos. ERMIDA URIARTE, Oscar. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social Director de la Escuela de Posgrado Facultad de Derecho de la Universidad de la República Uruguay. p.1

<sup>91</sup>PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. Los derechos laborales en la Constitución española, CEC (Cuadernos y Debates), Madrid, 1991, p. 31)

que evidentemente se produce una compresión o modulación de su personalidad;<sup>92</sup> ello lógicamente no puede ser de otra forma dada la estructura misma de la organización, que reconoce como elemento de su esencia la interacción jerarquizada de sus componentes.

Los poderes del empresario reconocen su fundamento último en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad -artículos 19, N°s 21 y 24 de la Constitución, respectivamente-, 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. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial -ratio económica-.

Asimismo, al empresario le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador. Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección -comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu como el disciplinario-, si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración -ratio jurídica- en el contrato de trabajo -dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador-, a lo que debemos agregar la ley -será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario-.

---

<sup>92</sup> GAMONAL CONTRERAS Sergio. (2004) "Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos" Santiago, Chile. de. Jurídica. p. 34.

Previo al contrato y en función de la libertad de empresa, el empresario es titular de unas facultades organizativas-económicas, las que sólo en virtud del contrato de trabajo se materializan en el poder de dirección, es decir, se manifiestan en el específico ámbito de la relación laboral, y por lo mismo quedan sujetas a las limitaciones que el propio marco convencional o legal establezca; elementos que en definitiva, vienen a conformar la posición jurídica que ha de ocupar el empresario en la relación laboral, en cuanto su poder de dirección es un poder laboral que se ejerce en este ámbito delimitado; o dicho de otra forma, sólo este poder de dirección es el que es oponible al trabajador.

En consecuencia, el poder empresarial si bien hunde sus raíces en la libertad de empresa encuentra su verdadera conformación en su juridificación como poder de dirección a través del contrato de trabajo, siendo por tanto éste su medida inmediata de valoración.

Ahora bien, desde el año 2001 en adelante, existe en el ámbito nacional un claro reconocimiento de la idea de “ciudadanía en la empresa”. El concepto de ciudadanía en la empresa surge con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.759 del año 2001 que incorporó en nuestro ordenamiento jurídico laboral, de forma expresa en el inciso primero, del artículo 5, la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales en el seno de la relación de trabajo. Dicho precepto legal, prescribe: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respecto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

Luego, al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral -por ejemplo, la libertad sindical- sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales con la entrada en vigor de la ley 20.087 -derechos inespecíficos o de la personalidad-, que sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, tales como: el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1); derecho de igualdad y de no discriminación (19 N°s 2 y 16), libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N°

6), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 N° 4), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5), libertad de opinión -expresión- e información (artículo 19 N° 12), derecho de reunión (artículo 19 N° 13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N° 21), etc.; así como también, otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía (artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política)<sup>93</sup>.

Los derechos fundamentales se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero “status jurídico”, para los mismos, irrenunciable e irreductible. De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluridireccional.

En las referidas disposiciones legales se ha materializado entonces, el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como “ciudadanía en la empresa”; reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones laborales.

Se entiende, por otra parte que los derechos fundamentales por su característica de ser inherentes al hombre y a su vez universales no se puede discutir que tienen vigencia; sin embargo, en el ámbito laboral existe el vínculo de subordinación y dependencia que se justifica en la idea de que la empresa es la dueña de los medios de producción y por lo tanto se le reconoce a la empresa la facultad de disponer de la persona del trabajador (poder de dirección). Hay una distorsión entonces de los derechos fundamentales del trabajador dentro de la empresa. ¿A qué se debe esta distorsión? Existen dos vertientes mediante las cuales podemos responder esta pregunta:

---

<sup>93</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO-CHILE DICTAMEN N°: 2856/0162 FECHA: 30.08.2002. MATERIA: Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5, del Código del Trabajo.

Tradicional: A que la subordinación o dependencia trae aparejada dos obligaciones para el trabajador: deber de fidelidad y deber de obediencia.

Moderna: La subordinación o dependencia debe ser vista como la obligación del trabajador de cumplir el contrato de trabajo de acuerdo con el principio de la buena fe contractual.

- a) Cómo garantizar la libertad de expresión del trabajador sin reprochar al trabajador que se le está haciendo una crítica a la empresa como incumplimiento contractual.
- b) Cómo reconocer el derecho a la intimidad del trabajador frente a un empleador que establece mecanismos de revisión corporal amparados en el poder de dirección.
- c) El derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo versus la libertad de contratación del empleador.
- d) Estos problemas se plantean en general en los derechos fundamentales inespecíficos, esto es, los que no se relacionan directamente con derechos laborales.

Con todo, es necesario precisar que esta operación de ponderación debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora, del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.

En suma, a la luz de las normas constitucionales tratados internacionales vinculantes para el Estado chileno, disposiciones legales citadas en particular en lo referido al inciso primero, del artículo 5, del Código del Trabajo, y a la consideraciones y argumentaciones esbozadas, es posible concluir que los derechos fundamentales respecto de los cuales es titular la persona del trabajador en cuanto a su condición de ciudadano, han de servir como medida de valoración

de los poderes empresariales, erigiéndose en límites infranqueables al ejercicio por parte del empresario de dichos poderes.

En la práctica nuestros Tribunales de justicia le han dado la razón a la parte que ve vulnerado algún derecho fundamental. Por ejemplo:

"Caso Moraga" San Antonio, año 2004, un guardia de seguridad que trabajaba en el acceso al puerto llega con un cartel que criticaba a su empresa. Lo despiden bajo la causal de incumplimiento grave. Demanda por despido injustificado ROL 899-2007 CS. Con la ley 19.759 de 5 de octubre de 2001 se agrega un nuevo inciso al artículo 5 del CT. "El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite las garantías constitucionales de trabajador..." El inciso que se agrega limita al empleador en su poder de dirección cuando pudiere pasar a llevar los derechos fundamentales del trabajador. Se reconoce también en este artículo y se consagra el concepto de ciudadanía dentro de la empresa.

La ciudadanía en una sociedad política permanece a lo largo de la vida y no se pierde sino por la voluntad del titular, además la idea de democracia se sustenta en el principio básico de la igualdad de todos los ciudadanos; pero ninguno de estos dos conceptos existe dentro del concepto de ciudadanía de la empresa, esto porque existe una infinidad de contratos precarios. También señala que la misma empresa se está transformando en un concepto precario, esto por la gran cantidad de reorganizaciones empresariales.

## **CAPÍTULO IV: DE LA TUTELA ANTICIPADA: ASPECTOS SUSTANTIVOS, ADEJTIVOS Y DOCTRINALES**

### **4.1. La tutela anticipada labora en el procedimiento monitorio (Art. 500)**

Este procedimiento, se encuentra regulado en los artículos 496 a 502 del Código del Trabajo; con el claro propósito de acelerar los juicios laborales bajo la premisa de que “un juicio excesivamente largo no es justo”, porque no cumple con uno de los principios esenciales del debido proceso; esto es, la celeridad, especialmente en materia de conflictos laborales.

Originalmente, no estaba contenido en la propuesta de reforma al procedimiento laboral elaborada por el Foro constituido para esta materia, sino que es incorporado por indicación parlamentaria durante el proceso legislativo<sup>94</sup>. En este procedimiento, el juez escucha el reclamo de una sola de las partes, en este caso el trabajador, y luego emite su sentencia, dando posibilidad para que se reclame de ésta en un determinado plazo.

El profesor y quien fuera ministro de la Corte Suprema de Chile, Domingo Kokisch, promovía con entusiasmo este procedimiento señalando:

“Se debería abogar por una pronta introducción del proceso monitorio en Chile, aun cuando se podría objetar dada la enorme cantidad de procesos especiales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pero lo cierto es que nos encontramos ante un proceso especial que en la práctica, por su enorme importancia, se ha convertido (...) en el proceso de cognición ordinario de la gran mayoría de los países europeos. Más de siete millones de demandas anuales, sólo en la República Federal de Alemania avalan la gran efectividad práctica de este proceso. La introducción de este procedimiento en Chile no sólo es, por lo tanto, aconsejable sino que también recomendable”.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Lizama, Luis (2006), Revista Derecho Laboral, Tomo XLIX – N° 221, FCU, Montevideo.

<sup>95</sup> Kokisch, Domingo (2002), Revista Actualidad Jurídica N° 2, Enero 2002, Universidad del Desarrollo, Santiago. P. 139.

Para ejercer una acción en el procedimiento monitorio, la cuantía debe ser igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, y el trabajador debe haber solicitado previamente una conciliación ante la Inspección del Trabajo.<sup>96</sup> Así, de la sola lectura de la demanda y sus antecedentes, el juez dicta sentencia acogiendo o rechazando las pretensiones del trabajador. Luego, las partes tienen un plazo para reclamar de ella de 10 días desde su notificación.

Ahora bien, la ley le confiere al Tribunal la facultad de que “si éste considera que no tiene los antecedentes suficientes para pronunciarse, puede citar a una audiencia de conciliación y prueba. Ella se celebra con las partes que asistan, y a su término el tribunal dicta sentencia, ya que no incluye la valoración de las pruebas aportadas. Esta circunstancia fue considerada por el legislador, con el objeto de morigerar las eventuales arbitrariedades de este tipo de procesos, derivadas del hecho de no ser oída una de las partes antes de la dictación del fallo.

Para el establecimiento de este procedimiento, se tuvo en especial atención la experiencia en el derecho comparado, particularmente las consideraciones prácticas observadas en el derecho español, dentro de las cuales se tuvieron presente:

- a) Que, este procedimiento insta a las partes a llegar a acuerdos previos al juicio o durante el mismo, ya que las consecuencias para el empleador de litigar pueden dar lugar a altos costos si es que no tiene pruebas contundentes para desvirtuar al trabajador demandante.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> En esta instancia de negociación asistida por un funcionario de la Inspección del Trabajo se obtienen hoy en día numerosos acuerdos entre empleador y trabajador; lo anterior tiene su fundamento en la dificultad para la empresa de lidiar con una primera resolución del tribunal, que, en palabras simples, es una sentencia condenatoria contra del empleador.

<sup>97</sup> “En la doctrina española se habla de la “tutela jurisdiccional ejecutiva”, por virtud de la cual el tribunal ejerce su potestad para producir un cambio físico o material en la realidad social con el fin de acomodarla a lo que establece un título ejecutivo [...] “Los procesos monitorios se regularon en los artículos 812 a 818 Ley de Enjuiciamiento Civil y, permite al acreedor reclamar respecto de aquellas obligaciones que estén liquidadas, vencidas, exigibles, y que conste en un documento, realizar un requerimiento a la jurisdicción para que este compulsivamente le solicite el pago al deudor, para que este dentro de plazo legal, pague la cantidad reclamada, lo que dará lugar al archivo de las actuaciones; o bien se oponga, cuestión que hará que el juicio monitorio mude en el declarativo ordinario que corresponda por razón de la cuantía (juicio ordinario o juicio verbal);

- b) El juicio monitorio por su propia naturaleza, permite evitar el proceso ordinario, mucho más largo y costoso,<sup>98</sup> cuestión que hizo que tuviera una muy buena acogida de los operadores jurídicos.<sup>99</sup> Esto dio paso a que este proceso fuera el más usado para la reclamación de obligaciones e dinero. En este sentido, las cifras son elocuentes indicando que el año 2001 ingresaron 120.165 procedimientos monitorios, cifra que se eleva en 2010 a 845.875.<sup>100</sup>

La inclusión de la tutela anticipada en este ámbito, dice relación con la noción misma del proceso en esta materia.

Las formas monitorias<sup>101</sup> “pertenecen a los procesos simplificados que tienen por objetivo el otorgamiento de un título ejecutivo judicial (sentencia monitoria) en forma rápida, económica y con escasa participación del órgano

---

finalmente, si el deudor se mantiene inactivo, se despache ejecución por la cantidad reclamada” En este sentido, ORTELLS (2007) pp. 54-57; relacionándolo con la tutela judicial efectiva, pp. 677-681. Con una explicación general, DE LA OLIVA et al. (2005) pp. 17-29.

<sup>98</sup> La disminución del coste del proceso es obvia en cuanto en el juicio monitorio no se exige que la petición inicial se presente por abogado y procurador. La situación varía si existe oposición, pues, una vez que el juicio monitorio termina y se transforma en un ordinario por la cuantía, la intervención de abogado y procurador será necesaria en todo caso en el juicio ordinario (reclamaciones de cuantía superior a 6.000 euros) y en el verbal siempre que la cuantía supere 2.000 euros.

<sup>99</sup> Es el caso de los abogados y procuradores que, en lugar de acudir al procedimiento de jura de cuentas, regulado en los arts. 35 y ss. LEC, han optado en muchas ocasiones por la utilización del juicio monitorio para la reclamación de sus honorarios y derechos frente a sus clientes. No existe unanimidad en la jurisprudencia a la hora de decantarse sobre la utilización del juicio monitorio para la reclamación de las deudas de abogado y procurador. Así, para un sector jurisprudencial los arts. 34 y 35 LEC establecen el cauce procedimental para tramitar estas reclamaciones, lo que impedirá acudir al monitorio. Así, los AAP de Cáceres, de 26 de noviembre de 2002 (ED 2002/68278); de Las Palmas, de 16 de abril de 2004 (La Ley Juris 1684642/2004); de Guipúzcoa, de 20 de febrero de 2006 (La Ley 2288623/2006).

En sentido contrario, para otro sector jurisprudencial, mayoritario, Ley procesal civil no prohíbe en ninguno de sus preceptos al abogado o procurador la posibilidad de acudir al proceso monitorio para la reclamación de sus honorarios, y tampoco les obliga a acudir al procedimiento de los arts. 34 y 35 LEC, que se prevé como una opción procedimental para el profesional que podrá elegir si lo considera idóneo para la defensa de sus intereses. Entre otros, AAP de Cádiz, de 14 de diciembre de 2010 (AC 2010/219); de Cádiz, de 22 de septiembre de 2006 (JUR 2007/62577); de Cantabria, de 28 de enero de 2003 (AC 2003/145).

<sup>100</sup> La justicia dato a dato, p. 61. Disponible en <http://www.poderjudicial.es>.

<sup>101</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la definición del adjetivo “monitorio” es: “Dícese de lo que sirve para avisar o amonestar, y de la persona que lo hace.” Desde un punto de vista jurídico, estas definiciones no son suficientes, ya que el proceso monitorio no es un proceso en el que simplemente se advierta o avise al deudor, sino que es un proceso especial en el que se llega a crear un título ejecutivo en aquellos casos en los que no se cuenta con el título, porque este siendo de origen contractual y no se tiene el documento, o se tiene el documento y este no reúne requisitos diferentes a los de contener una obligación clara y expresa: en otras palabras, se discute en el título su exigibilidad, o su legitimación pasiva.

jurisdiccional; mediante una previa intimación de pago judicial (aviso de pago y/o requerimiento de pago); contra la cual el requerido no ofrece oposición oportuna y suficiente (técnica del *secundumeventumcontradictionis*); sólo en caso de oposición pesa sobre el requirente instar el proceso contradictorio de conocimiento (estructura de la inversión del contencioso).<sup>102</sup>

Específicamente, el artículo 500 del Código del Trabajo, establece que

Art. 500. En caso que el juez estime fundadas las pretensiones del demandante, las acogerá inmediatamente; en caso contrario las rechazará de plano. Para pronunciarse, deberá considerar, entre otros antecedentes, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia de las partes en la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado. En caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el tribunal deberá citar a la audiencia establecida en el inciso quinto del presente artículo.

Las partes sólo podrán reclamar de esta resolución dentro del plazo de diez días hábiles contado desde su notificación, sin que proceda en contra de ella ningún otro recurso. La notificación al demandado se practicará conforme a las reglas generales.

En todo caso, en la notificación se hará constar los efectos que producirá la falta de reclamo o su presentación extemporánea.

---

<sup>102</sup>Esta descripción de las “formas monitorias” combina no sólo el objetivo inmediato del proceso (el otorgamiento de un título ejecutivo judicial), sino además incluye su técnica y estructura, comp. por cierto con Cristofolini, G., *Processod’ingiunzione*, Cedam, Padova, 1939, p. 30. Un desarrollo con aspiraciones de definición la da Correa Delcasso, J. P., *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 37 y del mismo, *El Proceso Monitorio*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 211; igualmente del mismo autor, “Espagne”, in Rechberger, W./Kodek, G. (Coord.), op. cit., p. 235; comp. otras nociones López Sánchez, J., *El Proceso monitorio*, La Ley, Madrid, 2000, p. 18 s.; De Leval, G., “Les ressourcesdel’inversion du contentieux”, op. cit., p. 83 y ss.; Comp. Horsmans, G., *La procédure d’injonction ou Le recouvrement simplifié de certaines créances dans les pays du Marché Commun*, Thesis, Univ. Brux., Bruxelles, 1964, p. 157-167; Freundenthal, M., *Incassoprocedures, OpzetvooreenNederlandseincassoproceduremetempirische en rechtsvergelijkendeaantekeningen*, Kluwer, Deventer, 1996, p. 73 y ss.; finalmente la más aceptable de las nociones es la dada por Rechberger in Rechberger, W./ Kodek, G., *Mahnverfahren*, op. cit., 29; similar es la dada por Garbagnati, E., *Ilprocedimentod’ingiunzione*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 21; comp. Siciliani, T., *Procedimento per ingiunzione*, en *Nuovo Digesto Italiano*, XVI, 1938, p. 1.095.

Presentada la reclamación dentro de plazo, el juez citará a las partes a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a su presentación.

Si el empleador reclama parcialmente de la resolución que acoge las pretensiones del trabajador, se aplicará lo establecido en el artículo”

Según la interpretación de la jurisprudencia, al tenor de esta norma confluirían las siguientes hipótesis:

El artículo 500 del Código del Trabajo contempla varias hipótesis, a saber:

a) Que el Tribunal estime fundadas las alegaciones del demandante, caso en el cual las acogerá de inmediato.

b) En el caso contrario, vale decir cuando no las estimare fundadas, las rechazará de plano.

c) En caso de no existir antecedentes suficientes para emitir un pronunciamiento, en uno ó en otro sentido, citará a la audiencia que establece el inciso 5° del mismo artículo 500 del Código ya citado.

d) Finalmente, se contempla la situación en que, habiéndose hecho la declaración a que se refieren las letras a) y b) precedentes, se reclame de ello, en tal caso el inciso 5° del artículo 500 del Código del Trabajo establece que el Juez citará a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que se deberá celebrar dentro de los quince días siguientes a la presentación del reclamo.

A su turno el inciso 3° del citado artículo 500 establece que la notificación al demandado se practicará conforme a las reglas generales.

## 4.2. Tutela anticipada laboral y colisión de derechos fundamentales

En términos generales, al concepto de proceso, se le asocia al principio de bilateralidad de la audiencia, el que se traduce en la posibilidad de ser escuchado por el tribunal. Este principio lo encontramos en el artículo 425 y se traduce en el derecho que tienen las partes a ser emplazadas y oídas en el juicio. Bajo este principio implica que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión o acción laboral si la persona contra quien aquélla ha sido deducida no ha tenido oportunidad de ser oída: “auditur et altera pars.”

Se cumple mediante la notificación personal de la primera providencia al demandado, requisito que le da la calidad de parte y lo habilita para actuar en el proceso. Con todo se debe estimar que el contenido del principio de bilateralidad de la audiencia se circunscribe a impedir una resolución jurisdiccional perjudicial o condenatoria de quien no haya podido, en absoluto, intervenir en el proceso correspondiente.

El Tribunal debe mantener un trato igualitario frente a las distintas partes del proceso. No podrá el juez, por consiguiente, limitar las oportunidades de las partes para sostener sus defensas en términos de hacerlas sustancialmente desiguales o desequivalentes entre ellas. Lo anterior es sin perjuicio de aquellos casos en que la limitación está dispuesta por la propia ley.<sup>103</sup> Se deberá facultar al juez para dictar las resoluciones o disponer las medidas que estime pertinentes para restablecer la falta de igualdad de oportunidades que puedan haberse dado en un caso concreto.

Esto en la práctica se traduce en que: “Nadie podrá ser condenado sin haber tenido la posibilidad de ser oído en el proceso respectivo. La imposibilidad absoluta de ser oído deberá acreditarse fehacientemente ante el Tribunal”.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> En Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 3, pp. 592 [2007]. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S07184372007000300014&lng=e&nrm=iso&Ing](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07184372007000300014&lng=e&nrm=iso&Ing)

<sup>104</sup> En Revista Chilena, Ob. Cit., pp. 592

Sin embargo, esta igualdad jurídica no significa que ambas partes obtengan una relación cuasi matemática en términos de los tiempos del proceso, sino que es la opción que prodiga el legislador para hacer valer los derechos que correspondan en juicio. Lo antes dicho, se ha levantado como un apotegma con características de inamovible e inquebrantable en nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que tiene una validez relativa, precisamente por la existencia del principio de unilateralidad de la audiencia.

Al alero de este principio, se pueden justificar en términos procesales, situaciones del todo conocidas, como son las medidas prejudiciales en sede civil, las que puede ser concedidas o denegadas sin siquiera oír a la contraria, o la realización de ciertas y determinadas diligencias de investigación por parte del Ministerio Público, en materia penal, donde se pueden llegar a afectar derechos constitucionalmente consagrados, con el objeto de no perjudicar el éxito de la investigación. También podemos señalar que este instituto procesal, lo encontramos en aquellas disposiciones donde el juez es facultado u obligado a resolver “de plano, o sin oír a la parte contraria.” Entonces, podemos afirmar, sin temor a dudas, que este principio es conocido y aplicado en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ninguna de las situaciones señaladas, son expuestas como infracciones a las reglas del debido proceso.

Entonces el procedimiento de tutela anticipada responde a estas reglas procesales, donde de manera excepcional y especial, se prescinde de las reglas adjetivas comunes o clásicas, instalándolo dentro de las nuevas formas de protección de derechos. Bajo esta lógica jurídica, los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales, siendo ésta no una afirmación teórica o meramente simbólica sino que un principio o valor normativo -función unificadora o integradora de los derechos fundamentales- que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquellos por sobre éstos. Se crea pues, un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto,

debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos<sup>105</sup>.

En este sentido, la consagración de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, se tradujo en la experiencia chilena, en una clara oposición del sector industrial y empresarial, así, con ocasión de la presentación del proyecto de ley referido al Procedimiento de tutela laboral la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC), señaló sobre este tema:

“Aparece extremadamente delicado que se le otorgue al juez del trabajo la competencia para conocer de Garantías Constitucionales en un procedimiento de estas características, por cuanto la excesiva celeridad procesal impediría un cabal conocimiento de estos asuntos, especialmente considerando que se trata de un análisis fundado en preceptos constitucionales. Además, el Artículo 506 del proyecto establece que cuando la supuesta transgresión de los derechos fundamentales de los trabajadores ocurra con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, ésta queda sin efecto (nulidad del despido), pudiendo el trabajador optar entre la reincorporación a sus funciones con derecho a percibir la remuneración correspondiente al lapso en que ha estado separado de las mismas; o el pago de la indemnización establecida para el caso de despido injustificado, esto es, un mes de remuneración por cada año de servicio con un máximo de once meses, más el recargo del Artículo 168 e incrementada en una suma que debe fijar el juez, la que puede fluctuar entre 3 y 11 meses de la última remuneración. Concebir como posible desenlace de la reclamación la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador, es resucitar la inamovilidad laboral que décadas atrás consultaba nuestra legislación y que en su oportunidad fue eliminada, dados los múltiples efectos negativos que ella generaba en las relaciones de trabajo entre dependientes y empleadores, y al violar la incuestionable prerrogativa de estos últimos en el ámbito de la administración de la empresa. Además, el proyecto consigna que, de serle adverso el fallo judicial respecto de su reclamación por violación de un derecho fundamental, el trabajador conserva intacto su derecho a demandar con posterioridad por despido

---

<sup>105</sup> Igual q 6

supuestamente injustificado. Evidentemente, esta situación permitirá la presentación permanente de reclamos por supuestas vulneraciones a los derechos fundamentales de forma previa a las demandas laborales ordinarias, lo que obviamente desnaturalizará este procedimiento tutelar. El proyecto traslada al empleador el peso de la prueba, y en tal virtud a él le corresponde acreditar que su conducta no sólo no constituye una violación de un derecho fundamental del trabajador, sino que, por el contrario, ella tiene una legítima justificación. El Artículo 503 en su inciso quinto consigna una norma que nos parece especialmente grave, ya que le otorga la calidad de presunción legal de veracidad al informe que evacúe la Inspección del Trabajo respecto a la existencia de una supuesta violación de un derecho fundamental, colocando al fiscalizador en una posición incontrarrestable para el denunciado, contraria a toda noción de equidad procesal y de igualdad ante la ley. Este procedimiento producirá una acentuada proliferación de las reclamaciones, con deterioro del clima laboral; incremento de la incertidumbre para los empleadores; y entorpecimiento en el normal desenvolvimiento de las actividades productivas, consecuencias que adquieren mayor gravedad aún, dado el excesivo plazo de 60 días que se da al trabajador para su interposición<sup>106</sup>.

De lo anterior, la incorporación del concepto de la ciudadanía en la empresa, es de gran relevancia a la hora de dar cabida a los derechos fundamentales que consagra la constitución en la relación laboral y, pone en el debate legal, el concepto de derechos fundamentales en el ámbito laboral. De ello es que importa entender los alcances de lo que se entiende por derechos fundamentales en el ámbito laboral.

#### **4.3. Conflicto entre la tutela anticipada laboral y el debido proceso**

En términos generales, al concepto de proceso, se le asocia al principio de bilateralidad de la audiencia, el que se traduce en la posibilidad de ser escuchado

---

<sup>106</sup> “Observaciones de la cpc al proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral” (en línea) Disponible en <http://www.cpc.cl/pdfs/Procedimiento%20laboral.pdf> [fecha de consulta 9 de febrero de 2009]

por el tribunal. Este principio lo encontramos en el artículo 425 y se traduce en el derecho que tienen las partes a ser emplazadas y oídas en el juicio. Bajo este principio implica que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión o acción laboral si la persona contra quien aquélla ha sido deducida no ha tenido oportunidad de ser oída: “auditur et altera pars.”

Se cumple mediante la notificación personal de la primera providencia al demandado, requisito que le da la calidad de parte y lo habilita para actuar en el proceso. Con todo se debe estimar que el contenido del principio de bilateralidad de la audiencia se circunscribe a impedir una resolución jurisdiccional perjudicial o condenatoria de quien no haya podido, en absoluto, intervenir en el proceso correspondiente.

El Tribunal debe mantener un trato igualitario frente a las distintas partes del proceso. No podrá el juez, por consiguiente, limitar las oportunidades de las partes para sostener sus defensas en términos de hacerlas sustancialmente desiguales entre ellas. Lo anterior es sin perjuicio de aquellos casos en que la limitación está dispuesta por la propia ley.<sup>107</sup> Se deberá facultar al juez para dictar las resoluciones o disponer las medidas que estime pertinentes para restablecer la falta de igualdad de oportunidades que puedan haberse dado en un caso concreto. Esto en la práctica se traduce en que: “Nadie podrá ser condenado sin haber tenido la posibilidad de ser oído en el proceso respectivo. La imposibilidad absoluta de ser oído deberá acreditarse fehacientemente ante el Tribunal”.<sup>108</sup>

Sin embargo, esta igualdad jurídica no significa que ambas partes obtengan una relación cuasi matemática en términos de los tiempos del proceso, sino que es la opción que prodiga el legislador para hacer valer los derechos que correspondan en juicio. Lo antes dicho, se ha levantado como un apotegma con características de inamovible e inquebrantable en nuestro ordenamiento jurídico,

---

<sup>107</sup> En Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 3, pp. 592 [2007]. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S07184372007000300014&Ing=e&nrm=iso&tIng](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07184372007000300014&Ing=e&nrm=iso&tIng)

<sup>108</sup> En Revista Chilena, Ob. Cit., pp. 592

cuestión que tiene una validez relativa, precisamente por la existencia del principio de unilateralidad de la audiencia.

Al alero de este principio, se pueden justificar en términos procesales, situaciones del todo conocidas, como son las medidas prejudiciales en sede civil, las que puede ser concedidas o denegadas sin siquiera oír a la contraria, o la realización de ciertas y determinadas diligencias de investigación por parte del Ministerio Público, en materia penal, donde se pueden llegar a afectar derechos constitucionalmente consagrados, con el objeto de no perjudicar el éxito de la investigación. También podemos señalar que este instituto procesal, lo encontramos en aquellas disposiciones donde el juez es facultado u obligado a resolver “de plano, o sin oír a la parte contraria.” Entonces, podemos afirmar, sin temor a dudas, que este principio es conocido y aplicado en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ninguna de las situaciones señaladas, son expuestas como infracciones a las reglas del debido proceso.

Entonces el procedimiento de tutela anticipada responde a estas reglas procesales, donde de manera excepcional y especial, se prescinde de las reglas adjetivas comunes o clásicas, instalándolo dentro de las nuevas formas de protección de derechos. Bajo esta lógica jurídica, los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales, siendo ésta no una afirmación teórica o meramente simbólica sino que un principio o valor normativo -función unificadora o integradora de los derechos fundamentales- que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquellos por sobre éstos. Se crea pues, un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos<sup>109</sup>.

Ahora bien, la consagración de los derechos fundamentales, en la experiencia de nuestro ordenamiento jurídico, tuvo una clara oposición del sector

---

<sup>109</sup> Igual q 6

industrial y empresarial, así, con ocasión de la presentación del proyecto de ley referido al Procedimiento de tutela laboral la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC), señaló sobre este tema:

“Aparece extremadamente delicado que se le otorgue al juez del trabajo la competencia para conocer de Garantías Constitucionales en un procedimiento de estas características, por cuanto la excesiva celeridad procesal impediría un cabal conocimiento de estos asuntos, especialmente considerando que se trata de un análisis fundado en preceptos constitucionales. Además, el Artículo 506 del proyecto establece que cuando la supuesta transgresión de los derechos fundamentales de los trabajadores ocurra con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, ésta queda sin efecto (nulidad del despido), pudiendo el trabajador optar entre la reincorporación a sus funciones con derecho a percibir la remuneración correspondiente al lapso en que ha estado separado de las mismas; o el pago de la indemnización establecida para el caso de despido injustificado, esto es, un mes de remuneración por cada año de servicio con un máximo de once meses, más el recargo del Artículo 168 e incrementada en una suma que debe fijar el juez, la que puede fluctuar entre 3 y 11 meses de la última remuneración. Concebir como posible desenlace de la reclamación la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador, es resucitar la inamovilidad laboral que décadas atrás consultaba nuestra legislación y que en su oportunidad fue eliminada, dados los múltiples efectos negativos que ella generaba en las relaciones de trabajo entre dependientes y empleadores, y al violar la incuestionable prerrogativa de estos últimos en el ámbito de la administración de la empresa. Además, el proyecto consigna que, de serle adverso el fallo judicial respecto de su reclamación por violación de un derecho fundamental, el trabajador conserva intacto su derecho a demandar con posterioridad por despido supuestamente injustificado. Evidentemente, esta situación permitirá la presentación permanente de reclamos por supuestas vulneraciones a los derechos fundamentales de forma previa a las demandas laborales ordinarias, lo que obviamente desnaturalizará este procedimiento tutelar. El proyecto traslada al empleador el peso de la prueba, y en tal virtud a él le corresponde acreditar que su conducta no sólo no constituye una violación de un derecho fundamental del

trabajador, sino que, por el contrario, ella tiene una legítima justificación. El Artículo 503 en su inciso quinto consigna una norma que nos parece especialmente grave, ya que le otorga la calidad de presunción legal de veracidad al informe que evacúe la Inspección del Trabajo respecto a la existencia de una supuesta violación de un derecho fundamental, colocando al fiscalizador en una posición incontrarrestable para el denunciado, contraria a toda noción de equidad procesal y de igualdad ante la ley. Este procedimiento producirá una acentuada proliferación de las reclamaciones, con deterioro del clima laboral; incremento de la incertidumbre para los empleadores; y entorpecimiento en el normal desenvolvimiento de las actividades productivas, consecuencias que adquieren mayor gravedad aún, dado el excesivo plazo de 60 días que se da al trabajador para su interposición.<sup>110</sup>”

De lo anterior, la incorporación del concepto de la ciudadanía en la empresa, es de gran relevancia a la hora de dar cabida a los derechos fundamentales que consagra la constitución en la relación laboral y, pone en el debate legal, el concepto de derechos fundamentales en el ámbito laboral. De ello es que importa entender los alcances de lo que se entiende por derechos fundamentales en el ámbito laboral.

#### **4.4. Mecanismos de solución en la colisión de derechos fundamentales**

Para comprender conceptualmente que son los derechos fundamentales o esenciales podemos señalar que son “aquellos derechos cuyo ejercicio resulta indispensable para la realización de cada individuo como persona, a través de su vida, atendida la naturaleza y dignidad propias de la especie humana”.<sup>111</sup> Asumiendo tal concepto como derecho fundamental, debemos comprender que estos no son considerados exclusivamente como derechos públicos en el ámbito subjetivo, sino que también una dimensión objetiva valorativa que informa todo el ordenamiento

---

<sup>110</sup> “Observaciones de la cpc al proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral” (en línea) Disponible en <http://www.cpc.cl/pdfs/Procedimiento%20laboral.pdf> [fecha de consulta 9 de febrero de 2009]

<sup>111</sup> GALIANO José. Derechos Humanos, tomo I, p.165.

jurídico. En este sentido, Ortecho Villena, señala “son derechos objetivos que dan solidez a la sociedad y el Estado” que los derechos humanos, en cuanto son protegidos frente al Estado y a los particulares, son derechos públicos subjetivos”.<sup>112</sup>

A su turno Pérez Luño, señala que los derechos fundamentales son: “la principal garantía con la que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema político y jurídico en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana, en su estricta dimensión individual”<sup>113</sup>

De los conceptos antes señalados, se desprende que estos gozan de un nivel de relevancia superior, debido a que consagran garantías que son inherentes a todas las personas por el solo hecho de ser persona. Sin embargo, el hecho que existan y que estén en una esfera superior de protección, no implica que bajo determinadas circunstancias puedan colisionar. En efecto, bajo el procedimiento de tutela anticipada y, en un ejercicio de simple observación se puede establecer que se enfrentan los derechos fundamentales de los trabajadores con derecho el derecho a un justo y racional proceso, ambos consagrados en nuestra carta política. A este respecto, es dable cuestionarse: ¿Existe tal conflicto de derechos? ¿Qué sostiene la doctrina jurídica? Y por último, en caso de aceptar la idea del conflicto aparente: ¿Cómo se solucionan en nuestro medio legal?

Cabe hacer presente que, en la práctica actual está bastante difundida y asentada la idea de que los derechos fundamentales entran en conflicto cuando se trata de su vigencia práctica.<sup>114</sup>

En términos conceptuales, la doctrina alemana se diferencia la colisión de derechos fundamentales de la concurrencia de los mismos. Bleckmann los agrupa bajo el concepto genérico "conflicto de derechos fundamentales" o "tensión de

---

<sup>112</sup> ORTECHO VILLENA, Víctor. “Los Derechos Humanos. Su desarrollo y protección.” BLG Ediciones: Perú, 2006. Pág. 25-26.

<sup>113</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “*Los derechos fundamentales*”. Editorial Tecnos S.A. Séptima Edición. Madrid-España 1998. Pág. 98.

<sup>114</sup> FERRERO REBAGLIATI, Raúl, “*Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional*”, Octava Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima-Perú. Pág. 359.

derechos fundamentales."<sup>115</sup> Para este mismo autor, "el concepto de colisión de derechos fundamentales no abarca el caso de la colisión de derechos fundamentales con otros bienes constitucionales. Existe colisión de derechos fundamentales cuando el titular de un derecho fundamental, a causa de una actividad estatal, obtiene una ventaja pero afectando al mismo tiempo el derecho fundamental de otro titular. Se da por otra parte cuando se está frente a la mediata o inmediata de los derechos privados, sin que el Estado participe directamente. Finalmente se da cuando es tenido en cuenta un mismo derecho fundamental de diferentes titulares".<sup>116</sup>

Si bien, la denominada corriente de los conflictos entre derechos fundamentales, predomina en la doctrina, aún existe gran literatura que sostiene la hipótesis en contrario, postulando la inexistencia de "verdaderos conflictos entre derechos fundamentales, pues el titular de los mismos es el ser humano que constituye una unidad, y las disposiciones constitucionales que los reconocen deben interpretarse a la luz del principio de unidad de la constitución; en consecuencia, cuando existan controversias que involucren a los derechos fundamentales, la solución debe alcanzarse luego de delimitar el contenido esencial o jurídico del derecho constitucional invocado en el caso concreto".<sup>117</sup>

#### **4.4.1. Las posturas conflictivistas de los derechos fundamentales en la doctrina nacional.**

La tesis que sostiene el conflicto real entre derechos fundamentales ha sido denominada en la doctrina comparada como "visión conflictivista de los derechos fundamentales", entendiéndose por ello, aquellas realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí, bajo el convencimiento que: "Al ejercer un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a

---

<sup>115</sup> BLECKMANN, Albert, *StaatsrechtII Die Grundrechte*, 4a. ed., Berlín, Karl Heymanns, 1997, p. 473

<sup>116</sup> Idem, pp. 473 y 474.

<sup>117</sup> ISIQUE MONTALVO, Martha Deicy "Los conflictos entre derechos fundamentales y los métodos de resolución"

la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, ¿quién debe ceder y quien debe continuar? ¿Cómo se construye ese límite al derecho fundamental?, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales."<sup>118</sup>

En la dogmática constitucional chilena, autores como Alejandro Silva Bascuñán, José Luis Cea Egaña, Angela Vivanco Martínez, Eduardo Aldunate Lizana, Joaquín García-Huidobro Correa y Soledad Bertelsen Simonetti, están entre quienes han opinado respecto a este tema.

Sobre el particular, el profesor Silva Bascuñán, indica que en relación a las colisiones de derechos, en general, los derechos fundamentales no pueden ser tan "absolutos", toda vez que, como indican las declaraciones de derechos, deben conjugarse con el bien común, el orden público, la moralidad pública, los derechos de los demás. De ahí que es posible prever situaciones"<sup>119</sup> en las que se enfrenten, por lo menos aparentemente, uno u otro de los derechos". Ante estas situaciones, solamente cabe dar criterios hermenéuticos generales, que ordenen armonizar los diversos preceptos, sin excluir la consideración de alguna jerarquía a la luz de la concepción de la persona humana que se cimienta en lo que ella es, en lo que ella necesita, en lo que ella debe realizar y en lo que ella puede sacrificar porque lo exige la convivencia social.

A su turno, el profesor Cea Egaña, señala que las colisiones de derechos humanos son solamente aparentes. Sin embargo, cuando el esfuerzo armonizador no es suficiente para "conjugarlos por entero", el autor sostiene que se ha de admitir "la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos". Cea Egaña es uno de los autores que con mayor fuerza ha defendido el criterio de la jerarquización, en el ámbito nacional.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup>PECES-BARBA, Gregorio. Derecho y derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 594.

<sup>119</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006): Tratado de Derecho Constitucional: Editorial Jurídica, 2ª ed. Tomo XI, Santiago, p.41.

<sup>120</sup> CEA EGAÑA, José Luis (1999): El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica Santiago, Ediciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, p.172.

La profesora Vivanco Martínez sostiene que el texto Constitucional acoge la hermenéutica iusnaturalista, razón por la cual ninguna enumeración de derecho positivo —como la del artículo 19 de la Constitución chilena— puede ser taxativa.<sup>121</sup> Al tratar de las colisiones de derechos, distingue entre las teorías conflictivistas y las no conflictivistas, y presenta un estado de la discusión similar al que sintetizaremos en los apartados siguientes.

El destacado profesor Ruiz-Tagle Vial considera en su obra “Teoría y práctica del constitucionalismo republicano” que, natural a nuestra historia constitucional está la tensión entre diversos derechos fundamentales. Este autor, sigue la tesis de Favoreu, según la cual las colisiones entre derechos constituyen una de las formas de “limitarlos”. Sin embargo, advierte, que “es conveniente tener presente que todas las posibilidades de limitación tienen a su vez su propio límite, que descansa en el respeto a la esencia de derecho”.<sup>122</sup>

Finalmente, no adopta un método propio de solución de conflictos entre derechos, aunque rechaza el método de la jerarquización de derechos y las teorías de autores como Cea Egaña, Verdugo Marinkovic, Pfeffer Urquiaga y Nogueira Alcalá. En su lugar, acepta lo que denomina “una concepción de carácter razonado y parcial” en la que, para resolver las colisiones, caben los procedimientos de balance, delimitación y ponderación de derechos, incluyendo la consideración de los efectos que producen las decisiones constitucionales.<sup>123</sup>

A su turno, Bertelsen resume que las posiciones actuales, interpretan las controversias sobre derechos como verdaderas colisiones, mientras que la concepción iusnaturalista clásica considerará los derechos naturales como ajustados, delimitados y correlativos a los deberes, “de manera que los choques

---

<sup>121</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2007): *Curso de Derecho Constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed.) tomo I. p.237.

<sup>122</sup> RUIZ TAGLE VIAL, Pablo (2006): “Entre el iusfundamentalismo y la democracia”, en RUIZ—TAGLE VIAL, Pablo y CRISTI BECKER, Renato (2006): *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano* (Santiago, LOM) p.261.

<sup>123</sup> RUIZ TAGLE VIAL, Pablo (2006) Ob. Cit., p.272.

se dan entre aspiraciones y pretensiones, mas no realmente entre los derechos”.<sup>124</sup>

A lo largo de su análisis crítico, Bertelsen se adhiere razonadamente a una concepción de los derechos fundamentales como derechos naturales y se acerca a las soluciones no conflictivistas, es decir, a aquellas que no aceptan que exista un conflicto real entre derechos fundamentales, sino solamente un conflicto aparente o conflicto entre pretensiones jurídicas, las cuales, una vez examinadas con un método adecuado, no chocan realmente. En tal planteamiento, solamente subsisten como alternativas coherentes los métodos basados en la delimitación (o límites internos) y la determinación del contenido esencial de los derechos. La autora argumenta a favor de una metodología de razonamiento basada sobre todo en el contenido esencial de los derechos.<sup>125</sup>

Por último, cabe destacar que Bertelsen hace amplio uso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en casos de supuestas colisiones de derechos fundamentales. La culminación de la obra es el intento de mostrar con jurisprudencia del recurso de protección que el razonamiento judicial chileno, en casos importantes sobre diversas materias como libertad de enseñanza, libertad de expresión, honra, intimidad, propiedad privada, etc., ha utilizado implícitamente una metodología de armonización, no conflictivista, atenta a los contenidos esenciales y al ejercicio legítimo de los derechos. Este análisis y su propuesta, en la medida en que toma en cuenta la centralidad de los actos y omisiones ilegales y/o arbitrarios que, de acuerdo con el texto constitucional, pueden atentar contra el legítimo ejercicio de los derechos protegidos, apunta en la dirección correcta que, se intenta defender en este artículo.

Luego, Joaquín García Huidobro, sostiene una tesis denominada “histórica” por Orrego Sánchez. Este último explicando a García Huidobro, señala que “no es que no haya conflictos, sino que se los plantea de modo diferente: no como

---

<sup>124</sup> BERTELSEN SIMONETTI, Soledad (2009): *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales* (Santiago, Tesis de Licenciatura) p. 16-17.

<sup>125</sup> BERLESTEN (2009) Ob cit., p. 17.

oposición de derechos abstractos, sino como una situación concreta en la que debe determinarse si se ha producido o no una ofensa."<sup>126</sup> Lo que se hace es proponer la inspiración hermenéutica de Kaufmann, al considerar el derecho como un proceso y admitir que el derecho verdadero aparece solamente en la solución del caso concreto. Así, en acuerdo con la corriente no conflictivista, los conflictos de derechos son aparentes, mientras que lo real es el conflicto de intereses. La solución no puede proceder ni de una jerarquización abstracta, ni de una ponderación de derecho "Lo que sí sucede en esos casos es que un derecho de tal naturaleza, cuando es debidamente especificado y resulta aplicable a un caso determinado, no puede ser violado en virtud de consideraciones ulteriores relativas a la utilidad o a cualquier otro criterio. Un ejemplo típico es el derecho de un inocente a no ser matado por otro".

También, Eduardo Aldunate Lizana, en su obra "Colisión de Derechos Fundamentales"<sup>127</sup> resume en su tesis, gran parte de las posturas nacionales. En concreto, define la colisión de derechos como aquella situación en que: " el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental"<sup>128</sup> Por tanto, esta visión es armónica con la idea de limitación de un derecho por otro, o del límite del ejercicio del derecho de un titular por los derechos de los demás, que es una de las limitaciones tradicionales recogidas en los instrumentos jurídicos de derechos humanos en sus diversos niveles.

El método de solución propuesto por Aldunate, es diverso, destacando por una parte, la tesis de que no hay una solución general, sino casuística y, por otra parte, la tesis que el uso constitucional de expresiones como "ejercicio legítimo" y "restablecimiento del imperio del derecho" implican que a nivel constitucional no existen criterios que permitan resolver las colisiones de derechos, sino que hay

---

<sup>126</sup> GARCÍA HUIDOBRO citado en ORREGO SANCHEZ, Cristóbal. "Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral". *Rev. chil. Derecho*, 2010, vol.37, n.2 [citado 2012-04-17], pp. 321.

<sup>127</sup> ALDUNATE, Eduardo (2005): "La colisión de derechos fundamentales", *Revista Derecho y Humanidades*, 11, p. 75.

<sup>128</sup> ALDUNATE (2005) Ob cit., p. 69 y 71.

una remisión a las normas de nivel subconstitucional, en las que los jueces deberían hallar los criterios de solución so pena de verse abocados a crear derecho, para lo que no están autorizados y, en definitiva, remite a la facultad creadora de derecho del Tribunal Constitucional para resolver acerca de la legitimidad de su ejercicio.<sup>129</sup>

Por último, la resolución de conflictos entre derechos expresados como principios se realiza a través de un procedimiento particular: el juicio de ponderación. ¿Qué se entiende por ponderación? La ponderación, ha sido definida por Bernal como: “la actividad de sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas”.<sup>130</sup>

Al entrar en conflicto dos derechos consagrados convencionalmente (como ocurre con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra) habrá que determinar, en cada caso concreto y no en abstracto, la intensidad de la afectación de un derecho a la luz de la importancia del derecho opuesto. Para ello es posible seguir el siguiente esquema:

- a) Establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer derecho (libertad de expresión.
- b) Determinar la importancia de la satisfacción del segundo derecho (derecho a la honra y,
- c) Determinar si por su importancia la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción plena del primero (nivel de afectación legítimo de cada uno). La idea central involucrada en este procedimiento es que a mayor intensidad de la afectación, mayor tendrá que ser la justificación de la importancia del principio beneficiado.

---

<sup>129</sup> *Ibíd.*

<sup>130</sup> BERNAL, Carlos (2005): “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p.17.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional se han elaborado diversas propuestas de respuesta al problema de los conflictos constitucionales de derechos fundamentales, las cuales pueden ser agrupadas en cuatro categorías: de negación, de no existencia de criterio razonable, de jerarquía y de ponderación.

El dilema del conflicto (aparente) entre derechos constitucionales ha sido tratado por Robert Alexy, con dos alternativas de solución<sup>131</sup>:

- a. Rechazar la posibilidad de conflictos genuinos con la exigencia de justificar la existencia de una jerarquía completa y abstracta, a priori y definitiva de los derechos fundamentales,
- b. O bien, aceptar la posibilidad de genuinos conflictos entre derechos constitucionales, pero se admite una amplia discrecionalidad judicial para resolver los conflictos

¿Qué importa cada una de las propuestas teóricas? Primeramente, la aceptación de una jerarquía con las características referidas implica la inexistencia de conflictos genuinos entre derechos constitucionales; todo conflicto será meramente aparente y producto de una limitación cognoscitiva, pues una vez que se conozca detalladamente la jerarquía, el conflicto se desvanecerá por completo y será posible una solución unívoca al caso particular. Esta alternativa trae aparejada dificultades insuperables; como la existencia de una jerarquía completa, abstracta, a priori y definitiva en general no es posible fundarla sobre el texto explícito de los conflictos entre derechos constitucionales, pero se admite una amplia discrecionalidad judicial para resolver los conflictos.

Esta postura, ha sido reconocida por el profesor Cea Egaña, cuando indica que el catálogo de derechos fundamentales debe entenderse en su redacción y organización, establecido de conformidad con un completo campo de jerarquías. Esto significa entonces que el derecho a la vida se encontraría por sobre todos los

---

<sup>131</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Título original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, Traducido por E. Gastón Valdés.

demás garantías. “Las garantías consagradas en el artículo 19 de la Constitución, y que esta se encontraría dada por la especial disposición en que se encuentran consagradas, es decir, por el orden en el que fueron establecidas en el catálogo”.<sup>132</sup>

#### **4.4.2.- Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales**

Para decidir la solución a los denominados conflictos entre derechos constitucionales, la doctrina usualmente suele recurrir a dos métodos: el primero consiste en establecer una jerarquía entre los derechos fundamentales (método de la jerarquización de los derechos fundamentales) y el segundo mediante el test del balancing test (test ponderativo). A estos métodos están íntimamente ligadas las doctrinas referidas a las libertades referidas y los límites externos de los derechos fundamentales.

Frente a la tesis conflictivistas, actualmente la doctrina postula una interpretación constitucional armonizadora de los derechos fundamentales, en base al contenido esencial y a la finalidad del derecho fundamental. En ese sentido se señala que el contenido esencial son aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose.<sup>133</sup>

#### **4.4.3 El método de la Jerarquización de los derechos**

Este método consiste en establecer jerarquías o categorías previas y rígidas entre los derechos constitucionales, de modo tal que en caso de conflicto prime el jerárquicamente superior. Se trata de una técnica que opera en abstracto, a priori, estableciendo prelaciones generales mediante las cuales se resuelven los

---

<sup>132</sup> *Ibíd*em

<sup>133</sup> ISIQUE MONTALVO, Martha Deicy “Los conflictos entre derechos fundamentales y los métodos de resolución”

casos particulares; se pretende solucionar de antemano y de modo no circunstanciado el problema jurídico concreto.

Las diferentes jerarquizaciones propuestas, se encuentran fuertemente marcadas por condicionamientos ideológicos, como por ejemplo: la supremacía de la libertad de prensa (cláusula de interés general en una sociedad democrática); la supremacía del honor o la vida privada frente a la información (mayor o menor cercanía con el núcleo de la personalidad humana)<sup>134</sup>.

Este método ha sido objeto de críticas por su ineficacia para decidir el litigio, además que genera injusticias pues los titulares de determinados derechos verán siempre sucumbir sus pretensiones en la litis, cuando se enfrenten con quien detente un derecho abstractamente superior en jerarquía; asimismo, se señala que el carácter normativo de las Constituciones exige buscar una interpretación sistemática y armonizadora que haga compatible internamente todo su contenido; finalmente, se refiere que los derechos fundamentales en tanto tutelan o protegen bienes fundamentales (bienes humanos) como la vida, la integridad física, la intimidad, etc, no aceptan jerarquizaciones pues de lo contrario se lesiona el principio de dignidad de la persona y el principio de igualdad, pues al establecer jerarquías entre derechos se termina estableciendo jerarquías entre los individuos.

#### **4.4.4. El método de Ponderación (Balancing Test)**

La ponderación, también llamada razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad, consiste en la colisión de normas, en este caso principios, que suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar un modelo de decisión. La ponderación exige determinar que principios deben ceder frente a otro, lo que no implica declarar inválido otro principio, sino por el contrario, consiste en una interpretación donde la relación entre éstos no es una relación de jerarquía o independencia, sino de continuidad y efectos recíprocos.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> TOLLER, Fernando. (2005). *Interpretación Constitucional*. México: Editorial Porrúa, p1028

<sup>135</sup> DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro. "Colisión y ponderación de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo: decisión judicial y democracia" en <http://www.congresodeltrabajo.cl/?p=522> [acceso 5 de marzo de 2012]

Según Domínguez Montoya, la ponderación exige determinar que principios deben ceder frente a otro, lo que no implica declarar inválido otro principio, sino por el contrario, consiste en una interpretación donde la relación entre éstos no es una relación de jerarquía o independencia, sino de continuidad y efectos recíprocos. No existe jerarquía entre principios, careciendo de un peso autónomo y diferenciado, poseyendo una vocación de máxima realización compatible con la máxima realización de los demás. El resultado óptimo del ejercicio de ponderación no es sinónimo de triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto; consiste en la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no dé satisfacción plena a ninguno, sino que procure la más liviana lesión de ambos”. Esto es último es lo que ALEXY denomina relación de precedencia condicionada, en la que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio cede frente a otro.

Consiste en ponderar o contrapesar los bienes jurídicos en conflicto, de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál pesa más en el supuesto y cuál debe rendirse. El método parte por admitir que no hay derechos absolutos en sí y que entre los derechos no hay prioridades absolutas. Existen tres tipos de balancing o ponderación:

- a. El balancing test también denominado balancing estricto o ad-hoc balancing,
- b. el balancing amplio y,
- c. el definitionalbalancing.<sup>136</sup>.

a. **Balancing estricto o ad-hoc balancing:** Es el método utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, y a veces también por el Tribunal Constitucional Español, consiste en balancear en el caso concreto el peso respectivo de los intereses en juego, analizando en cada circunstancia la importancia de lo que hizo o quiere hacer una de las partes, así como los daños que se derivaron o pueden derivarse para la otra, y la relevancia de los que la

---

<sup>136</sup> TOLLER, Fernando; Op.Cit., p 1220

contraparte hubiese querido que se evite o quiere actualmente evitar, y que daños se derivarán para la otra parte.

**b. Balancing amplio:** Este método muy común entre los Tribunales Alemanes, también denominado como contrapeso o ponderación de bienes o valores, persigue una ponderación en abstracto de los valores en pugna, de modo muy similar al método de la jerarquización de derechos, pero con la diferencia que no se realiza una jerarquización a priori del caso concreto, sino que el juez analiza el caso sin una tabla pre tasada, pero en el litigio realiza una ponderación abstracta, determinando cuál derecho es más importante, no por las circunstancias concretas del pleito como ocurre en el ad-hoc balancing, sino en general, por razones filosóficas , políticas , etc.

**c. Balancing definitorio:** El tercer tipo de balancing no es propiamente una ponderación, pues alude a una serie de reglas jurisprudenciales que van surgiendo de las decisiones adoptadas en diferentes controversias singulares, que van puliendo los contornos de un determinado derecho, estableciendo cómo interpretarlo en casos futuros donde se verifique tal o cual situación y dando así cierta previsibilidad sobre el derecho aplicable.

#### **4.4.5. La Doctrina de las Libertades Preferidas**

En el derecho norteamericano ha surgido una teoría que se ha denominado doctrina de las libertades preferidas o preferred freedoms, que comparte con los métodos de la jerarquización y el balancing, el colocar a algunos derechos en posiciones preferidas; así, se pone énfasis en la libertad de prensa y en los derechos personales por oposición a los derechos patrimoniales, lo que genera dos efectos principales: a) una presunción a su favor en los balances y también el establecer a priori su superior jerarquía; y b) una reducción de la presunción de constitucionalidad de las leyes que interfieran con una libertad constitucionalmente garantizada. Si bien en los Estados Unidos la libertad de prensa y otros derechos tienen una posición preferida, esto no los convierte en derechos absolutos, de allí

que se opte finalmente por el empleo del método del *balancing test* en los casos que involucren a estos derechos<sup>137</sup>.

#### **4.4.6. La Doctrina de los Límites Externos**

Según la teoría de los límites externos, los derechos no son ilimitados sino que están demarcados por factores externos –otros derechos fundamentales, el orden público, la moral pública, el bien común- que lo constriñen. Según esta teoría, en un primer momento se estudia en abstracto el derecho o libertad que parece infringido, viéndolo de modo amplio y sin confines, y se resuelve que se ha dado una inconstitucional restricción del mismo; luego en un segundo momento, se establece que, teniendo en cuenta otros valores constitucionales en juego, la infracción está justificada por ser una limitación o restricción adecuada.<sup>138</sup>

#### **4.4.7. Opiniones sobre el estado del arte**

Hay que tener en consideración que cuando el Estado, a través de la ley, prohíbe la autotutela privada y asumir el monopolio de la jurisdicción, asume también el deber de tutela de todas aquellas situaciones que son conflictivas. Esto es, como lo entiende en general la doctrina, la jurisdicción es un poder-deber del Estado, por una parte se encuentra reservado para este el imperio de la ley y, por otra, se encuentra constreñido a resolver los conflictos puestos en su conocimiento.

De esta forma, la tutela jurisdiccional de derechos, no puede ser considerada como una cuestión jurídica puramente procesal, sino como una institución que impulsa el movimiento de otros derechos, para que estos no sean una mera declaración de intenciones, sino que, se entrelacen con la realidad y produzcan el efecto de dar solución al conflicto de relevancia jurídica.

---

<sup>137</sup> TOLLER, Fernando; Op. Cit., p 1222.

<sup>138</sup> CIANCIARDO, Juan (2001). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista de Fundamentación Jurídica*, p 21.

Actualmente, el derecho a la acción no puede reducirse al simple hecho de materializar el derecho de acudir a los tribunales, para que estos mediante acto de juicio, se pronuncien en derecho respecto del conflicto, sino también, que se pueda disponer de mecanismos técnico-adjetivos que sirvan para la protección adecuada del derecho amenazado o transgredido.

Visto desde otra perspectiva, el “acto de juicio”, en su sentido más natural, cual es, el resultado de la actividad intelectual del juzgador, pueden distinguirse: el juicio definitivo, el juicio provisional y el juicio instrumental. Respecto del primero, es el razonamiento final del jurisdicente, respecto del resultado de debate y las pruebas allegadas al proceso. En cuanto al segundo, que es el que más se acerca a la tutela provisional, el tribunal emana su razonamiento mediante una resolución, en principio decisoria, pero sujeto a la actividad de las partes y los mecanismos procesales del caso. En el último concepto, es más bien el resultado que infiere el juez producto de la actividad realizada tanto por las partes, como los terceros y del mismo tribunal la actividad en cuanto a la prueba desarrollada en el proceso, del cual cabe la posibilidad de establecer presunciones respecto de los hechos que motivan la contienda jurídica.

Otro tópico que es interesante de acercar, es la técnica anticipatoria y, por tanto, derecho a la anticipación. Mientras el derecho a la tutela del derecho (derecho a la satisfacción del derecho) y el derecho a la seguridad de la tutela del derecho, provienen del derecho material.<sup>139</sup> Esto es, la consagración del derecho a la protección de la garantía, y por otra parte, el derecho a su adecuada protección.

Lo dicho precedentemente, debe comprenderse en el ámbito del proceso justo, en el marco de la carta fundamental, seguidos por las ideas de tutela jurisdiccional adecuada, efectiva y tempestiva.

Hechos estos alcances y precisiones, es posible adentrarse en la materia. Como forma de dar un término más actualizado al trabajo, se hace necesario señalar que, la doctrina sobre la materia ha avanzado fundamentalmente en el ámbito comparado, la que ha dado pasos no solamente a

---

<sup>139</sup> MITIDEIRO D., Anticipación, de Tutela, de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 55.

nivel de la academia, sino que también en la legislación, desde la carta fundamental en adelante, ha recogido e incorporado el instituto de la tutela de derechos como una herramienta jurídica actual.

A este respecto, se realiza la diferencia entre tutela inhibitoria y tutela cautelar. En la doctrina italiana, “la tutela cautelar prevalecen consideraciones de orden procesal, como las relativas a la existencia de un derecho autónomo de cautela, la relación entre la acción cautelar y el derecho autónomo y la naturaleza de la relación entre la providencia cautelar y la providencia definitiva. Por el contrario, respecto de la tutela inhibitoria el punto crucial se refiere a la posibilidad de evitar o prevenir el ilícito”<sup>140</sup>. Es decir, entre las providencias cautelares y las providencias definitivas no imponen una sanción para reestablecer el equilibrio jurídico transgredido.

En este mismo orden de ideas Calamandrei, como ya se ha indicado, señala que desde un punto de vista funcional “la resolución cautelar busca asegurar que el proceso no vaya a sufrir un daño jurídico ocasionado por un peligro de tardanza o por un peligro de infructuosidad de la tutela jurisdiccional”<sup>141</sup>.

En el derecho anglosajón, particularmente en Estados Unidos, distingue dos instituciones, las denominadas Prohibitory injunction y mandatory injunction: la primera consiste en una orden que impone un no hacer y la segunda, en una orden que impone un no hacer.<sup>142</sup>

En ambas situaciones, que son de carácter preventivo, pero igualmente se hace necesaria la violación del derecho para que estos mecanismos puedan utilizarse. Otra característica, es que pueden ser utilizados al finalizar el proceso, como de forma anticipada.

Se ha discutido también si, el hecho de existir mecanismos procesales de ejecución por subrogación limita o impide la ejecución indirecta. En

---

<sup>140</sup> A. FRIGANANI, Inhibitoria, enciclopedia del diritto, 1974, v. 21, p. 574

<sup>141</sup> CALAMANDREI P., Introduzione a lo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari, Padova, Cedam, 1936, p. 15.

<sup>142</sup> Como explican Baker y Langan, “an injunction restraining the doing or continuance of some wrongful act is called prohibitory or restrictive. An injunction to restrain the continuance of some wrongful omission is called mandatory”. (P.V. BAKER y P. St. J. LAGAN, Snell’s principles of equity, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1892, p. 25)

tal sentido la opinión de Giuseppe Borre, quien entiende que no cabe la ejecución indirecta cuando es posible la ejecución por subrogación.<sup>143</sup>

Opinión en contrario encontramos en Chiarloni, para quien a su juicio, estas formas de ejecución pueden acumularse y coexistir de forma pacífica. Todo lo anterior no da cuenta que el derecho procesal, al igual que las distintas ramas del derecho, no puede sustraerse a los momentos históricos, puesto que son el reflejo de estos y responden a las circunstancias sociales de su época. Así las cosas, la tutela condenatoria tiene por objeto “proporcionar la evidencia de un derecho existente pero no satisfecho”.

Ahora bien, existen otras circunstancias que el juzgador debe despejar y que dicen relación con admisibilidad y la prueba para la correcta emisión de un juicio a partir de la presunción. Esto dice relación, no necesariamente con la alegación del hecho indiciario, sino que basta con la probabilidad de la comisión del ilícito.

Lo antes señalado, no quiere decir que por parte del actor, no deba alegar o proponer el hecho que contiene el indicio, sino que este puede proponer el hecho base, aunque no lo haya oportunamente indicado al tribunal. Otro aspecto que ha de ser considerado, es la relevancia que debe darse al sentido común que aplica el tribunal al momento de la prueba indiciaria, y luego, al momento de formar la presunción. En nuestro derecho, se recoge en cierto aspecto cuando el legislador señala dentro de los criterios para la formación de la sana crítica, a través de las máximas de la experiencia. En cuanto al primer ejercicio, el juez ha de formar su criterio sujeto a lo que sucede en la sociedad o a las fuentes idóneas en las que fundará su decisión. Luego, en cuanto al segundo elemento, realizará su actividad motivado tanto por las presunciones y también apoyado en el sentido común. En síntesis, el tribunal no necesitará varias presunciones para fundar su decisión, es más, podría tener tan solo una presunción y, valorarla con sumo rigor.

---

<sup>143</sup> BORRE G., *esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, Jovene, 1966, pp. 135 y sgtes.

Siguiendo las ideas de Chiovenda “puede darse la figura de una sentencia no definitiva, pero ejecutoria, y, por tanto, la separación entre la definitividad de la cognición y la ejecutoriedad llevaría a una figura anormal o una acción ejecutoria no coincidente, de hecho, con la certeza jurídica”.<sup>144</sup> La reflexión antes indicada dice relación con la búsqueda incesante de la certeza jurídica, lo que se encuentra íntimamente relacionado con la neutralidad del juez, cuestiones que forman la base del derecho liberal, cuya base está la influencia determinante de la revolución francesa, donde en esa época, los jueces eran considerados aliados de la nobleza y el clero. Motivados por esa desconfianza, en el tópico de la separación de poderes, se le confiere un carácter pasivo y neutro al poder judicial, lo cual en principio, genera la figura de un juez pasivo, sin capacidad de crear derecho o de facultad de imperio.

Las ideas desarrolladas en las líneas precedentes, sirven para comprender el fundamento de los cimientos sobre los cuales se ha elevado el sistema jurídico-procesal a nivel latinoamericano, y particularmente en nuestro derecho interno. Sobre estas ideas matrices, o más bien, entendiendo que de esta forma se operó el sistema de justicia, es claro y palmario que, la procedencia de la tutela anticipada cause una discusión poco pacífica, porque precisamente, corre en contra del principio *nulla executio sine titulo*, cuya pretensión es proporcionarle al demandado o sujeto de ejecución, una esfera de resguardo previa a la formación de la cosa juzgada material, dándole, otra dimensión a la certeza jurídica, ya no arraigada a una concepción de derecho inmóvil, sino más bien, como una verdadera protección al que se siente vulnerado o amenazado en su ejercicio, por medio de la acción y de la actividad jurisdiccional, lo cual a todas luces, colisiona con las nuevas formas de solución de conflicto jurídico.

#### **4.4.8. De la tutela inhibitoria en la legislación brasilera**

En el derecho brasilero, de conformidad a lo dispuesto en el código de proceso civil, en su artículo 461 inciso 3 “si el fundamento de la demanda es

---

<sup>144</sup> CHIOVENDA G., instituciones del derecho procesal, Sao Paulo, Saraiva, 1965, v. 1, pp. 234-235.

relevante y existe un justificado temor de que la providencia definitiva resulte ineficaz, el juez puede conceder la tutela de forma preliminar o mediante justificación previa, con notificación del demandado.” En el mismo sentido el artículo 84 inciso 3 de la CDC, cuyo fundamento es que el “justificado temor de que la providencia definitiva resulte ineficaz.” Lo que debe demostrar el demandante es el buen humo del derecho (*fumus boni iuris*), de lo que se entiende que lo que ha de demostrarse es la posibilidad concreta de producirse un acto contrario a derecho y no la posibilidad de producirse un daño.

En cuanto a la prueba, el código de proceso civil en su artículo 273 afirma que el juez podrá anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela, siempre que, “existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación”. En este caso, como plantea Marioni, la prueba inequívoca solamente puede ser la prueba formalmente perfecta, en la que el tiempo para practicarla, no es incompatible con la inmediatividad en la que la tutela debe concederse (para no frustrar el derecho).<sup>145</sup>

Si bien, cuando el procedimiento debe continuar para la práctica de otras pruebas, se denomina “juicio provisional”, la legislación brasilera le denomina “juicio de verosimilitud”. Al entender de Marioni, esto se debiese entender como “prueba de verosimilitud” y no como juicio. Al efecto, el legislador al indicar “juicio de verosimilitud” su pretensión fue “expresar la idea de juicio no formado con base a la plenitud de pruebas y argumentos de la partes, debería haber hecho referencia a “juicio provisional”.<sup>146</sup>

En tanto, la discusión continua si el demandado debe tener derecho a ser escuchado, ya que la lógica regida por el principio de la bilateralidad de la audiencia así lo exige, que es entendido en la legislación comentada como principio constitucional del contradictorio, la doctrina ha señalado que “el

---

<sup>145</sup> MARIONI L, Tutela Inhibitoria, Ed. Marcual Pons, 2014, p. 103-104.

<sup>146</sup> MARIONI L, Ob. Cit., p. 105.

contradictorio puede aplazarse, cuando no exista otra forma de tutelar de forma efectiva de derecho del actor”.<sup>147</sup>

A su turno, en el derecho germano, se ha acogido la tesis de que la efectiva protección de derechos que corren riesgo de lesión puede exigir la concesión de la tutela sin que haya un completo esclarecimiento de la materia de hecho, pero alertó que, al tratarse de injerencia en la esfera jurídica del demandado, la derogación del principio general de la audiencia previa debe admitirse solo cuando esta resulte indispensable –unabweisbar- para la concesión del fin de la tutela misma.<sup>148</sup>

Ahora bien, el hecho de concederse provisionalmente la tutela anticipada, no implica a priori, que ésta en definitiva sea acogida. Así el inciso tercero del artículo 461 del Código de proceso civil Brasileiro, señala claramente que, la medida preliminar podrá revocarse o modificarse, en cualquier momento, mediante resolución fundada”. A este respecto pueden suscitarse dos opciones: 1) la más común, es que sea solicitada por vía recursal su revocación o modificación; 2) que sea el mismo tribunal quien la modifique, sin necesidad de recursos. En este último evento, y sin perjuicio de la naturaleza urgente de la cognición sumaria, el tribunal puede durante el momento de la instrucción probatoria y posteriormente de la cognición, encontrar su justificación que hará perder su justificación. Lo anterior es plenamente posible habida consideración que, por su naturaleza, la resolución sobre la cual se sostiene es esencialmente provisional, ergo, revocable o modificable.

En cuanto al carácter de la sentencia, y su naturaleza, la doctrina brasilera, en principio parece no considerar dentro de su clasificación a las sentencias que contienen órdenes inhibitorias. En estricto rigor, lo que impide la su correcta comprensión, es que no existe, a juicio de Marinoni, un buen concepto de condena. A su entender, no existe una correlación directa entre condena y sanción, ya que una sentencia condenatoria puede ordenar a hacer “prestar un

---

<sup>147</sup> TROCKER N., *Processo civile e costituzione*, Milano, giuffré, 1974, pp. 405-408. Marinetto G., *Contraddittorio (Principio del)*, *Novissimo digesto italiano*, v. 4, p. 461; Nery Junior N., *Principios do processo civil na constituicao federal*, Sao Paulo, RT, 1992, p. 136.

<sup>148</sup> TROCKER N., *Ob. Cit.*, p. 407

infungible aunque el ordenamiento no disponga de medios para hacer que el obligado cumpla. La sentencia sería condenatoria solo porque impone una prestación (...) Para que una sentencia tenga razón de ser como condenatoria, es necesario que pueda ejecutarse.<sup>149</sup>

En tal sentido, la sentencia condenatoria, conforme señala Vittorio Denti, declara un efecto jurídico en el plano del derecho material, estos es, una obligación que debe ser cumplida<sup>150</sup>. Así, la tutela jurisdiccional no debe confundirse con la sentencia, ya que no puede ser comprendida adjetivamente, toda vez que, el derecho sustancial coloca como exigencia la existencia de herramientas jurídicas que permitan responder a sus diversas situaciones. Ha de quedar claro, que la sentencia condenatoria no presta la tutela prometida por el derecho material<sup>151</sup>.

En tal sentido es válido recordar que las sentencias son mecanismos técnicos para otorgar tutelas. Esto ha de entenderse, o se entiende de forma más clara, al momento de ejecutarse la sentencia por vía de los mecanismos procesales idóneos. Pero esta no es la pretensión. Si la sentencia condenatoria produjese sus efectos per sé, claramente cumpliría sus efectos, pero en la realidad no es así. Es decir, “tutelar, a través del proceso, no es condenar, ordenar, etc., sino resarcir, inhibir, remover el ilícito, cumplir la obligación contractual en forma específica, etc”.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> MARIONI L, Ob. Cit., p. 150.

<sup>150</sup> DENTI V., *Flashes su accertamiento e condanna*, Rivista di Diritto Processuale, 1985, p. 256.

<sup>151</sup> MARIONI L, Ob. Cit., p. 178.

<sup>152</sup> MARIONI L, Ob. Cit., p. 179

## V.- CONCLUSIONES

### 5.1. Conclusión

El trabajo es la herramienta mediante la cual las personas satisfacemos nuestras necesidades individuales y familiares así como también es el camino para la realización personal y profesional del individuo. De ahí que su protección es un resultado de la sociedad en su conjunto, que ha convenido que aquello debe ampararse mediante los máximos instrumentos de protección jurídica que establece la ley.

Además, deberá atenderse a que la protección del trabajo, en el ámbito jurídico, para el Derecho es dinámica, ya que es una norma en constante evolución, cambio y reivindicación, acorde con las realidades de cada época, lo que explica, sus profundas implicancias sociales, económicas y políticas.

Esta realidad última, ha sido criticada a propósito de la denominada tutela anticipada laboral por docentes como el profesor Palavecino, cuando indicaba respecto a esta figura "Se ha querido ver en esta disposición una modalidad de ejercicio de la función cautelar del juez en el proceso laboral, pero ello no es más que una confusión conceptual. La norma del artículo 492 no configura una tutela cautelar sino una tutela anticipatoria", pues, en efecto, La "suspensión de los efectos del acto impugnado" prevista en el artículo 492 del Código del Trabajo es la anticipación del "cese inmediato" del comportamiento antijurídico que deberá ordenar el juez en la sentencia definitiva conforme el artículo 495 N° 2 del mismo cuerpo legal, operando el mismo apercibimiento de multa en ambos casos".

Sin embargo, "(...) sí resulta altamente cuestionable desde el punto de vista de la garantía del debido proceso que la parte que no ha sido previamente oída, deba soportar de inmediato y sin posibilidad de impugnación, el perjuicio sobre su interés que le provoca la resolución del tribunal"<sup>153</sup>.

A lo anterior podemos sumar un concepto adjetivo necesario como es el

---

<sup>153</sup> PALAVECINO Cáceres, Claudio / El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile. REVISTA CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, VOL. 5, N° 9, 2014, pp. 33-45

proceso, que “constituye una garantía en sí mismo para todas las personas pues para que exista desde un punto de vista constitucional y material, debe existir un sistema procedimental que asegure el acceso a la jurisdicción a las parte con igualdad de posibilidades y oportunidades de intervenir útilmente en construir un resultado que finiquite el conflicto”.<sup>154</sup>

En este mismo orden de ideas el jurista argentino Jorge Rojas cuestiona que el mismo proceso en términos del tiempo necesario para su desarrollo, se vuelve contra sí mismo, en su afán de ser el medio necesario para la obtención de la justicia. A este respecto afirma: “la compatibilización del tiempo y del proceso ha sido una preocupación constante en la doctrina. Es innegable que todo proceso judicial, en mayor o menor grado, es consumidor de tiempo. Sin embargo, la finalidad que se persigue –como lo sostenía Chiovenda- es que el tránsito por el proceso no agrave el daño que se pretende reparar”.<sup>155</sup>

En ese marco entró en vigencia la ley 20.087, que regula a los procedimientos ordinarios y de tutela de derechos fundamentales. La reforma es un gran paso hacia adelante en la tarea de dar tutela efectiva a los derechos laborales específicos e inespecíficos de los trabajadores<sup>156</sup>, tanto por el procedimiento ordinario que instituye, como por el procedimiento específico de tutela de derechos fundamentales. En efecto, el procedimiento ordinario laboral propuesto aviene satisfactoriamente con los postulados esenciales del debido proceso<sup>157</sup> e introduce un necesario arbitrio de amparo de los derechos

---

<sup>154</sup> POZO FERNÁNDEZ, Felipe. La tutela anticipada en el proceso civil, Editorial Jurídica, 2014, p. 289.

<sup>155</sup> ROJAS, Jorge, sistemas cautelares atípicos, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 73.

<sup>156</sup> La distinción (que a primera vista pudiera extrañar) es común en la doctrina laboral y permite distinguir derechos propios que nacen de las relaciones individuales y colectivas del trabajo, tales como sindicación, huelga, a las prestaciones laborales legales y convenidas (específicos laborales), cubiertos por las acciones ordinarias, de aquellos que tiene cualquier persona natural con independencia de la calidad jurídica de trabajador y que aparecen reconocidos por la carta fundamental (inespecíficos o generales) protegidos por la acción especial que se introduce.

<sup>157</sup> Empero, se advierten en el diseño en tramitación importantes deficiencia, las que han sido planteadas al Senado por la Asociación Nacional de Magistrados en el instrumento antes citado: a) la inconveniencia de introducir una minuta previa a la contestación, b) inconvenientes relativos al orden de recepción de la prueba, c) la improcedencia de mantener la facultad judicial de reducir el número de absolventes, d) el límite legal de número de testigos, e) las escasas exigencias de fundamentación que tiene la sentencia dictada en la audiencia, f) la absoluta inexistencia de un sistema de cumplimiento de obligaciones de hacer, en razón de la total incompatibilidad de la

fundamentales ante el Juez especializado, ya que se constató empíricamente del absoluto desuso del recurso de protección por la parte más débil de la contratación laboral, incorporando así a la esfera del control jurisdiccional un ámbito hasta ahora situado en los fuera del derecho procesal del trabajo.

Las reflexiones anteriores justifican plenamente la adecuación de los sistemas normativos, en este caso los procesales, en el marco de un Estado de Derecho democrático. En efecto, las normas laborales no se agotan en las existentes en nuestro ordenamiento jurídico interno, sino también deben entenderse incorporadas las normas internacionales sobre la materia, en especial, aquellas que dicen relación con los derechos esenciales o fundamentales de los trabajadores. Vale decir, un Estado que se precie de democrático, su ordenamiento jurídico debe estar en sintonía con los tratados de derechos humanos.

Al caso específico de la tutela anticipada laboral<sup>158</sup>, esta investigación justifica y comprende plenamente su incorporación en la norma, pues, no basta con el argumento que indica que bajo su vigor se debilitar el debido proceso.

Doctrinariamente, puede ser abordada, según lo plantea el profesor Maturana, de diversas perspectivas atendiendo al atributo que se pretenda como factor de referencia. “Así se podrá hablar de innovativa para designar aquella medida cuyos efectos alteran la situación de hecho existente a la fecha que se solicita la medida; será satisfactiva en la medida que realice el derecho o interés cuya tutela se pretende; y será anticipativa, cuando adelante los efectos de la

---

obligación de hacer laboral clásica (la reincorporación al trabajo) con el tipo supletorio del procedimiento civil que se postula, ordenamiento común que no tiene normas para ejecutar una obligación de hacer de tal naturaleza y g) la posible inconstitucionalidad del límite legal de derechos protegidos en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

<sup>158</sup> Es una especie dentro de los llamados procesos urgentes, por la cual el juez anticipa en forma total o parcial lo pretendido en la demanda, con un grado de certeza suficiente y en circunstancias tales que de no dictarse dicha resolución anticipada se torne para el accionante un perjuicio irreparable o de difícil reparación resolución que puede ser modificada o conformada en la sentencia definitiva a dictarse en el mismo proceso. En Rankin Silva, Adriana y Pecchinenda, Maria Gabriela, en Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo), por Jorge Peyserano (director) SOBRE ACTIVISMO JUDICIAL, buenos aires, argentina, [en línea], <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/activismo.pdf> et al, op. cit., p. 52, en Pozo Fernández, Felipe, ob. cit., p. 62.

tutela que la sentencia principal reconocerá.<sup>159</sup>

A su turno el profesor Pérez Ragone, también establece que la tutela anticipada puede ser observada desde dos perspectivas: una estructural y otra funcional:

En la mirada estructural, sostiene que “es una tutela diferenciada o de urgencia que, con base en una cognición sumaria (juicio gnoseológico de probidad), y llenados los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada. Desde una perspectiva funcional define a la tutela anticipada como la anticipación total o parcial de los efectos de la eventual sentencia de mérito”.<sup>160</sup>

La labor finalista de la norma, descansa en su necesidad de justicia y ella, como se ha revisado en capítulos anteriores no es ignota en el derecho nacional e internacional, registra con todo, antecedentes que la colisión de derechos fundamentales como sería al caso, el principio del debido proceso y los derechos fundamentales, son una situación jurídica que ocurre.

Entonces, cuando se entrega la atribución al Juez de proceder oficiosamente y que además contra éste proceder no procede revisión ni jerárquica ni de retractación, radica en ello más bien lo que reconocemos una infracción al debido proceso legal propiamente y no una vulneración al principio de la bilateralidad de la audiencia, pues a lo que se ve imposibilitado el denunciado es impugnar la resolución que le agravia, constituyéndose en la mayor vulneración que en opinión de este trabajo contiene la norma.

Sin desentender el valor de la justicia, al tenor de la reflexión en torno a la pertinencia de la tutela anticipada laboral, el procedimiento de tutela plantea una interrogante sobre el impacto que tales nuevas competencias tendrán sobre el ingreso general de causas, en lo que se estima, parece ser una variable no

---

<sup>159</sup> MATURANA MIQUEL, Cristian, en Pozo Fernández, Felipe, ob. Cit., p. 31.

<sup>160</sup> PEREZ RAGONE, Álvaro, en sentencia anticipada (despachos interinos de fondo), por Jorge Peyerano (director) et. al., p. 249, en Pozo Fernández, Felipe, ob. cit., p. 61.

considerada -ni siquiera estimativamente- al momento de definir el aumento de tribunales.<sup>161</sup>

Cabe señalar que el tema de la audiencia única y la reducción de los tiempos procesales, demuestran la preocupación del legislador en cuanto a la agilización de los procesos y dar una efectiva protección a los derechos de los trabajadores. Así a lo menos se puede extraer el espíritu de la ley, según se establece en su historia fidedigna, ya comentada.

Existe un aspecto a tomar en consideración que es el tema de la especialización de la segunda instancia, que se satisface sólo parcialmente con la existencia de salas especializadas y se soslaya el tratamiento normativo necesario para lograr la capacitación y perfeccionamiento eficaz de los futuros jueces del trabajo.

## **5.2. Postura de los tesisistas en torno a la tutela anticipada laboral**

Los mecanismos procesales han ido evolucionando, con el objeto de satisfacer y proteger determinadas situaciones, que entregadas a las formas clásicas de solución jurisdiccional, podrían eventualmente no responder con la rapidez necesaria, para dar una adecuada protección a los derechos fundamentales puestos en riesgo en sede del trabajo.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> Asimismo, la propia eficacia que el subsistema procesal laboral ofrece con la reforma -puede anticiparse- podría generar una mayor demanda por justicia del trabajo, elevando, como variable independiente adicional el número de causas. No debe desestimarse además cierta inadecuación de los intervinientes -en una primera época al menos- de cara a las destrezas necesarias que demanda la Reforma, que dilate más allá de lo esperado los procedimientos y provoque una recarga del sistema ya desde sus inicios (Una reciente simulación de juicio oral llevada a efecto ante la Comisión de Trabajo del H. Senado, en un juicio rutinario de despido injustificado, se extendió -sin sentencia por casi dos horas).

<sup>162</sup> Como la doctrina clásica no supo demostrar la importancia de tener en cuenta únicamente el acto contrario al derecho para la adecuada tutela civil de los derechos, la práctica forense se vio obligada a encontrar en la tutela cautelar, vista como tutela contra la probabilidad del daño, un medio de garantizar la tutela de las situaciones sustanciales protegidas por normas violadas. Sin embargo, no porque la doctrina y la práctica forense observaron el ilícito ya ocurrido (pensando en la probabilidad del daño) es que se podrá dejar de percibir la distorsión en el uso de la “acción cautelar” para remover los efectos concretos del ilícito. La tutela cautelar siempre fue y será una tutela de seguridad o una tutela aseguratoria de la tutela jurisdiccional final. Ante la ausencia de distinción entre acto contrario al derecho y daño, la acción cautelar pasó a ser utilizada contra el

Hasta antes de la aparición en el medio jurídico de las formas monitorias, la única alternativa a la violación de derecho, ante las sentencias de conocimiento clásicas, eran las acciones declarativas. Pero esta clase de procedimientos asociados a esta acción, no contiene técnica anticipatoria y la sentencia declaratoria no posee idoneidad para impedir la práctica del ilícito, la acción cautelar pasó a ser utilizada, para viabilizar la tutela inhibitoria de las nuevas situaciones carentes de tutela, como la acción antecedente a la acción declaratoria.

Entonces, en esta búsqueda de brindar seguridad jurídica a aquella parte que se encuentra en estado de vulneración de sus derechos esenciales en esta materia, es que el legislador introduce el procedimiento de tutela anticipada de derecho, y de esta forma, llegar con una justicia efectiva y eficaz, deteniendo los efectos nocivos de aquella situación que pone en riesgo aquellos derechos consagrados en la Carta Fundamental.

Lo anterior a juicio del profesor Marinoni, debe ir acompañado de “la necesidad de mayor celeridad de tutela de los derechos, resultante de las características de los “nuevos derechos” y de las relaciones jurídicas propias de la sociedad contemporánea, evidenciaron: que la adaptación del sistema de distribución de justicia - que era impotente al alcance de la anticipación de la tutela final – a la evolución de la sociedad, tiene un carácter imprescindible”.<sup>163</sup>

Se trata de un mecanismo que se enmarca en un proceso principal de tutela judicial de derechos, cumpliendo el objetivo de evitar que la demora en la tramitación de la tutela definitiva genere un perjuicio irreversible al trabajador afectado.<sup>164</sup>

---

ilícito ya practicado. En MARINONI, Luiz Guilherme. De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria. Profesor Catedrático de Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal del Paraná – Brasil, p. 5.

<sup>163</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. Cit., p. 7.

<sup>164</sup> Existe un adelantamiento en la satisfacción de la pretensión que se hace valer en el procedimiento de tutela de derechos.

Se exige para la concesión de la medida que se acompañen antecedentes en base a los cuales el juez pueda considerar que existe una lesión de gravedad o una vulneración que pueda causar efectos irreversibles, requisitos que son propios de la tutela anticipada (...) la facultad que el legislador entrego al juez para que actúe de oficio en la adopción de la medida, lo que se justifica

En este estadio, la legislación procesal no puede obstaculizar la efectividad de la tutela de los derechos. En este sentido, “el juez tiene el deber de interpretar las reglas procesales a partir de las necesidades del derecho material y del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, le cabe encontrar la técnica procesal adecuada a la situación conflictiva concreta”.<sup>165</sup>

Ahora bien, esta forma de resguardo de derechos ha despertado una discusión poco pacífica en la doctrina nacional, entre quienes sostienen que este mecanismo procesal sería inconstitucional, porque vulneraría derechos consagrados en la constitución, como el debido proceso e igualdad ante la ley, y en la vereda opuesta, se encuentran aquellos que sostienen que esta forma adjetiva de protección de derechos, es un proceso de características especiales, inspirado en los principios de oficialidad, concentración y economía procesal, atendidas las especiales circunstancias en que debe realizarse la actividad jurisdiccional.

Y concordamos, que la norma debiera permitir, a lo menos, una tramitación incidental respecto de la solicitud del denunciante de suspensión inmediata de los efectos del acto impugnado o, decretada de oficio, se haga con citación del denunciado, y lógicamente, contemplando un mecanismo de revisión no suspensivo de la decisión anticipatoria, jerárquico, recurso por naturaleza procedente contra las medidas cautelares.

Entonces, y tal como ha ocurrido en otras latitudes, fue en razón del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva lo que evidentemente se impone frente a la impropiedad de la técnica procesal (...) y, ante las presiones sociales por tutela jurisdiccional adecuada, pasó a ser utilizada como “acción autónoma y satisfactiva”, capaz de propiciar la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito y la propia tutela (mediante cognición sumaria) que, en principio, apenas podría ser prestada después de finalizado el proceso de conocimiento.<sup>166</sup> Es decir, estamos frente a una nueva mirada de la justicia, capaz de colocar los bienes

---

en lo asimétrico de la relación laboral y el carácter tutelar que tiene el derecho que la regula. En Pozo Fernández, Felipe. Ob. Cit. p. 289.

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Loc. Cit.

<sup>166</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. Cit., p 9.

jurídicos superiores sobre las formalidades de la técnica procesal, con el objeto de satisfacer pretensiones jurídicas de tal entidad que merecen un trato legal particular.

Es razonable que la medida se adopte mediante una cognición sumaria en lugar de una cognición "agotada y definitiva". Como señala el citado procesalista brasileño:

"Quien desvía los ojos de la moldura técnica del proceso civil y pasa a preocuparse por la "tutela de los derechos", deja de lado la relación entre satisfactividad y cosa juzgada material, ya que la efectividad de la tutela de un derecho no presupone la cosa juzgada. Aunque la misma tenga gran importancia, la tutela del derecho se otorga independientemente de la cosa juzgada, incluso porque la tutela del derecho, para ser efectiva, en muchos casos tiene que prestarse con base en una cognición sumaria".<sup>167</sup>

Otros señalan que esta intervención judicial es un símil a las medidas cautelares, cuestión que puede ser rápidamente rebatida y desestimada, ya que las medidas cautelares, son provisionales y esencialmente revocables, operando solo a petición de parte y generalmente responden a situaciones de orden jurídico patrimonial. Son accesorias al conflicto principal. En este sentido Calamandrei indica "tales providencias no son fines en sí mismas: dado que su única finalidad es la de fijar un anticipo y la de tener en reserva para el porvenir, como materiales en bruto destinados a una construcción todavía en proyecto, elementos destinados a la formación de una providencia de cognición futura."<sup>168</sup>

En este escenario, se puede sostener seriamente que lo dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo, es un procedimiento especial de protección de derechos, teniendo en cuenta que la intervención judicial, se produce a petición de parte o de oficio, con lo cual se deshecha cualquier crítica que pueda recaer sobre este y, que señale que estamos frente a un procedimiento de carácter inquisitivo.

Además, podemos afirmar que del conocimiento que toma el juez de las circunstancias vulneratorias de derechos, emana una sentencia, lo que refuerza la

---

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. Cit., p 33

<sup>168</sup> CALAMANDREI, Piero, en Pozo Fernández, Felipe. Ob. Cit. p. 66

idea de proceso, ya que la finalidad de este es precisamente que mediante acto de juicio se dirima el conflicto jurídico, por lo que a mayor abundamiento concordamos, si, en la necesidad de mecanismos de revisión.

Como contrapartida, en opinión del Profesor Palavecino, dada la gravedad que para la parte denunciada implican las tempranas medidas satisfactivas y la propia celeridad del procedimiento oral, el juez laboral deberá ser especialmente celoso en la concesión de esta tutela a la que, sin duda debe asignársele un carácter excepcionalísimo, considerando la gravedad de las sanciones que tanto patrimonialmente como personalmente pudieran afectarle. En general así ha ocurrido en la práctica. Añade más adelante que “puede que la aplicación de la tutela judicial directa de los derechos fundamentales, en lugar de jugar a favor de su protección, termina muchas veces atentando contra las libertades. Nacidos para proteger al individuo frente a la insaciable voluntad de poder de Leviatán, los derechos fundamentales terminan siendo la mejor excusa para que el Estado-Juez restrinja arbitrariamente las libertades de los privados.”<sup>169</sup>

Bajo esta postura, se puede establecer razonablemente que este tipo de procedimiento se encuentra impregnado por un prejuizgamiento propio de los procesos inquisitivos –que se encuentran en retirada en nuestro ordenamiento jurídico- y atenta, contra la imparcialidad del juzgador y la igualdad de armas y de partes.

Sin embargo, reconocemos en la discusión poco pacífica a este respecto, que queda claro que la tutela anticipada está enmarcada dentro de las formas procesales más modernas, escapando completamente a las clásicas formas de solución de conflictos, y que efectivamente su implementación requiere no solamente la comprensión de los elementos puramente adjetivos, sino también que en un sentido amplio, comprendiendo que el procedimiento es el vehículo para la protección del derecho sustantivo, que en este caso dice relación los derechos esenciales de los trabajadores, los que no solo gozan de la protección que establece la legislación del trabajo, sino que son el fruto de las sistema internacional de normas de derechos humanos de segunda generación, como lo

---

<sup>169</sup> PALAVECINO CACERES, Claudio. El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile, p. 44.

son los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales por su propia naturaleza requieren de mecanismos de solución que respondan a los nuevos tiempos que corren, donde se necesita una justicia más ágil que logre una protección efectiva ante las amenazas aquellos derechos esenciales de la naturaleza humana.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA, A. "Prohibición de discriminación y libertad de contratación", InDret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 1, 2009, p 18

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Los Principios Generales del Derecho. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile. Marzo 2003

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993

BAEZA CONCHA, Gloria y PÉREZ CABRERA, Jaime. Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario. 1ª Edición. LexisNexis. Santiago. Febrero 2005.

BAKER P.V y LAGAN P. St. J., Snell's principles of equity, London, Sweet & Maxwell Ltd., 182

BERTELSEN SIMONETTI, Soledad Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales. Tesis de Licenciatura, Santiago, Chile, 2009.

BORRE G, esucuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, Napoli, Jovene, 1966.

BRIONES Guillermo. "Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales y en el Derecho". Seminario Universidad Libre, Universidad de Chile, Octubre, 2002. p. 14.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. La situación laboral de los trabajadores suministrados en Chile. En: Revista Ius et Praxis, 13 (2): 2007.

CALAMANDREI P., Introduduzione a lo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari, Padova, Cedam, 1936.

CALAMANDREI, P. Derecho procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996.

CASTRO, José Francisco, “Discriminación en las relaciones laborales”, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, febrero 2001.

CEA EGAÑA, José Luis. El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica Santiago, Ediciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999.

CERDA FERNANDEZ, Carlos. Iuris Dictio. Santiago, Chile. Ed: Jurídica de Chile.

CHIOVENDA G. Principios generales del proceso. Ed: Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961

CHIOVENDA G., instituciones del derecho procesal, Sao Paulo, Saraiva, 1965, v. 1.

CHIOVENDA, G. (1949). Las formas en la defensa judicial del derecho. En Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones E. He. A.

DENTI V., Flashes su accertamiento e condanna, Rivista di Diritto Processuale, 1985.

DORN GARRIDO, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal. 1ª Edición. LexisNexis. Santiago. Julio 2005.

ETEROVIC BARREDA Pablo. La tutela anticipada y su constitucionalidad: el caso de la jurisdicción laboral. Rev. Actualidad Laboral, Junio-Julio. N° LXXXVIII, Chile, 2010.

FLORES MONARDES, Álvaro. La Reforma A La justicia Del Trabajo En: REJ Revista de Estudios de la Justicia – N° 6 – Año 2005 Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002.

FRIGANANI A, Inhibitoria, enciclopedia del diritto, 1974, v. 21.

GAMONAL CONTRERAS Sergio. (2004) “Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos” Santiago, Chile. Editorial Jurídica.

GAZMURI Consuelo. (2004) La ciudadanía en la empresa: perspectiva de género. En: Serie de documentos de la Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. p. 1

GAZMURI R. Consuelo. Los Derechos Fundamentales En La Empresa; Algunas Perspectivas De Género. En: Serie de documentos de la Dirección del Trabajo Santiago, Chile. 2005.

GIMENO, J.V. Fundamentos del Derecho Procesal, Civitas, Madrid, 1981.

GOZAÍNI, Osvaldo, La ejecución provisional en el proceso civil, en Revista Peruana de Derecho Procesal 3, Lima, 1998.

GUTIÉRREZ Alviz, F. y Conradi. (1972). El procedimiento monitorio: estudio de derecho comparado. Sevilla, 1972

LOPEZ Diego. “Los derechos laborales en el TLC”. En Serie de documentos del sindicato de CTC Chile, 2005.

LUENGO MILLÁN, Miguel y RABANAK CARBAJO, Pedro. Los Principios Inspiradores del Proceso Laboral. Cuadernos de Derecho Procesal Laboral. McGraw-Hill. Madrid. 1999.

MARIONI L, Tutela Inhibitoria, Ed. Marcual Pons, 2014.

MEDINA JARA, Rodrigo; MORALES PALACIOS, Luis; y DORN GARRIDO, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal. 1ª Edición. LexisNexis. Santiago. (Julio) 2005

MELLA Patricio, DOMÍNGUEZ MONTOYA Álvaro. Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencia: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012, 2do Semestre)

MITIDEIRO D., Anticipación, de Tutela, de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, Ed. Marcial Pons, 2013.

MORERA GUILLÉN Nidia Esther. Derechos laborales en el marco de la globalización económica." Serie de investigaciones del Proyecto de Investigación "Políticas de Empleo en Costa Rica" No. 215-97-269. Escuela de Trabajo Social denominada Políticas Sociales en Costa Rica, Costa Rica.

MARINONI, L., Antecipacao da tutela. Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2008

NARCIA TOBAR Eugenio. (2005) Reflexiones sobre la nueva justicia laboral: consideraciones generales. México.

MORO, Emilio F. ¿Qué Hacer con los Principios Generales del Derecho?. Editorial Librería Cívica. Santa Fe. Junio 2003., pág., 22.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1998. pág.

ORTECHO VILLENA, Victor. "Los Derechos Humanos. Su desarrollo y protección." BLG Ediciones: Perú, 2006

UGARTE CATALDO, José Luis UGARTE. La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad. Tesis Doctoral, p. 44

FERRERIRIBA, J. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada.

PACHECO G., Máximo. "Teoría del Derecho". Editorial Jurídica de Chile, 4ta. Edición, 1990

PALAVECINO Claudio, RAMÍREZ Cristián. Examen crítico de la sentencia anticipada en el procedimiento monitorio laboral. Revista chilena del trabajo y la seguridad social. (Vol I) n° 2, 2010.

PALAVECINO, Claudio. El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. Los derechos laborales en la Constitución española, CEC (Cuadernos y Debates), Madrid, 1991.

PÉREZ CABRERA, Jaime. Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario. 1ª Edición. LexisNexis. Santiago. Febrero 2005.

PEREZ RAGONE, Álvaro, en sentencia anticipada (despachos interinos de fondo), por Jorge Peyerano (director) et. al., p. 249, en Pozo Fernández, Felipe, ob. cit.

PECES-BARBA, Gregorio. Derecho y derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

POZO FERNÁNDEZ, Felipe. La tutela anticipada en el proceso civil, Editorial Jurídica, 2014.

ROJAS, Jorge, sistemas cautelares atípicos, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2009.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional: Editorial Jurídica, 2ªed, Tomo XI, Santiago, 2006.

TROCKER N., Processo civile e costituzione, Milano, giuffré, 1974. MARINETTO G., Contraddittorio (Principio del), Novissimo digesto italiano, v. 4, p. 461; NERY JUNIOR N., Principios do proceso civil na constituicao federal, Sao Paulo, RT, 1992, p. 136.

URIARTE, Oscar. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social Director de la Escuela de Posgrado Facultad de Derecho de la Universidad de la República Uruguay. p.1

VALLE, F.A. La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario. Revista Derecho Social. N° 29, España, 2005.

VALDÉS DAL-RE, F. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho comparado”.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Cambio del derecho y cambio social. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 1993, p. 127. Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org). Consultado 10 de Marzo de 2014.

## Otros documentos

CAMARA DE DIPUTADOS, legislatura 353ª ordinaria, Sesión 56ª, en martes 8 de noviembre de 2005.

CAMARA DE DIPUTADOS. Historia de la ley 20.087: Biblioteca del Congreso Nacional. Chile, 2008.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO-CHILE DICTAMEN N°: 2856/0162 FECHA: 30.08.2002. MATERIA: Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5, del Código del Trabajo.

Varios autores. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 21ª Edición. Chile. 1992.

Oficina Internacional del Trabajo (1999-A): Trabajo Decente, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo 87º. Reunión Ginebra, 1999.

Ponencia Primera Jornada Chileno-Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo. Uruguay. Junio 2008. Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile.

Audio causa rit T-83-2014

## Leyes

Congreso de la República. Ley 20.087: Sustituye El Procedimiento Laboral Contemplado En El Libro V Del Código del Trabajo. Artículo único. Ministerio del Trabajo y Previsión Social: Chile,

Varios autores. Constitución Política de Estado de Chile. Ministerio de Justicia, 1980.

## Páginas web

ARAYA R, Marcelo Clínica especializada laboral 2008, tercera sesión. Disponible en [https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D128C0726/3/material\\_alumnos/objeto/26826](https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D128C0726/3/material_alumnos/objeto/26826).

Consultado 15 junio de 2014.

Planchuelo Víctor C. Pascual. Reflexiones Sobre El Concepto De Justicia: Revista Ciencias Sociales nº 19, Junio 2005. Extraído 17 junio de 2014 en <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/planchuelo.pdf>

“Observaciones de la cpc al proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral” (en línea) Disponible en <http://www.cpc.cl/pdfs/Procedimiento%20laboral.pdf> [fecha de consulta 9 de marzo de 2014]

¿Cuándo y cómo utilizar el derecho a la indemnidad laboral” (en línea) Disponible en: <http://www.consultor.com/entornolaboral/indemnidad.asp> Revista de derecho laboral Entorno laboral España. Nº 23. 2005. [fecha de consulta 5 de mayo de 2014]

RANKIN SILVA, Adriana y PECCHINENDA, María Gabriela, en Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo), por Jorge Peyerano (director), SOBRE ACTIVISMO JUDICIAL, buenos aires, argentina, [en línea], <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/activismo.pdf>

UGARTE GODOY, José Joaquín. El Derecho a La Vida y La Constitución. *Rev. chil. derecho* [online]. 2006, vol.33, n.3 [citado 2016-04-19], pp. 509-527. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372006000300004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000300004&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000300004>.

## ANEXO I

Procedimiento : Tutela Laboral.  
Materia : Artículo 19 N°1 CPR  
Demandante : XXX  
Rut : XXX  
Patrocinante : XXX  
Rut : XXX  
Demandado : XXX  
**Rut** : XXX  
Representante : XXX  
Rut : Se ignora

**En lo principal:** interpone denuncia de tutela por vulneración de garantías fundamentales; **primer otrosí:** solicita medida que indica; **segundo otrosí:** acompaña documentos y acredita personería; **tercer otrosí:** solicita forma especial de notificación y actuaciones procesales; **cuarto otrosí:** Patrocinio y poder.

### S.J.L. DEL TRABAJO DE SAN BERNARDO

XXX, Presidente del Sindicato Nacional de Trabajadores de XXX, XXX, Tesorero, XXX, Director, todos trabajadores y Directores del Sindicato Nacional de Trabajadores de XXX, domiciliados para estos efectos en XXX, comuna de XXX, actuando en su representación a U.S. respetuosamente decimos:

Que, en tiempo y forma, de acuerdo a lo dispuesto en los artículo 446, 485, 486 y siguientes del Código del Trabajo, venimos en interponer denuncia de tutela

por vulneración de la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República en relación al artículo 2° del Código del Trabajo, durante la relación laboral conforme al procedimiento de Tutela Laboral de garantías fundamentales, en contra de nuestro empleador la empresa XXX (en adelante indistintamente XXX, del giro de su denominación, representada legalmente por don XXX, ignoro profesión u oficio, ambos con domicilio XXX, Comuna de XXX, o por quien haga las veces de su representante de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4° del Código del Trabajo, solicitando que la misma sea admitida a tramitación y acogida en todas sus partes, en virtud de la relación circunstanciada de hechos y fundamentos de derecho que a continuación expongo:

**I. ADMISIBILIDAD.**

**a. COMPETENCIA.**

Conforme lo dispone el artículo 423 del Código del ramo, en concordancia con el artículo 420, letra a) del mismo texto legal, S.S. es competente territorialmente y en razón de la materia para conocer de esta denuncia.

**b. LEGITIMACIÓN ACTIVA.**

Conforme a lo dispuesto en los incisos primero y tercero del artículo 486 del Código del Trabajo, nos corresponde la legitimación activa para recabar la correspondiente tutela jurisdiccional de derechos fundamentales.

**c. CADUCIDAD.**

Sin perjuicio que el acto vulneratorio es permanente, y que extiende sus efectos a través del tiempo, el plazo de interposición de la denuncia no ha caducado, de conformidad al inciso final del artículo 486 del Código del Trabajo.

**d. ADMISIBILIDAD.**

Esta denuncia resulta admisible en atención a que su interposición ha sido dentro del término legal del artículo 486 del Código del ramo, y se acompañan a ella los antecedentes fundantes de que se dispone.

**e. PROCEDIMIENTO APLICABLE.**

Resulta procedente el procedimiento de aplicación general por disponerlo así el artículo 491 del Código del Trabajo.

## **II. RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS:**

### **Antecedentes:**

Debemos hacer presente a S.S. que desde el mes de marzo de 2011, la empresa denunciada inició un proceso de expansión vinculada a su área logística (distribución) incorporando un nuevo centro de distribución y despacho en la comuna de Quilicura, denominada proyecto RUKAN.

Para ello, dispuso el traslado de un importante número trabajadores hacia dichas instalaciones, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley al empleador en el artículo 12 del Código del Trabajo.

Sin ser ello suficiente, y con la exclusiva finalidad de abaratar costos, la empresa denunciada niega el otorgamiento de las vacaciones o feriado anual que le corresponden a dicho importante número de trabajadores y socios del Sindicato, los cuales se mencionan en el anexo número 1 que forma parte integrante de esta denuncia, motivo que nos ha puesto en la necesidad de denunciar ante S.S. esta evidente vulneración a la garantía fundamental de la integridad física y psíquica de los trabajadores y socios de nuestro sindicato; y, lo que es más grave aún, ha pretendido pagar a dichos trabajadores la mitad de la bonificación por vacaciones a cambio de renunciar a sus derechos, lo que es absolutamente ilegal según se demostrará.

De acuerdo a los contratos de trabajo cuya exhibición solicitaremos, los trabajadores por quienes comparecimos desarrollan funciones de operarios de despacho, entre otras, en jornadas distribuidas por turnos rotativos y con las remuneraciones y contraprestaciones que a cada caso corresponden.

### **VULNERACION DE LA GARANTIA CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL ARTICULO 19 N° 1 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA Y ACTO DISCRIMINATORIO.**

El descanso anual persigue indudablemente un objetivo protector tanto de la salud física como psíquica del trabajador y su familia y se fundamenta en la necesidad de contar, al menos una vez al año, con un período de tiempo en el cual el dependiente pueda reponer sus energías y destinar su actividad privada a

compartir con sus familias, lo que se encuentra regulado en los artículos 67 y siguientes del Código del Trabajo.

Sin embargo, y como hemos expresado precedentemente, la empresa denunciada con la exclusiva finalidad de iniciar la operatividad del referido centro de distribución (RUKAN) a muy bajo costo, ha adoptado la decisión de no otorgar, rechazar y negar las solicitudes de feriado legal anual que legalmente corresponde a los trabajadores que desarrollan sus servicios en dicho lugar, vulnerando con ello la garantía fundamental del derecho a la integridad física y psíquica de nuestros compañeros de trabajo, constituyendo además un acto de discriminación en los términos del artículo 2° del Código del Trabajo, imponiéndose una carga adicional y arbitraria (llevar adelante el proyecto RUKAN) que no soportan los demás trabajadores de la denunciada, como el área de producción, dependientes que podrán gozar libremente de su feriado anual durante la época estival.

Cabe mencionar que el legislador laboral no ha sometido el otorgamiento del referido feriado legal anual más que al requisito de haber prestado servicios por un año, Doctrina asentada por reiterados Dictámenes de la Dirección del Trabajo, entre los que se encuentra el Dictamen ORD No. 4199/192, de fecha 19 de julio de 1994, entre otros.

Asimismo, otra característica de dicho derecho la constituye la imposibilidad de fraccionar el tiempo de descanso anual bajo un mínimo de 10 días (Dictamen ORD N° 4497/105 28.06.90).

Finalmente, haremos presente que este derecho a feriado anual no puede compensarse en dinero, ni de ninguna otra forma según lo ordena el artículo 73 del Código del Trabajo, mientras se mantenga vigente la relación laboral y aquello deriva del carácter eminentemente protector del beneficio en comento de forma tal que el trabajador se encuentra en la necesidad jurídica de gozar efectivamente de los días de descanso a que le da derecho su feriado.

En efecto, la Dirección del Trabajo ha sostenido que la prohibición de compensar en dinero las vacaciones anuales reconoce su causa en la finalidad que el trabajador recupere biológicamente sus energías gastadas o deterioradas durante un año de trabajo, y que más aún destine dicho tiempo al desarrollo de su ámbito familiar, constituyendo ambas expresiones además una manifestación de

la garantía constitucional del derecho a la integridad física y psíquica de la persona humana considerada dentro del ámbito de las relaciones laborales, garantía abiertamente vulnerada por la empresa denunciada, que pese a ello hace gala de mantener altos estándares de calidad y cumplimiento de la ley laboral.

Asimismo, si bien comprendemos que la ordenación del servicio permite al empleador coordinar el otorgamiento del feriado anual, podemos sostener que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° 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, cual es precisamente la vulneración que denunciamos.

### **III. EL DERECHO**

#### **Requisito de procedencia de la acción de Tutela Laboral.**

De acuerdo a los hechos expuestos, queda de manifiesto que la negativa por parte de la empresa a otorgar el feriado anual de los trabajadores que indicamos, constituye un ejercicio de las facultades que confiere el derecho del trabajo al empleador que vulnera derechos fundamentales, configurándose con ello los requisitos de procedencia de la acción de tutela regulada en el artículo 485 del Código del Trabajo, al vulnerarse con ello la garantía fundamental consagrada en el artículo 19 N° 1 inciso primero de la Constitución Política de la República. Adicionalmente a ello, dicho acto constituye una discriminación en los términos del artículo 2° del Código del Trabajo, que encuentra reconocimiento en el artículo 485 inciso segundo del mismo cuerpo legal citado, afectando con ello la igualdad de trato en el empleo.

#### **Discriminación Laboral.**

Los antecedentes precedentemente expuestos a nuestro juicio constituyen por sí solos indicios de vulneración de los derechos fundamentales de nuestros asociados y compañeros de trabajo. En efecto, los incisos terceros y cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo, prescriben que son contrarios a derecho los actos de discriminación, señalando a título ejemplar, algunas circunstancias o actuaciones discriminatorias. Al tipificarlo de esa forma, genera que las facultades del empleador sean interpretadas con la restricción de no poder considerar

respecto de un inicio o término de relación laboral, la circunstancia de mayor o menor apego a la organización sindical que tenga el trabajador y a sus cualidades, calidades o función dentro de esta entidad, como tampoco las diferencias de trato entre trabajadores.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.**

Respecto de la tutela de los derechos fundamentales del trabajador, se ha formulado Doctrinariamente una primera distinción, entre aquellos que protegen la actividad del trabajador de aquellos que protegen al trabajador en su calidad de ciudadano inserto en la empresa, los que se han denominado derechos fundamentales inespecíficos.

En cuanto a la procedencia de dichos derechos fundamentales inespecíficos, en nuestro ordenamiento jurídico tienen una **eficacia directa**, es decir, producen sus efectos de forma inmediata y tienen una eficacia entre particulares, lo que en doctrina se denomina como “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, se ha definido esta eficacia horizontal como “la posibilidad que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral de autor”. PEÑA, C. 1996.

### **En cuanto al Derecho a la integridad física y psíquica.**

Al respecto debemos invocar la subsunción al Artículo 184 inciso primero del Código del Trabajo, el cual impone el deber general de protección y seguridad que el empleador debe tener para con sus trabajadores. “El empleador está **obligado** a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prever accidentes y enfermedades profesionales”. Al establecer esta norma la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y salud de los

trabajadores, señala un imperativo en cuanto a evitar cualquier acción u omisión que pudiese provocar o alterar la salud e integridad física o psíquica de sus trabajadores. De más está señalar que el hecho de no otorgar las vacaciones y descanso anual, obviamente trae aparejado un desgaste natural y biológico en la integridad del dependiente y más aún le impide compartir legítimamente en su ambiente familiar, produciéndose un incumplimiento de esta obligación legal, así como del mandato establecido en el Artículo 5º del Código del Trabajo en relación con las normas Constitucionales.

### **ALTERACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, A TRAVÉS DE LOS INDICIOS.**

Respecto a la prueba indiciaria, el artículo 493 del Código del Trabajo, introduce en materia probatoria de vulneración de derechos fundamentales laborales, la técnica de los indicios, que permiten en cierto modo invertir la carga de la prueba, pues será el empleador quien deba probar la proporcionalidad de la medida adoptada.

#### **Indicios suficientes**

**Primer indicio:** Desde el mes de marzo de 2011, la empresa comenzó un proceso de expansión y cambio en sus áreas logísticas, denominado proyecto RUKAN.

**Segundo indicio:** Un número importante de trabajadores fue destinado a cumplir funciones en dicho proyecto.

**Tercer indicio:** A raíz de lo anterior, de manera permanente y sin existir fundamento legal alguno para ello, sino que más bien de naturaleza economicista, se niegan sostenidamente por la empresa el otorgamiento del feriado legal de los trabajadores que indicaremos, lo que ha obligado la intervención de esta organización sindical de conformidad a los artículos 220 y 486 del Código Laboral.

**Cuarto indicio:** Ningún trabajador de dicho centro de despacho RUKAN, ha salido de vacaciones, ni podrá hacerlo sin la intervención del órgano jurisdiccional.

**Quinto indicio:** Se han remitido innumerables correos electrónicos por parte de esta organización Sindical a la gerencia de la empresa, sin respuesta.

## PONDERACIÓN

Presentados los indicios, corresponde a la empleadora explicar los fundamentos del no otorgamiento del feriado legal anual y su proporcionalidad.

En este sentido, los elementos que debe tener en cuenta el sentenciador al resolver esta colisión entre los derechos del empleador y trabajador, el Profesor José Luis Ugarte ha dicho que es una labor de ponderación, la que debe ser guiada por el principio de proporcionalidad, el que implica tres juicios o sub principios:

a) juicio de idoneidad: que exige que la restricción causada por el ejercicio de las facultades del empleador al derecho fundamental de que se trate permite alcanzar efectivamente un fin legítimo, en este caso la finalidad de la empresa es exclusivamente poner en marcha el proyecto no considerando el recurso humano, y solo el ahorrar costos exponiendo a los trabajadores a un desgaste excesivo al no otorgarle sus vacaciones anuales.

b) juicio de necesidad: importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa menos aflictiva, medida que obviamente existe para la empresa en la contratación de personal suplente.

c) juicio de la proporcionalidad en sentido estricto: sólo si la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde, y sólo en ese caso, revisar si, además, es proporcional en sentido estricto.

A la luz de estos antecedentes, la empleadora actúa **ilegalmente**, en cuanto no cumple las normas imperativas de protección al trabajador, ya contenida en el artículo 184 del Código del Trabajo.

Igualmente, la conducta del empleador es **desproporcionada**, al sacrificar el descanso anual de trabajadores con varios años de servicio, con el propósito espurio y exclusivo de ahorrar costos en personal de reemplazo, exponiendo a sus dependientes –algunos de ellos muy antiguos- y con turnos solo de noche, a un desgaste y sacrificio excesivo.

## PETICIONES CONCRETAS.

En virtud de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente, solicitamos a SS:

A. Que se declare que fueron vulnerados los derechos fundamentales de los trabajadores indicados, hechos que constituyeron un acto atentatorio contra su integridad física y psíquica, afectando la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República.

B. Que, en virtud de lo anterior, la denunciada deberá otorgar los feriados anuales a los siguientes trabajadores, en las fechas que, para cada caso, se señala:

Nombre	Rut	Área	Periodo desde -	Días
XXX	XXX	BPT-4	03-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	15-01-14	15
XXX	XXX	BPT-4	24-03-14	10
XXX	XXX	BPT-4	07-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	06-01-14	15
XXX	XXX	BPT-4	13-01-14	15
XXX	XXX	BPT-4	02-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	21-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	21-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	15-02-14	15
XXX	XXX	BPT-4	06-01-14	10
XXX	XXX	RUKAN	10-02-14	15
XXX	XXX	RUKAN	14-02-14	15

XXX	XXX	RUKAN	15-01-14	15
XXX	XXX	RUKAN	01-02-14	15
XXX	XXX	RUKAN	27-01-14	15
XXX	XXX	RUKAN	13-01-14	15

**POR TANTO;**

En mérito de lo expuesto y de conformidad a lo que mandan los artículos 2, 5, 7, 8, 9, 63, 67, 446 y siguientes, 485 y siguientes del Código del Trabajo, artículos 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y demás normas citadas y que se estime pertinente aplicar,

**SOLICITO A S.S.**, Tener por deducida en Procedimiento de Aplicación General Denuncia de Tutela por Vulneración de los Derechos Fundamentales y Cobro de Prestaciones e Indemnizaciones, consagrados en el Artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República en contra de nuestra empleadora XXX ya individualizada, darle tramitación y acogerla en todas sus partes, declarando en definitiva:

A. Que se declare que fueron vulnerados los derechos fundamentales de los trabajadores indicados, hechos que constituyeron un acto atentatorio contra su integridad física y psíquica, afectando la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República.

B. Que, en virtud de lo anterior, la denunciada deberá otorgar los feriados anuales a los trabajadores precedentemente individualizados y en las fechas que para cada caso se señalaron.

C. Que la empresa denunciada deberá pagar las costas de la causa.

**PRIMER OTROSI:** Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo, que dispone que:

“El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada.

Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes”.

Venimos en solicitar a S.S. se sirva disponer la suspensión de los efectos del acto impugnado, por cuanto en autos se trata de una lesión de especial gravedad (no otorgamiento de descanso anual) y produce efectos irreversibles respecto de los siguientes trabajadores que se individualizan, quienes no podrán hacer uso de este derecho –sin contar con sentencia definitiva- vedándoseles el legítimo descanso ni podrán compartir con sus respectivas familias en el período estival, respecto de los siguientes trabajadores, respecto de los cuales solicitamos S.S. se sirva disponer que la empresa demandada deberá concederles su derecho a feriado legal anual que está siendo conculcado por la empresa, en los períodos que se indica a continuación:

Nombre	Rut	Área	Periodo desde	Días de feriado
XXX	XXX	BPT-4	03-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	15-01-14	15
XXX	XXX	BPT-4	24-03-14	10

XXX	XXX	BPT-4	07-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	06-01-14	15
XXX	XXX	BPT-4	13-01-14	15
XXX	XXX	BPT-4	02-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	21-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	21-02-14	10
XXX	XXX	BPT-4	15-02-14	15
XXX	XXX	BPT-4	06-01-14	10
XXX	XXX	RUKAN	10-02-14	15
XXX	XXX	RUKAN	14-02-14	15
XXX	XXX	RUKAN	15-01-14	15
XXX	XXX	RUKAN	01-02-14	15
XXX	XXX	RUKAN	27-01-14	15
XXX	XXX	RUKAN	13-01-14	15

**SEGUNDO OTROSI:** Ruego a U.S., conforme a lo dispuesto en los artículos 446 inciso 2º y 490 del Código del Trabajo, sin perjuicio de su ofrecimiento e incorporación en las audiencias respectivas, tener por acompañados los siguientes documentos, a saber:

1.- Cuatro nóminas debidamente suscritas por los trabajadores por quienes comparecemos y en las cuales se expresan los períodos solicitados a la empresa

para gozar de feriado legal anual, y que fueron totalmente negados por la empresa.

2.- Certificado de vigencia, que acredita nuestra representación que invocamos.

**TERCER OTROSI:** En virtud del artículo 433 del Código del Trabajo, vengo en solicitar a V.S, tener a bien se nos autorice a efectuar durante todo el curso del proceso nuestras actuaciones procesales vía correo electrónico Y establecer como forma de notificación de las resoluciones de autos a esta parte, todas aquellas dirigidas al correo electrónico [XXX@hotmail.com](mailto:XXX@hotmail.com)

**CUARTO OTROSI:** Sírvase VS., tener presente que en este mismo acto designo como abogado patrocinante y confiero poder a don XXX, fijando como domicilio el indicado en la comparecencia.

## **ANALISIS EN CUANTO A LOS HECHOS**

Los trabajadores denuncian el trato vulneratorio a la garantía fundamental de la integridad física y psíquica de los trabajadores y socios del sindicato. Señalan además que el empleador “ha pretendido pagar a dichos trabajadores la mitad de la bonificación por vacaciones a cambio de renunciar a sus derechos”. Todo ello, a juicio de los trabajadores, se ha producido como efecto del proceso de la expansión de la empresa demandada en su área de logística. Sin perjuicio del derecho del empleador que le consagra el artículo 12 del Código del Trabajo.

## **ANÁLISIS EN CUANTO AL ACTO VULNERATORIO.**

El hecho generador de la vulneración de la garantía constitucional, se enmarca en la negativa de la demandada a rechazar y negar las solicitudes del descanso anual que señala el artículo 67 del Código del Trabajo. A lo cual se

añade la carga adicional que sufren los trabajadores del área logística, en relación a otros trabajadores de la empresa.

La denuncia del acto vulneratorio se enmarca en relación al artículo 19 número 1 de la Constitución Política, esto es, la garantía del “derecho a la vida a la integridad física y psíquica de la persona” en relación al acto discriminatorio. A ese respecto el periodo de descanso anual, se enmarca en el ámbito de la protección de la salud física y psíquica del trabajador, y de su entorno familiar, todo ello regulado en el artículo 67 del Código del ramo.

En este sentido, la Corte Suprema señala que: “el objetivo del feriado es el de proporcionar un descanso anual al trabajador, de modo que no es un beneficio compensable en dinero, salvo las excepciones fundadas que señala la legislación laboral, porque un criterio distinto no resulta congruente con las garantías que la Constitución Política de la República dispensa a los derechos a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud de todas las personas, en la medida que la postergación indefinida del feriado anual de un trabajador y su compensación pecuniaria al término de la relación laboral conducen, como ya se dijo, a menoscabar la aplicación de tales derechos al posibilitar que el afectado se vea privado del goce real de sus descansos anuales”. (Rol 4624-04)

Para comprender la aplicación de esta garantía constitucional en el ámbito del derecho del trabajo, es necesario entender que la aplicación de esta es por extensión, ya que naturalmente el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica está concebida “como es obvio a la vida corporal, consiste en el derecho de mantenerla o conservarla frente a los demás hombres, o si se quiere, es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla ni siquiera su propio sujeto”.<sup>170</sup>

Sin embargo, en materia del trabajo es posible razonar y aplicar en un sentido amplio la protección de la vida, la integridad física y psíquica, ya que hoy, el concepto previamente señalado, se debe extender a la idea de un nivel de vida

---

<sup>170</sup> UGARTE GODOY, José Joaquín. El Derecho a La Vida y La Constitución. *Rev. chil. derecho* [online]. 2006, vol.33, n.3 [citado 2016-04-19], pp. 509-527 . Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372006000300004&Ing=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000300004&Ing=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000300004>.

digno. En este caso, el reseñado periodo de descanso, es ineludible como parte integrante de la dignidad para la vida. En este sentido los derechos humanos fundamentales, como el que se comenta, son imperativos exigibles, que son el resultado del acceso real de la población a los beneficios del progreso social, en la medida que existan las políticas públicas para hacerlos efectivos.

Es por estas consideraciones que el derecho al descanso anual, no es posible de ser compensado, sin perjuicio de la solicitud que debe realizarse para ser ejercido. La naturaleza protectora del beneficio, se ve reflejada, como contra partida en la limitación de las facultades del empleador comprendidas en el artículo 5 del Código del Trabajo. A este respecto la dirección del trabajo ha señalado que: “Dicha norma está revestida de un indudable valor normativo y dotada de una verdadera vis expansiva que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en base al principio favor libertatis, esto es, en un sentido que apunte a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral. Como se señaló, esta norma está llamada a constituirse en la idea matriz o componente estructural básico del contenido material de nuestro sistema normativo laboral.”<sup>171</sup>

## **EN CUANTO AL DERECHO**

Señala que los hechos que configuran el acto vulneratorio, se encuentran en relación al artículo el artículo 485 del Código del Trabajo en relación al artículo 19 N° 1 inciso primero de la Constitución Política de la República, el que igualmente debe entenderse en relación al artículo 2° y al inciso segundo del artículo 485 inciso segundo del mismo cuerpo de leyes.

Indica también en relación a la prueba la aplicación del artículo 493 del Código del trabajo, en el mérito de los antecedentes que expone la demanda, invirtiendo la carga de la prueba en este caso, siendo el empleador quien deba probar el alcance de su decisión. Al efecto señala indicios en relación a como se desarrollaron los hecho que sustentan su petición de la aplicación de la vulneración de las garantías, los que a juicio del demandante, revelan la inactividad del demandado ante las reiteradas peticiones realizadas por la

---

<sup>171</sup> ORDINARIO N° 2856-162, 30.08.2002, de la Dirección del Trabajo. Materia: Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5, del Código del Trabajo.

organización sindical, solicitando al tribunal que tenga presente al momento de resolver el objeto de la litis, mediante el acto de juicio, los principios de idoneidad necesidad y proporcionalidad, ya que a la luz de esos fundamentos rectores infiere, que la empleadora ha actuado de manera ilegal y desproporcionada; solicitando la declaración de la vulneración derechos, confiriendo los feriados anuales que se les han conculcado.

## ANEXO II

San Bernardo, siete de enero de dos mil catorce.

**A lo principal:** Por interpuesta demanda en procedimiento de tutela laboral.- **Traslado.**

Cítese a las partes a audiencia preparatoria para el día **11 de febrero de 2014, a las 8:30 horas**, la que se celebrará con las partes que asistan, afectándole a la que no concurra todas las resoluciones que se dicten en ella, sin necesidad de ulterior notificación, debiendo comparecer con patrocinio de abogado y, en el evento de ser representada por mandatario, este último se entiende facultado de pleno derecho para transigir.

En la audiencia preparatoria, los litigantes deberán indicar los medios de prueba de que pretendan valerse en juicio y requerir las diligencias probatorias atinentes a sus alegaciones. Asimismo, la parte que desee rendir prueba instrumental, deberá, en la audiencia preparatoria, exhibir los correspondientes documentos para su examen de admisibilidad.

**Al primer otrosí:** Careciendo el Tribunal de antecedentes suficientes, en esta etapa procesal, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo, no ha lugar por ahora a lo solicitado.-

**Al segundo otrosí:** Por acompañado los documentos, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 490 del Código del Trabajo. Digitalícense y regístrense en el sistema computacional, sin perjuicio de su ofrecimiento e incorporación en la oportunidad procesal respectiva.

**Al tercer otrosí:** Como se pide a la notificación y tramitación por correo electrónico.

**Al cuarto otrosí:** Téngase presente el patrocinio y por conferido poder

Notifíquese personalmente a la demandada y, en su caso, procédase conforme al artículo 437 del Código del Trabajo, con la anticipación que en derecho corresponde.

**RIT T-1-2014**

**RUC 14- 4-0000057-4**

**Proveyó doña María Alejandra Ríos Teillier, Juez Suplente del Juzgado de Letras del trabajo de San Bernardo.**

En San Bernardo a siete de enero de dos mil catorce, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

## **ANALISIS**

Que la resolución recaída sobre la solicitud de tutela laboral el tribunal decide resolver con audiencia, esto es confiriendo traslado la contraria para formular lo que en derecho le corresponda en el plazo legal, particularmente en lo relativo al trámite de la contestación y la eventual oposición de excepciones.

Respecto de las peticiones adicionales, el tribunal se manifestó contrario a acoger la solicitud de cautela, conforme a sus argumentos, por carecer en esta etapa procesal de los antecedentes para dar curso a esa solicitud. Sin perjuicio que como se observará en el anexo posterior, el tribunal con el mérito de los antecedentes aportados y del debate en audiencia, acogerá la solicitud de cautela en audiencia preparatoria. En cuanto a los documentos acompañados se tuvieron por acompañados sin perjuicio de su inclusión en la oportunidad procesal pertinente. Se acogió la forma de notificación por correo electrónico y se tuvo presente el patrocinio y poder.

**ANEXO III**  
**ACTA DE AUDIENCIA PREPARATORIA**  
**PROCEDIMIENTO TUTELAR**

FECHA	Nueve de enero de dos mil quince
RUC	14-4-0046794-4
RIT	<b>T-83-2014</b>
MAGISTRADO	
ADMINISTRATIVO DE ACTAS	
HORA DE INICIO	
HORA DE TERMINO	
Nº REGISTRO DE AUDIO	
DENUNCIANTE <u>COMPARECE</u>	
ABOGADO COMPARECE	
FORMA DE NOTIFICACION	
DENUNCIADA	
ABOGADO COMPARECE	
FORMA DE NOTIFICACION	

<b>ACTUACIONES EFECTUADAS:</b>	<b>SI</b>
• INDIVIDUALIZACIÓN	<b>X</b>
• RELACION SOMERA DEMANDA.	<b>X</b>
• RELACION SOMERA CONTESTACION	<b>X</b>
• TRASLADO EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA	<b>X</b>
• LLAMADO A CONCILIACION.	<b>X</b>

• HECHOS NO CONTROVERTIDOS	X
• CONVENCIÓN PROBATORIA	X
• HECHOS A PROBAR	X
• OFRECIMIENTO DE PRUEBA	X
• EXCLUSION DE PRUEBA	X
• CITA A AUDIENCIA DE JUICIO	X

### **Inicio e Individualización:**

Se inicia la audiencia con los intervinientes de ambas partes, individualizándose para registro del audio del Tribunal.

### **Relación Somera**

El Tribunal realiza una relación somera de la demanda, contestación y excepción opuesta, la que consta íntegramente en audio.

**Tribunal:** Traslado al denunciante de la excepción de incompetencia.

**Parte denunciante:** Evacua traslado. (Fundamento íntegro en audio).

**Tribunal resuelve:** Por evacuado el traslado, se resolverá dicha excepción en sentencia definitiva.

**Parte denunciada:** Interpone recurso de reposición en contra de la resolución del tribunal. (Fundamento íntegro en audio).

**Tribunal resuelve:** Se rechaza el recurso interpuesto y se mantiene lo resuelto.

### **Conciliación:**

Llamadas las partes a conciliación, ésta no se produce.

Se deja **constancia** que el tribunal propone la siguiente base de acuerdo:

Que la parte denunciada reincorpore a la trabajadora a su puesto de trabajo y que se paguen a ésta las remuneraciones habidas entre el **01 de septiembre y la fecha de reincorporación**, con la misma periodicidad con las que debieron haberse enterado, es decir, mensualmente, hasta completar el total.

**Parte denunciada:** Ofrece pagar a la denunciante las remuneraciones correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre.

**Parte denunciante:** Acepta propuesta del tribunal.

**Parte denunciada:** No acepta propuesta del tribunal.

El tribunal **declara frustrada** la conciliación.

#### **INCIDENTE:**

**Parte denunciante:** Solicita la suspensión del acto impugnado y vulneratorio de derechos fundamentales, en virtud del artículo 492 del Código del Trabajo. (Fundamento íntegro en audio).

**Tribunal:** Traslado a la parte denunciante. (Consta íntegramente en audio)

**Tribunal resuelve:** Se acoge la solicitud y se ordena a la denunciada hacer pago a la trabajadora de las remuneraciones correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2014. (Suma total a pagar \$1.160.000.-). Lo anterior deberá cumplirse dentro del plazo de 10 días hábiles.

#### **Los hechos no controvertidos son los siguientes:**

1.- Que la demandante prestó servicios a la demandada al menos desde el 01.06.2012 hasta el 04.09.2014.

2.- Que la demandante se desempeñaba como "Secretaria del Área de Pavimentación" perteneciente a la Dirección de Operaciones.

3.- Que la demandante y demandada firmaron documentos denominados "contratos de prestación de servicios a honorarios" de las siguientes fechas:

- a. 23 de mayo de 2012, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012.
- b. 31 de diciembre de 2012, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013.
- c. 1° de abril de 2013, con vigencia al 31 de diciembre de 2013.
- d. 31 de diciembre de 2013, con vigencia 31 de diciembre de 2014.

4.- Que la contraprestación en dinero que la denunciada pagaba a la actora por sus servicios era de \$290.000.-

5.- Que por Decreto Exento P. N° 12048 se dispuso la terminación de la vinculación de la denunciante con la denunciada.

### **Convención probatoria**

1.- Que a la fecha de la audiencia preparatoria (09 de enero de 2015) la demandante cursa un embarazo de 33 semanas.

### **Los hechos a probar son los siguientes:**

- 1.- Causa, forma y circunstancias del desarrollo de los servicios prestados por la denunciante a la denunciada.
- 2.- Características de la prestación de los servicios, labor en que inciden y si era específica.
- 3.- Motivaciones de la denunciada para decidir la terminación de la vinculación entre las partes.

### **Medios de Prueba:**

**La parte denunciante ofrece:**

### **Documental:**

- 1.- Contrato de prestación de servicios a honorarios de fecha 23 de mayo del año 2012.
- 2.- Contrato de prestación de servicios a honorarios de fecha 31 de diciembre de 2012.
- 3.- Modificación de contrato de prestación de servicios a honorarios de fecha 01 de abril del año 2012.
- 4.- Contrato de prestación de servicios a honorarios de fecha 31 de diciembre del año 2013.
- 5.- Licencia médica emitida a favor de la trabajadora denunciante N° 44321301 de fecha 22 de Julio del 2014.
6. Licencia médica N°33258959 de fecha 28 de julio del año 2014.
7. Licencia médica N°44088028 de fecha 01 de septiembre del año 2014.
- 8.- Decreto Exento N°12048 firmado por el Secretario Municipal, Raúl Rodolfo Muñoz Castillo, de fecha 01 de septiembre del año 2014.
- 9.- Copia de constancia efectuada ante Carabineros de Chile, 14° Comisaria de San Bernardo, por la trabajadora denunciante de fecha 05 de septiembre de 2014.

**Tribunal resuelve:** Se tienen por ofrecidos los documentos, se declaran pertinentes y se ordena su **digitalización**.

### **Confesional**

Se cite a absolver posiciones al representante legal de la denunciada, la alcaldesa doña **XXXXXXXXXXXXXX**, bajo el apercibimiento legal del numeral tercero del artículo 454 del Código del Trabajo.

**Tribunal resuelve:** Como se pide, venga el representante legal de la empresa denunciada a absolver posiciones en la audiencia de juicio que se fijará, quedando notificado en este acto, a través de su apoderado, bajo el apercibimiento del artículo 454 N°3 del Código del Trabajo.

**Testimonial.**

La parte denunciante ofrece los siguientes testigos:

- 1.- XXXXXXXXXXXXXXXXX.
- 2.- XXXXXXXXXXXXXXXXX.
- 3.- XXXXXXXXXXXXXXXXX.

Todos con domicilio XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

**El Tribunal resuelve:** Como se pide, vengan los testigos indicados a declarar a la audiencia de juicio que se fijará, quedando el abogado de la parte denunciante obligado a presentarlos.

**Exhibición documental.**

La parte denunciante solicita exhibición de:

- 1.- Todos los Decretos por los cuales se solicita la renovación de los contratos a que se ha hecho mención y que vincularon a la partes durante la relación existente entre ellos.
- 2.- Exhibición de calificaciones a las que fue sometida la trabajadora denunciante. (En el caso de existir los primeros).
3. Archivar de licencias médicas del departamento en que se desempeñaba la trabajadora denunciante, esto es, el Departamento de Operaciones del Área de

Pavimentación.

**Declaración de parte**

Solicita declaración de parte de la trabajadora denunciante doña **XXXXXXXXXXXXX**  
**C.I XXXXXXXXXXXXX.**

**Tribunal resuelve:** Como se pide, comparezca la denunciante a prestar declaración a la audiencia de juicio que se fijará.

**Medios de Prueba:**

**La parte denunciada ofrece:**

**Documental:**

- 1- Decreto Exento N° 5234 de fecha 23 de mayo de 2012.
- 2.- Decreto Exento N°14.514 de fecha 31 de diciembre de 2012.
- 3.- Decreto Exento N°15.016 de fecha 31 de diciembre de 2013.
- 4.- Contrato de prestación de servicios a honorarios de la denunciante (Documento asociado al número anterior).
- 5.- Memorando Interno N° 3 de fecha 18 de agosto de 2014.
6. Respuesta Memorando Interno N°3 de fecha 19 de agosto de 2014.
- 7.- Oficio Interno N°840 de fecha 01 de septiembre de 2014 de la Sra. XXXXXXXXXXXX a la alcaldesa XXXXXXXXXXXXX.
- 8.- Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la Republica respecto de los términos anticipados de los contratos a honorarios en las Municipalidades. (Dictamen N°63.521 del año 2014).
- 9.- Juego de Boletas de honorarios de la demandante con el respectivo certificado

de prestación de servicios firmado por la Subdirectora y el informe mensual que ésta hacia mes a mes, por los periodos junio y diciembre de 2012, enero y diciembre 2013, enero y agosto de 2014.

10.- Mensaje de texto impreso, enviado por la denunciante a la Sra. XXXXXXXXXXXX de celular de fecha 05 de septiembre de 2014.

**Tribunal resuelve:** Se tienen por ofrecidos los documentos, se declaran pertinentes y se ordena su **digitalización.**

### **Confesional**

Se cite a absolver posiciones a la denunciante doña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX C.I XXXXXXXXXXXX, bajo el apercibimiento legal del numeral tercero del artículo 454 del Código del Trabajo.

**Tribunal resuelve:** Como se pide, venga la denunciante a absolver posiciones en la audiencia de juicio que se fijará, quedando notificado en este acto por medio de su apoderado, bajo apercibimiento del artículo 454 N°3 del Código del Trabajo.

### **Testimonial**

La parte denunciada ofrece los siguientes testigos:

1.- XXXXXXXXXXXX.

2.- XXXXXXXXXXXX.

Ambos domiciliados en calle XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

**Tribunal resuelve:** Como se pide, vengan los testigos señalados a declarar a la audiencia de juicio que se fijará, quedando el abogado de la parte denunciada obligado a presentarlos.

### **Exclusión de prueba**

**Parte demandante:** Solicita la exclusión del documento ofrecido por la denunciada y que se encuentra designado el numeral 10, en razón de ser éste ilícito.

**Tribunal:** Traslado a la denunciada. (Fundamento íntegro en audio)

**Tribunal resuelve:** Se excluye el documento antes señalado. (Fundamento íntegro en audio).

**El Tribunal decreta: Se fija audiencia de juicio para el día 02 de marzo de 2015 a las 12:00 horas.**

Téngase a las partes por notificadas de las resoluciones precedentemente dictadas.

Dirigió don **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo.

Se deja constancia que el registro oficial de la presente audiencia, se encuentra grabado en el audio y a disposición de los intervinientes. Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, nueve de enero de dos mil quince.-

### **ANALISIS DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA**

En el procedimiento laboral, una vez interpuesta a demanda, el tribunal, llamó a una audiencia preparatoria, la que se desarrolló en los siguientes términos:

1.- Se estableció al comenzar la audiencia la posibilidad de que el demandante evacue el traslado de la contestación de la demanda, cuestión que realizó, particularmente respecto de la excepción de incompetencia.

2.- Luego el tribunal deja la resolución de la referida excepción para la sentencia definitiva, ya que así estimó, toda vez que el objeto de la litis es la naturaleza de la contratación.

3.- Acto seguido el tribunal llama a las partes a conciliación. De forma previa, la parte demandada repone de la resolución acerca de la excepción, solicitando se haga lugar a la excepción deducida.<sup>172</sup>

4.- El tribunal resuelve la reposición y señala que: Para la resolución de la excepción se cruza con los elementos del fondo, por lo cual resuelve que deberá estar a lo que informe la prueba y dejar para definitiva.<sup>173</sup>

5.- Evacuada o agotada la etapa de discusión, el juez llamo a las partes a conciliación, la que no se produjo, sin perjuicio de las bases para el acuerdo que planteó el tribunal.

6.- La demandante formula un incidente de solicitado la suspensión del acto impugnado y vulneratorio de derechos fundamentales, en virtud del artículo 492 del Código del Trabajo, solicitado que se disponga la suspensión de los efectos del acto impugnado en los siguientes términos: “En particular la norma refiere que en los casos de especial gravedad o en los casos en que la denuncia pueda causar efectos irreversibles, el juez podrá decretar la suspensión del acto impugnado y vulneratorio de derechos fundamentales. En ese sentido, atendida en especial atención a los derechos de protección a los derechos de la maternidad que esta parte reclama y atendido que el tiempo en particular va en perjuicio de la protección efectiva tanto de la trabajadora, de su estado de salud, como del hijo que está por nacer, entendiéndose que el desarrollo propio del proceso va a contar con mas meses de tramitación y que, el bebé está próximo a nacer en el mes de febrero de este año 2015, esta parte va a solicitar que se determine por parte del tribunal el pago de la remuneraciones desde el período de separación de

---

<sup>172</sup> Audio causa rit T-83-2014

<sup>173</sup> Audio causa rit T-83-2014

funciones, esto es desde el 1 de septiembre de 2014, hasta a lo menos el 31 de diciembre del año 2014 que se corresponde con período a honorarios pactado originalmente entre las parte. Esa situación vendría a menguar la situación y dar algún nivel de protección que sería irreversible en los casos de que esto se determine cuando ya haya pasado más de un año eventualmente si es que se llega a todas las instancias procesales de este juicio. Atendido a ello se solicita se haga utilización de lo dispuesto en el artículo 492 del código del trabajo disponiendo las medidas solicitadas.”<sup>174</sup>

7.- A su turno, la demandada solicita el rechazo de la incidencia planteada toda vez que la incidencia tiene por fundamento la existencia ya de una contrata, cosa que está controvertida. Por otra parte, si en la sentencia definitiva se desechara la demanda como haríamos para acceder a esta incidencia planteada, por lo tanto, como es una cuestión de fondo lo que se discute, no tiene sentido hacer lugar al incidente que deduce la parte contraria.<sup>175</sup>

8.- Se establecieron los hechos no controvertidos en relación a la relación laboral, las convenciones probatorias y los hechos materia de prueba.<sup>176</sup>

9.- Luego, denunciante y denunciada informan las pruebas de que se valdrán en el juicio, ofrecieron la prueba que se rendirá en juicio en forma legal.<sup>177</sup>

10.- Se produce la una incidencia por la exclusión de una prueba, presentada por la demandada, consistente en un mensaje de texto enviado por la demandante a su jefa directa.<sup>178</sup> El tribunal resolvió excluir la prueba por pertenecer al ámbito

---

<sup>174</sup> Audio causa rit T-83-2014

<sup>175</sup> Audio causa rit T-83-2014

<sup>176</sup> Audio causa rit T-83-2014

<sup>177</sup> Audio causa rit T-83-2014

<sup>178</sup> Demandante: Solicita se excluya la prueba documental consistente en una impresión que contiene un mensaje de texto enviado por la demandante a su jefa municipal. Lo anterior en atención a que se ha violado derechos fundamentales por ser una conversación privada. Así como también ser irrelevante pues no se señala quien emite el mensaje.

privado además e impertinente. En cuanto al resto de la prueba, fue declarada su admisibilidad.

11.- Para la resolución del incidente de cautela, el tribunal acogió ordenado el pago por la demandada de las remuneraciones correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2014. Estableció de 10 días hábiles para su cumplimiento.<sup>179</sup>

---

Demandada: Señala que mensaje es homologable a un documento que emana de la parte. En segundo lugar señala que el documento permite evidenciar que su jefa no sabía del estado del embarazo y permite probar la buena fe de la demandada. En Audio causa rit T-83-2014

<sup>179</sup> El Magistrado fundó su decisión de esta forma en audiencia: "Recordemos que el artículo 492 del Código del Trabajo dispone la facultad del tribunal laboral de disponer la suspensión de los efectos del acto impugnado siempre que concurren los antecedentes que así lo ameriten. En el ejercicio de cualquier función cautelar, en cualquier sede, penal, civil, laboral, familia, siempre supone una definición antes de la última, una definición previa de parte del Órgano Jurisdiccional antes de la sentencia definitiva, una definición con los elementos que se cuentan en ese momento y que tiene un estándar distinto a la sentencia definitiva, y este caso es como todos esos, requiere una definición sobre ciertos elementos que también serán revisados eventualmente en una sentencia definitiva si es que se llega a ellos, y los antecedentes con que contamos hasta el momento dan lugar a que se acoja la petición. El acto que está impugnado es la separación de la denunciante con las evidentes consecuencias pecuniarias y de perjuicio al estado de protección a la maternidad que se dispone en la legislación. Lo que se busca cautelar y aminorar en cuanto a sus perjuicios es una de esas consecuencias que es el perjuicio económico por medio de la petición que se hace, que está claro que es una de las principales consecuencias de la decisión que ha adoptado la denunciada. Reitero que con los antecedentes con que se cuenta en este momento y en esta etapa del procedimiento hay suficiente fundamento para considerar que para el ejercicio de la potestad cautelar se cuenta con una base suficiente para acoger la petición. Brevemente exponemos que con lo que se cuenta es con una serie de contrataciones por un lapso de tiempo bastante prolongado superior a los dos años, que supera en la especificidad que quien habla considera racional y razonable en los términos de la ley 18883. Consideremos que el Código del Trabajo para los contratos a plazo establece un máximo de dos años. Para las obras o faena, recientemente nuestra Excelentísima Corte Suprema ha resuelto en un sentido similar, señalando que no pueden exceder los tiempos de la contratación a plazo, señalando que superados aquellos, y superados las obras, se transforman en indefinidos, es decir, ahí ya tenemos dos parámetros de que se puede entender como una contratación determinada, una contratación específica, y por lo mismo que se puede entender como una contratación que es para un fin general y que supera lo específico. En el caso que nos convoca hoy tenemos esta extensión temporal, sin solución de continuidad, sin expresión de un objetivo determinado que lleva a considerar que las alegaciones de la denunciante tienen suficiente pie como para permitir conforme a derecho acoger el ejercicio de la potestad cautelar. Por ello se acogerá la petición y se ordenará entonces el pago de remuneraciones a razón de 290.000 pesos mensuales por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2014, total 1.160.000 de pesos. En Audio causa rit T-83-2014

