



**UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE POSTGRADO  
PROYECTO DE AFET**

**Alcance del concepto de represalia a propósito de la llamada  
“garantía de indemnidad” en materia laboral**

Profesor: Claudio Palavecino Cáceres

Alumno: Guillermo Aguilera López

**Santiago, 16 de enero de 2017**



## **Resumen**

Este trabajo analizará uno de los bienes jurídicos protegidos por el procedimiento de Tutela Laboral, específicamente uno que no se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República de Chile, denominado “Garantía o Derecho de Indemnidad”; haciendo una descripción del mismo, sus elementos, analizando posteriormente cuál debe ser la denominación real dentro de nuestro país, todo esto a través del estudio de diversos autores. Dentro de esta Garantía de Indemnidad me referiré al concepto y alcance de la represalia que ejercerá el empleador, analizando jurisprudencia, tanto nacional, como española. Se plantearán diversas interrogantes que se encuentran señaladas en la introducción culminando con las conclusiones que he arribado después de analizar todos los puntos recién mencionados.

### **1.- Introducción**

Este trabajo analizará dentro de la denominada “Garantía de Indemnidad”, el concepto de represalia dentro del derecho del trabajo chileno.

Antes de analizar el concepto de represalia es necesario hacer una referencia al procedimiento de tutela laboral, y dentro de esta, la garantía

de indemnidad, un concepto relativamente nuevo, en contraste con otras legislaciones, y de esta forma clarificar el alcance del concepto de represalia.

Se planteará el siguiente problema general: Atendido que no existe criterio uniforme para aplicar la norma del artículo 485, inciso 3º, del Código del Trabajo, es necesario abordar una serie de interrogantes, entre estas:

- 1- ¿Dentro de la historia de la ley N° 20.087 existe un concepto de represalia?
- 2- ¿La norma contenida en el artículo 485, inciso 3º, del Código del Trabajo es un derecho o garantía?
- 3- ¿Existen posiciones encontradas en doctrina respecto de la represalia?
- 4- ¿Cuáles han sido las posturas de los tribunales de justicia en cuanto a su aplicación?
- 5- ¿Existe un límite temporal para constatar la causalidad entre la acción ejercida por el trabajador y la represalia por parte del empleador?

Luego de esta serie de interrogantes, debo analizar el objetivo general de este proyecto, que es determinar el alcance del concepto de represalia introducido por la ley 20.087, dentro de la denominada garantía de indemnidad. Asimismo, analizar las diversas posiciones doctrinales,

identificando los presupuestos necesarios para que se configure tal represalia.

En base a las interrogantes que confluyen junto al problema central que se intenta dar una respuesta en la presente investigación, surgen los objetivos específicos plasmados a continuación.

1. ¿Dentro de la historia de la ley N° 20.087 existe un concepto de represalia?

En este sentido se deberá determinar si dentro de la ley 20.087 los legisladores establecieron en forma clara el concepto de represalia y cuál sería el alcance de la norma plasmada en el artículo 485, inciso 3°, del Código del Trabajo.

2.- ¿La norma contenida en el artículo 485, inciso 3°, del Código del Trabajo es un derecho o garantía?

Es necesario determinar si la norma referida se refiere a un derecho o garantía, o si ambas son sinónimas, o requiere hacerse alguna diferenciación entre uno y otro concepto, y si esa eventual diferenciación tiene algún alcance respecto de la represalia.

3.- ¿Existen posiciones encontradas en doctrina respecto de la represalia?

Después de estudiar a varios autores, que se harán referencia en el trabajo, se deberá considerar si entre estos existe un criterio uniforme o diametralmente opuestos entre ellos, y en caso de existir criterios diversos, será necesario avocarse a un criterio en particular.

4.- ¿Cuáles han sido las posturas de los tribunales de justicia en cuanto a su aplicación?

Luego del análisis de jurisprudencia, tanto de los Juzgados de Letras del Trabajo y Tribunales Superiores de justicia, se determinará el alcance de los referidos fallos respecto de los elementos que debe contener la represalia ejercida por el empleador para que sea sancionado este por haber vulnerado la norma del artículo 485, inciso 3º, del Código del Trabajo.

5.- ¿Existe un límite temporal para constatar la causalidad entre la acción ejercida por el trabajador y la represalia por parte del empleador?

Por último, es importante determinar si existe un tiempo intermedio entre la acción del trabajador y la represalia ejercida por el empleador, especialmente se debe determinar si nuestra legislación exige algún límite, y en caso de que no se exija, cuál ha sido el tratamiento de la doctrina y los tribunales de justicia. Por ejemplo, ¿puede ser sancionado el empleador después de ejercer una represalia habiendo transcurrido un año?

Para responder a los objetivos e interrogantes se revisará la historia de la ley, se analizará desde el punto de vista del Derecho comparado, especialmente la doctrina española y el *common law* estadounidense. Asimismo, se expondrá el vínculo de causalidad existente entre el ejercicio

de una acción judicial, la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, la declaración de testigos y la represalia ejercida por el empleador.

Luego de analizada la jurisprudencia y dogmática respecto de la represalia ejercida por el empleador en contra del trabajador, se analizarán las distintas formas que podría adoptar este concepto.

Se justifica abordar este tema por el alto interés teórico, por el aumento creciente de la presentación de acciones de tutela en los tribunales de nuestro país, de acuerdo a las estadísticas del Poder Judicial, a modo ejemplar puedo referirme a las acciones de tutela presentadas en el primer semestre del año 2015 ante el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, la cual asciende a 463, mientras que en el primer semestre del año 2016 se presentaron 591. Además, la importancia de esto radica en que no existe un criterio uniforme para determinar el concepto de represalia, y la aplicación de la norma contenida en el artículo 485, inciso tercero, del Código del Trabajo.

Debo señalar que durante la realización de esta actividad formativa entró en vigencia una modificación al artículo 485 del Código del Trabajo, por lo que haré un análisis antes de la entrada en vigencia de la ley 20.974, y después de la entrada en vigencia, considerando que antes de dicha aplicación la jurisprudencia no era uniforme respecto de que las represalias pudiesen ser sujetos pasivos los testigos en un juicio laboral.

Este trabajo se divide en 5 capítulos, comenzando con la garantía de indemnidad dentro del procedimiento de tutela laboral; luego de la represalia dentro de la garantía de indemnidad, revisando el concepto, la historia de la ley, y legislación comparada respecto de esta materia; en tercer lugar, las motivaciones de las represalias, y respecto de la última motivación, culminaré haciendo un análisis de la historia de la ley 20.974, respecto de inclusión de testigos, como sujetos pasivos de esta acción; para finalizar con las conclusiones a esta actividad formativa.

El propósito de esta investigación consiste en que sea un aporte a la reflexión nacional sobre el tema, a fin de que sea posible utilizar un criterio uniforme y de esta manera exista una mayor certeza jurídica.

## **2.- La llamada garantía de Indemnidad**

### **2.1- El Procedimiento de Tutela Laboral**

La ley 20.087, del año 2006 estableció en Chile un nuevo procedimiento laboral, dejando atrás el antiguo sistema, con plazos mucho más acotados, nuevos principios, como el de Inmediación y oralidad, que hacen más cercana la justicia a los trabajadores, creando un procedimiento especial en caso de que los trabajadores consideren que

han sido vulnerados derechos fundamentales, denominado “Procedimiento de Tutela Laboral”.

Aún cuando no se establece una tramitación especial para este, toda vez que debe aplicarse el mismo procedimiento de aplicación general, si cuenta con algunas diferencias, que le dan mayor importancia que el procedimiento ordinario, entre estas: el procedimiento goza de preferencia respecto de las demás causas del tribunal ante el cual se tramita; en el caso de la primera resolución, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo “El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca que de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles...”; en cuanto al plazo para dictación de sentencia debe ser en la misma audiencia o hasta décimo día hábil, todo esto por la importancia de la efectiva protección de estos derechos.

## **2.2.- Bienes jurídicos protegidos**

Según lo establecido en la ley, se puede hacer la siguiente clasificación, de acuerdo a lo señalado por el profesor José Luis Ugarte:

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

- a) Derecho a la vida (artículo 19 número 1)
- b) Derecho a la integridad física y síquica (artículo 19 número 1)
- c) Derecho a la intimidad y respeto a la vida privada (artículo 19 número 4)
- d) Derecho al honor (artículo 19 número 4)
- e) Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 número 5)
- f) Derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (artículo 19 número 6)
- g) Libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (artículo 19 número 12, inciso primero)
- h) Libertad de trabajo y contratación laboral (artículo 19 número 16, incisos primero y cuarto)

Estos son los derechos que en la ley son reenviados para la determinación de su contenido directamente a la Constitución”<sup>1</sup>

Luego se encuentran dos derechos fundamentales de origen legal, en el propio artículo 485 del Código del Trabajo que no son reenviados a la Constitución Política, como son:

---

<sup>1</sup> UGARTE J. L., “Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador”, Legal Publishing, Santiago, 2009, 33-34 p.p.

- a) Derecho a la no discriminación
- b) Garantía o Derecho de Indemnidad.

### **2.3.- Definición de Garantía de Indemnidad**

Según la Real academia Española de la Lengua se define como indemnidad “estado o situación de indemne”, y a su vez indemne “libre o exento de daño”<sup>2</sup>, y esto interpretado desde el punto de vista de derecho laboral se refiere a la ausencia de represalias para el trabajador que pretende hacer valer un derecho, denunciando ante la Inspección del Trabajo, o derechamente a través de una acción judicial, y con la entrada en vigencia de la ley 20.974, esta garantía se amplía a los trabajadores que declaren en un juicio en contra del empleador.

El profesor español Martínez Fons ha señalado al respecto que “en concreto, en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la “imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial o administrativa tendiente al reconocimiento de unos derechos de los que

---

<sup>2</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de indemnidad [en línea] <http://dile.rae.es/?id=LMpoqPZ> [consulta: 22 de diciembre 2016]

el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por ser contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo”<sup>3</sup>

#### **2.4.- ¿Garantía o derecho?**

Antes de entrar a analizar el alcance la represalia debo referirme a si la denominada garantía de indemnidad es derechamente una garantía propiamente tal o un derecho, y si esta diferenciación tiene alguna importancia para el alcance de las represalias.

Eduardo Aldunate señala en su libro de Derechos Fundamentales que es un tanto difícil hacer una distinción entre garantía y derecho, sin especificar lo relativo a la Indemnidad en estudio, sin perjuicio de lo anterior, al referirse a una garantía expresa que esta “en su mayor parte tiene por objeto permitir al individuo un desarrollo en segura libertad”. “Sólo por vía de ejemplo se pueden citar el debido proceso, la presunción

---

<sup>3</sup> MARTINEZ D. Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Univesitat Pompeu Fabra. La interpretación extensiva del alcance de la Garantía de Indemnidad en las Relaciones Laborales. STC 16/2006, de 19 de enero de 2006. 3 p.

de inocencia, el principio de legalidad de la pena y la irretroactividad de la ley penal”<sup>4</sup>

Agrega que hay una relación entre lo principal y accesorio, señalando que se encuentra esta diferencia en la obra de Huneus expresando que “reconociendo que los derechos naturales del individuo existen con anterioridad a toda ley humana, (La Constitución) los asegura, los afianza en buenos términos, y así como fianza es una obligación accesoria que supone una principal, así las garantías que se creen a favor de un derecho presuponen la existencia de éste”<sup>5</sup>

“En España claramente se habla de garantía de indemnidad, ya que se trata, de una creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, que tiene su fundamento en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución Española”<sup>6</sup>

En Chile, esta garantía no tiene consagración constitucional, pero si legal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 485, inciso 3°, del Código del Trabajo, de esta manera protege derechos fundamentales que son de orden constitucional, y considerando que ha sido tratado este tema de manera similar entre España y Chile, y atendido que el trabajador está

---

<sup>4</sup> ALDUNATE E. “Derechos Fundamentales”; Legal Publishing, Santiago, 2008, 1ª edición, 79-80 p.p.

<sup>5</sup> IBID. 82 p.

<sup>6</sup> CASTRO. Op cit. 11 p.

ejerciendo sus derechos, en el sentido de que no ser víctima de represalias por parte del empleador, es que debe corresponder al concepto de garantía.

En los distintos fallos de los tribunales ordinarios de justicia, no existe un solo criterio para denominar como garantía o indemnidad. La mayoría de los fallos se refiere a “garantía de indemnidad”, como lo es en el caso de la causa RIT: T-616-2015, seguido ante el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; sin embargo, en otros casos se utiliza indistintamente una u otra, como sucede en la causa RIT: T-51-2015, del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, que se refiere al “derecho de indemnidad” en su considerando sexto, y luego en la parte resolutive se refiere a este como “garantía”.

Esta diferencia la expresa Luigi Ferrajoli, quien “realiza una distinción entre derecho y garantía, señalando que corresponde llamar garantía a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por “derecho subjetivo” toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones). Acto seguido, hace la diferencia entre garantías positivas y garantías negativas, las “garantías positivas” consistirían en la obligación de la comisión, en tanto que las “garantías negativas” en la obligación de la omisión (es decir, en la prohibición) del comportamiento que es contenido de la expectativa o derecho. Finalmente, Ferrajoli realiza una segunda

distinción en materia de garantías, llamando “garantías primarias o substanciales” a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, por un lado, y, por otro, denominando “garantías secundarias o jurisdiccionales” a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten actos ilícitos o actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias”<sup>7</sup>

Esto se acercaría más a lo que sucede en Chile, por cuanto sería un derecho de “carácter negativo”, toda vez que el trabajador no debe ser objeto de represalias por parte del empleador por la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, o por acciones judiciales entabladas en contra del empleador, o por su declaración como testigo en un juicio.

Si hacemos una analogía con las obligaciones del Derecho Civil, podemos decir que la mayor parte de las obligaciones del empleador corresponden a obligaciones de dar, como sería el pago de una remuneración; por otra parte, obligaciones de hacer, como sería escriturar el contrato de trabajo, dentro de los plazos que establece la ley; y en este

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI L., “Democracia y Garantismo”; en “La garantía o derecho de Indemnidad Laboral en el sistema jurídico chileno”, en Revista Eletrônica do Curso de Direito das Facultades OPET, Curitiba PR. Brasil, año IV, n° 9, enero/junio 2013. 13 p.

caso constituiría una obligación de no hacer, como sería no ejercer represalias en contra del trabajador.

De esta manera, José Francisco Castro da un concepto para esta garantía de Indemnidad, como “aquel derecho que tienen los trabajadores a no ser objeto de represalias por parte de su empleador, en razón o como consecuencia del ejercicio de acciones judiciales o de la labor fiscalizadora de la autoridad administrativa local”<sup>8</sup>. Luego, de la entrada en vigencia de la ley 20.974, a este concepto debería agregarse la frase “o su declaración como testigo en un juicio en contra del empleador”.

Como ya he señalado esta correspondería a una garantía, por lo reseñado anteriormente, ya que protege un derecho fundamental, como es el derecho a accionar ante los tribunales de justicia y el derecho a requerir la tutela administrativa. Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que se denomine “garantía” no pretende que exista una mayor protección por parte del legislador, si no, que se refiere a que se garantiza el derecho de los trabajadores a no ser objeto de represalias por parte del empleador.

## **2.5.- Elementos de la garantía de indemnidad**

---

<sup>8</sup> CASTRO. Op cit. 14 p.

De acuerdo al propio tenor del artículo 485, inciso 3º del Código del Trabajo, podemos señalar que los elementos de esta garantía de indemnidad son los siguientes:

- 1.- El ejercicio de una acción judicial; la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo; y posterior a la entrada en vigencia de la ley 20.974, la declaración como testigo en un juicio contra el propio empleador.
- 2.- Represalia por parte del empleador
- 3.- Vínculo de causalidad entre ambas.

Posteriormente me referiré a cada uno de estos puntos, específicamente en el apartado de los motivaciones de represalias, y la relación de causalidad entre la represalia y las acciones del trabajador, para comenzar ahora con el concepto de represalia y sus alcances.

### **3.- Represalia del empleador**

#### **3.1.- Definición**

Según el Diccionario de la Real Academia Española, represalia significa en su primera acepción “respuesta de castigo o venganza por alguna agresión y ofensa”<sup>9</sup>; es decir que desde el punto de vista laboral

---

<sup>9</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de represalia. [en línea] <http://dle.rae.es/?id=W4KEFwu> [consulta: 04 de enero 2017]

chileno no es adecuada la palabra para conceptualizar este punto; de hecho, como señalaré más adelante en la discusión parlamentaria la senadora Matthei mostró su desaprobación en utilizar dicha expresión.

Desde el punto de vista gramatical deberíamos entender que la represalia significa una respuesta a una ofensa del trabajador en contra de su empleador, y por ello es criticado por el autor Gonzalo Martínez que señala que “aunque el concepto de represalia es utilizado indiscriminadamente, su significado no debe ser subsumido en las situaciones fácticas que la garantía de indemnidad busca proteger”<sup>10</sup>. De esta manera, como ya señalé, el concepto de represalia no se encuentra bien tratado en nuestra legislación, por cuanto “esta respuesta del empleador a una agresión o ofensa por parte del trabajador, constituye en sí una doble injusticia que la palabra represalia no representa en su significado: por un lado, el empleador ilegítima e irrevocablemente provoca daño al trabajador, por el solo hecho de haber ejercido legítimamente un derecho, producto de una aspiración de justicia; y por otro lado, el empleador ejerce en este caso sus potestades sin causa o razón, siendo la represalia ejercida únicamente por razonamientos de carácter subjetivo, emocionales o de venganza. En este sentido, todos los actos de

---

<sup>10</sup> MARTINEZ G., “La garantía de indemnidad en Chile: Análisis normativo y comparativo desde el derecho comparado y common law”, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 19, Nº 2, 2012, p. 338

represalia ejecutados por parte del empleador carecen de causa válida, ya que son retributivos de una agresión inexistente”<sup>11</sup>.

“Existe una multiplicidad de formas que puede revestir la conducta de represalia del empleador, y ello tiene su origen precisamente en el carácter igualmente amplio y variado de las facultades integrantes de los poderes directivos y disciplinarios con que cuenta el propio empleador”<sup>12</sup>.

La represalia no sólo se limita al despido, que es la más común de las represalias si no que puede deberse una serie de represalias de carácter económico o disciplinarios, como sería en este último caso, un traslado de lugar de trabajo, aunque podría ser esto mismo considerado como un acoso laboral (mobbing), por lo que gran parte de los autores se refiere al despido como represalia directa del empleador, más común, y la más drástica, produciendo un mayor perjuicio al trabajador, y porque el mismo artículo 489 del Código del Trabajo, permite que se pueda accionar también por el despido injustificado, pero en este caso sólo corresponde que lo haga sólo el trabajador.

Como acabo de señalar, a pesar de no ser la única represalia, el despido sería la represalia mayormente utilizada, existiendo “una conexión directa entre la tutela y el despido injustificado, de modo que podríamos decir que si el tribunal acoge la primera, no sólo se estaría reconociendo la

---

<sup>11</sup> MARTINEZ G. Ibidem.

<sup>12</sup> CASTRO. J. Op. Cit. p. 16-17

vulneración de un derecho fundamental, sino que al mismo tiempo la injustificación de dicho cese contractual”<sup>13</sup>.

No se requiere de un análisis para determinar si es de mayor magnitud o de menor magnitud la represalia, pues si se ejerció esta represalia se ha vulnerado la garantía de indemnidad, y de esta manera el juez debe condenar a este empleador con las sanciones que el propio legislador establece.

### **3.2.- Historia de la Ley 20.087**

Para determinar si dentro de nuestra legislación se encuentra establecido el concepto de represalia o como se encuentra abordado es menester estudiar la historia de la ley, y para ello debo señalar que en el Mensaje del S.E. Presidente de la República, de fecha 22 de septiembre del año 2003 se establece la necesidad de modificar las relaciones laborales, requiriendo la introducción de “profundas transformaciones en el sistema de la justicia laboral y previsional, con miras a implementar en Chile un modelo de relaciones laborales que dé cuenta de un mayor nivel

---

<sup>13</sup> SIERRA A., Acción de Tutela Laboral y despido injustificado indirecto. Comentario de la sentencia Gómez Cattini con Camilo Ferrón Chile S.A. Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, 3 de diciembre de 2009, RIT: T-11-2009”, Revista de Derecho. Universidad Católica, en Supremacía constitucional y tutela laboral, revista de derecho, vol. XXIV, Nº 1, julio de 2011, Luis Alejandro Silva Irarrazaval p.43

de equidad y equilibrio, asegurando niveles adecuados de bienestar social y económico”<sup>14</sup>.

Dentro de los objetivos del proyecto se plantean diversos puntos, y dentro de estos, el número 8 referido a los derechos fundamentales, y este corresponde a “Diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales”<sup>15</sup>, sin plantear nada en particular respecto de la garantía de indemnidad establecida en el artículo 485, inciso 3°, del Código del Trabajo.

En el Mensaje se establece un párrafo sexto denominado “Del procedimiento de tutela de derechos fundamentales”, artículo 502 a 511; sin perjuicio de lo anterior, dentro de este articulado no se hace mención alguna a las represalias que pudiere ejercer el empleador en contra del trabajador; sólo se hace mención a las represalias en el número 9 del artículo 1 del Proyecto de ley, el que agrega un inciso final al artículo 476 del procedimiento en los casos de denuncias por infracciones legales, estableciendo que “Constituyen actos de discriminación las amenazas o represalias ejercidas por el empleador en contra de trabajadores en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo

---

<sup>14</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Mensaje, de fecha 22 de septiembre de 2003. [en línea] <http://bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5683/> [consulta: 22 de noviembre 2016]

<sup>15</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

o por el ejercicio de acciones judiciales, cualquiera sea la naturaleza de éstas”.<sup>16</sup>

A pesar de que se hace referencia a la represalia, no dice relación con la garantía de indemnidad, ni tampoco se establece el concepto de la misma.

El primer Informe de Comisión de Trabajo, de 07 de septiembre de 2004, respecto del procedimiento de tutela laboral, fue aprobado con 5 votos a favor y 2 en contra, estos dos últimos votos en contra correspondieron a los diputados Nicolás Monckeberg y Felipe Salaberry, quienes solicitaron la eliminación del párrafo en su totalidad, manifestando sus reparos respecto de la propuesta. Terminada la discusión en particular, no hubo moción alguna de integrar dentro de este párrafo la denominada garantía de indemnidad.

En el Informe de Comisión de Constitución, de 03 de marzo de 2005, se plantearon una serie de indicaciones respecto del párrafo 6º, toda vez que algunos diputados expresaron que es “impropio considerar que se vulneren derechos fundamentales de los trabajadores cuando el empleador hace uso de las facultades que la ley le otorga para realizar su actividad empresarial. Por ello, se propuso precisar que cuando en el ejercicio “abusivo” o “malicioso” de tales facultades empresariales se

---

<sup>16</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

vulneren derechos fundamentales, será pertinente ejercer las acciones contempladas para este procedimiento”<sup>17</sup>.

Otros diputados, en cambio, no fueron partidarios de incorporar términos que conlleven cierta subjetividad al momento de analizar las situaciones que se puedan presentar, sin embargo, no desconocieron la factibilidad de que existan abusos de ambas partes en la relación laboral, para lo cual estimaron necesario precisar cuándo se deben entender vulnerados los derechos fundamentales, lo que se reflejó en una serie de indicaciones, de las cuales ninguna hace mención a la garantía de indemnidad, ni menos a las represalias que pudiere ejercer el empleador. Sólo se indica que el procedimiento tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores, pero sólo respecto del artículo 19 números 4º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a la libre elección, a la no discriminación, y a lo establecido en el inciso cuarto, en el ámbito de las relaciones laborales, cuando aquellos resulten lesionados por el ejercicio malicioso de las facultades del empleador en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5º de este Código.

En la Discusión de sala fecha 16 de marzo de 2005 nuevamente se consignan los principios formativos del procedimiento, refiriéndose cada

---

<sup>17</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Primer Informe de Comisión de Trabajo. Cámara de Diputados. Informe de comisión de trabajo en Sesión 47. Legislatura, de fecha 07 de septiembre de 2004. [en línea] <http://bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5683/> [consulta: 22 de noviembre 2016]

uno de los diputados la necesidad de que el procedimiento sea más eficiente y rápido.

Se expone que se propusieron 52 indicaciones, sin embargo, en esta discusión nuevamente no se hace referencia a la denominada garantía de indemnidad; sólo se hace una pequeña referencia, por la exposición del diputado Señor Uriarte, que expresa que “no hay manera de hacerse cargo de un paquete tan grande de derechos fundamentales sin precisar siquiera cuáles serán aquellos a los que el empleador sí tendrá que responder y cuáles no”<sup>18</sup>. De esta manera, recién en ese momento se comienza a discutir acerca de la inclusión de los derechos fundamentales para ser tutelados, solicitando que se haga un listado de cuáles serían estos derechos, que dicen relación con las garantías constitucionales del artículo 19; es decir que hasta ese momento ni siquiera es tema de debate la garantía de indemnidad, ni menos el alcance de la represalia ejercida por el empleador.

En el Segundo Informe de Comisión de Trabajo de la Cámara de diputados, de 10 de mayo de 2005, resultó ser aprobado el párrafo 6° respecto del procedimiento de Tutela Laboral, refiriéndose al ámbito de

---

<sup>18</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Discusión en sala. Cámara de Diputados. Diario de sesión en Sesión 51. Legislatura 352, de fecha 16 de marzo de 2005. [en línea] <http://bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/> [consulta: 22 de noviembre 2016]

aplicación de la tutela en el artículo 502 del Código del Trabajo, sin hacer mención nuevamente al tema que tratamos en el presente.

En la discusión en sala, de 11 de mayo 2005 tampoco existe una referencia a este punto, y sólo se hace mención por el Señor Ljubetic, quien era el Ministro de Trabajo y Previsión social de esa época, y a pesar de que aún no es tema de discusión, sólo en ese momento se comienza a entender que este procedimiento debiese ser más amplio que lo expuesto en el mensaje, y lo trata de la siguiente manera: “También la incorporación de un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Éste es un tema emergente. Todos los días asistimos a situaciones de violaciones de privacidad, de intimidad, a una vulneración de derechos de los trabajadores en su calidad de personas y ciudadanos. Hoy vamos a disponer en la medida en que eso está incorporado en el proyecto de un procedimiento que va a atender esa materia tan propia de la dignidad de los trabajadores de una forma expedita y eficaz”<sup>19</sup>.

Y a pesar de que no se hace referencia a la garantía de indemnidad, el párrafo es aprobado por 72 votos.

En el primer Informe de Comisión de Trabajo del Senado, de fecha 18 de julio 2005 se hace mención como objetivo del proyecto “modernizar

---

<sup>19</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Discusión en sala. Cámara de Diputados. Diario de sesión en Sesión 75. Legislatura 352, de fecha 11 de mayo de 2005. [en línea] <http://bcn.cl/historiadelaLEY/nc/historia-de-la-ley/5683/> [consulta: 22 de noviembre 2016]

la justicia laboral y previsional, dotándola de un procedimiento sustentado en los principios de contradicción, celeridad, oralidad, intermediación, concentración, impulso procesal de oficio, publicidad, buena fe y gratuidad. Lo anterior, para contar con una justicia eficaz y oportuna”.<sup>20</sup>

Luego, en la Discusión en sala, de fecha 03 de agosto de 2005 se centró en la lentitud de la tramitación de causas laborales, y la situación de los microempresarias.

Respecto del Boletín de indicaciones, de fecha 07 de septiembre de 2005, respecto al párrafo 6°, el senador Prokurica, senador Horvath y senador Romero eran de la idea de eliminar el mismo, sin embargo, por otra parte el senador Boeninger indicó que el párrafo 6° si debía ser incluido, y además, debía ser objeto de una modificación, modificando el inciso segundo del artículo 502 del proyecto, en virtud del cual “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refiere el inciso anterior resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas en forma arbitraria o sin respeto a su contenido esencial, en igual sentido se entenderán las represalias ejercidas por el empleador en contra de trabajadores en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la

---

<sup>20</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Segundo trámite constitucional. Senado. Primer Informe de Comisión de Trabajo, en Sesión 18. Legislatura 353, de fecha 18 de julio de 2005. [en línea] <http://bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/> [consulta: 22 de noviembre 2016]

Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales, cualquiera sea la naturaleza de éstas”<sup>21</sup>. Sólo en esta instancia un legislador expresó la idea de la represalia dentro de la garantía de indemnidad.

Siendo modificado el número del artículo en el segundo informe de la Comisión de Trabajo, de fecha 17 de octubre de 2005, por el cual se cambió el número del artículo del 502 a 483, y por otra parte se rechazó la indicación de los senadores que estaban por suprimir el párrafo 6°.

En la Discusión en sala, de fecha 19 de octubre de 2005 se aprobó en particular con modificaciones el proyecto de ley.

Se discutió el tenor de la oración final “En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”<sup>22</sup>. Siendo aprobada en definitiva, con una abstención.

Se entendió que el sentido de dicha oración debía ser interpretado por el juez que conociera la causa. De esta manera la señora Matthei le llama la atención la frase propuesta, que expresa "En igual sentido se

---

<sup>21</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Segundo Trámite Constitucional. Indicaciones del Ejecutivo y de Parlamentarios, de fecha 07 de septiembre de 2005. [en línea] <http://bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/> [consulta: 22 de noviembre 2016]

<sup>22</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Segundo Trámite Constitucional. Discusión en Sala. Diario de sesión en Sesión 43. Legislatura 353, de fecha 19 de octubre de 2005. [en línea] <http://bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/> [consulta: 22 de noviembre 2016]

entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores". ¿Qué son represalias? Malos tratos, imagino. ¿Qué es una represalia? ¿Mirar feo? ¿Subir el tono? ¿Exigir más pega? ¿Qué es? ¿Y cómo se decide que la represalia es consecuencia de la labor fiscalizadora? Podría ser porque no se hizo bien la pega o por otras razones"<sup>23</sup>

A este respecto el ministro del Trabajo, señor Ljubetic expone que dicha frase "responde a que se compartió el diagnóstico hecho en el sentido de que ésta es una situación recurrente en el mundo del trabajo y que genera una inhibición importante en cuanto a la utilización de los mecanismos institucionales previstos para la solución de los problemas laborales, sea por la vía administrativa -es decir, denuncia para los efectos de la fiscalización que debe realizar la Inspección del Trabajo-, sea (como vemos aquí) por el adecuado ejercicio de las acciones judiciales".<sup>24</sup>

Al momento que debe determinarse qué corresponde a represalias, sólo se entrega la responsabilidad al juez "Ahora, ¿qué son represalias?, ¿cuándo se producen?, ¿cuándo responden a la situación expuesta? Lo determina el juez, a través del procedimiento establecido en este mismo proyecto. No es ni el trabajador, ni la organización sindical, ni la

---

<sup>23</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Segundo Trámite Constitucional. Discusión en Sala. Diario de sesión en Sesión 43. Legislatura 353, de fecha 19 de octubre de 2005. [en línea] <http://bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/> [consulta: 22 de noviembre 2016]

<sup>24</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

Inspección del Trabajo. Es el juez quien resuelve si se da la tipificación que consigna la norma en debate”<sup>25</sup>.

La Senadora Matthei dentro del debate expresa que “me parece bien el concepto, pero creo que es extraordinariamente amplio. No se entiende qué son represalias. Además, ellas no deberían existir, porque los reclamos tienen que ser anónimos. Por otro lado, si un empleador exige algo al trabajador y éste lo toma como represalia, ello puede deberse a distintas causas. Al que no está ahí no le es factible calificar”<sup>26</sup>

Luego el senador Bombal, expresa en la discusión que el concepto de "represalia" no queda bien definido, concordando con la Senadora señora Matthei en que el fondo, lo que se persigue, es claro, sin lugar a dudas. Pero el concepto de "represalia" de alguna forma queda en blanco”, agregando que “es muy delicado un concepto tan abierto, sobre todo porque se viene precisando tan bien el proceso: juicio oral, etcétera. Entonces, dejar estas ideas en blanco podría ser el día de mañana atentatorio contra el trabajador”.<sup>27</sup>

Se aprueba la oración final sugerida por la Comisión de Trabajo para el inciso tercero del artículo 483, nuevo, y el proyecto queda despachado en este trámite, y a pesar de las aprehensiones de los senadores, respecto a qué debía entenderse por represalia, nada se señala al

---

<sup>25</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

<sup>26</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

<sup>27</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

respecto, ni tampoco es definido dentro del mismo proyecto, a pesar de que la crítica es a la amplitud del concepto, y a pesar de que en la misma discusión de la ley se pudo advertir que no quedaba clara la expresión y qué debía entenderse por tal, y ni siquiera el Ministro del Trabajo de la época dio respuesta a ello, a pesar de ser una ley iniciada a través del Ejecutivo.

De esta manera se publica la ley 20.087, cuya fecha de promulgación corresponde al día 15 de diciembre de 2015, y la de su publicación al día 03 de enero de 2006. Respecto del inciso 3° artículo 485 queda de esta manera “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”<sup>28</sup>.

En resumen, en el mensaje del ejecutivo nada dice relación con las represalias ejercidas por el empleador, y sólo se mencionan a las represalias como una conducta en los casos por denuncias infraccionales. Recién en segundo trámite constitucional en el Senado, a través de una

---

<sup>28</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

indicación del senador Boeninger, es que es aprobada con algunas modificaciones, y a pesar de que otros senadores pretendían que todo el párrafo fuese suprimido, de todas maneras fue incorporada la denominada garantía de indemnidad dentro del Párrafo 6°.

Sin embargo, a pesar de que se ingresó como una indicación, nada se señaló respecto del alcance de tal concepto, ni cuáles serían los límites y al explicar esto el Ministro del Trabajo de la época, sólo se limitaba a señalar que esto debía deberse a la interpretación que haría el juez en cada caso en particular, por lo que fue criticado por dos senadores, particularmente senadora Matthei que respecto esta materia se refería a qué debía entenderse por “represalia”, y un punto no menos importante dentro de esta discusión correspondió a la misma senadora, quien se preguntaba que significaría si la denuncia fuese anónima, de qué manera podría determinarse que existiría una represalia por tal denuncia, si el empleador no debiera saber quién hizo la denuncia?; el segundo senador que critica el concepto es el Senador Bombal quien añade que siempre es necesario conceptualizar cada concepto, por cuanto podría transformarse en una interpretación arbitraria.

Sin embargo, y a pesar de dichas aprehensiones, culminó la discusión y nada se complementó respecto qué debía entenderse por represalia, y de qué manera se configuraba, lo que ha implicado que hoy día no exista por parte de los jueces un criterio uniforme, ni tampoco existe

algún doctrinario que se refiera a este tema, y de ahí la importancia de abordar este tema, por cuanto me planteo las mismas inquietudes que no fueron atendidas en la historia de la ley 20.087.

### **3.3.- Legislación comparada**

#### **3.3.1.- Alcance de la represalia dentro de la legislación española dentro de la denominada garantía de indemnidad**

Atendido que nuestra legislación se basa en la legislación española, y en virtud de que de acuerdo a la historia de la ley, no existe un concepto respecto de la represalia, es necesario referirme al caso de lo que se acontece en España.

El fundamento de la garantía de indemnidad radica en normas internacionales que condenan el despido por represalias, surgiendo específicamente del convenio número 158 de la Organización del Trabajo, sobre terminación de la relación del Trabajo, del año 1982, el que se encuentra ratificado por España (no por Chile) fundado en el artículo 5, letra c) de dicho convenio, el cual expresamente señala:

“Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes”<sup>29</sup>

Sin perjuicio de lo anterior esta regla fue plasmada en un primer momento en la recomendación número 119, del año 1963 el cual señala que:

“Entre las razones que no deberían constituir una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran las siguientes:

c) presentar de buena fe una queja o participar en procedimientos entablados contra un empleador por razón de violaciones alegadas de la legislación”<sup>30</sup>

De esta manera es que fue posible regular en España esta materia, fundándose en primer lugar en normas internacionales, luego mediante una creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional del año 1993, siendo de esta manera posible sancionar las represalias ejercidas en contra del trabajador, para posteriormente, específicamente en el año 2003, a través de una modificación del Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.), mediante la ley 62/2003, del 30 de diciembre de 2003, se

---

<sup>29</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C158-CONVENIO SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO, 1982 [en línea] [http://ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C158](http://ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158) [consulta: 22 de diciembre 2016]

<sup>30</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. R119-RECOMENDACIÓN SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO, 1963 [en línea] [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R119](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R119) [consulta: 22 de diciembre 2016]

estableció legalmente la prohibición de ejercer represalias en contra del trabajador.

A diferencia de la norma chilena, en España los despidos por represalias exigen la declaración de nulidad del despido, lo que permite una mayor protección al trabajador afectado.

A pesar de que el Estatuto de los Trabajadores “no incorporó una causa específica de ilicitud del despido por represalia. Aún así, el artículo 17.1 E.T. declaraba nulas y sin efecto las decisiones empresariales discriminatorias o contrarias a ciertos derechos fundamentales, lo que permitía la declaración de nulidad radical del despido, más allá del alcance limitado del despido nulo por razones de forma, que contemplaba el artículo 55.2 ET”<sup>31</sup>

Esta norma expresaba que “serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”<sup>32</sup>. Posteriormente este apartado fue modificado por la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007, de la disposición adicional 11.2 incluyendo en ésta la acción administrativa, lo que significa que

---

<sup>31</sup> GIL Y GIL J. 2005. Despido por represalia y garantía de indemnidad del trabajador, Revista Capital Humano 189: 120.

<sup>32</sup> ESPAÑA. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. 1995. Real Decreto Legislativo 1/1995. 24 de marzo de 1995. Ley del Estatuto de los Trabajadores. 22p.

desde ese momento abarca la indemnidad de trabajador la denuncia o solicitud de fiscalización ante la Inspección del Trabajo. A diferencia de España, en Chile se encuentra incorporado desde su creación la denuncia realizada ante la Inspección del Trabajo.

Los tribunales de justicia de España fundaron la “ilicitud del despido por represalia en la existencia de un fraude a la ley”<sup>33</sup>. En Chile, antes de la modificación por la ley 20.087 los tribunales de justicia no consideraban esta ilicitud del despido, y no se encontraba sancionado con una indemnización superior, sino que sólo en caso que la causal de despido se declarase injustificada, debían aplicarse los respectivos incrementos establecidos en el artículo 168 del Código del Trabajo, dependiendo de la causal invocada al momento de la desvinculación, pero no se practicaba un estudio respecto de alguna represalia que podría haber ejercido el empleador, y por lo demás sólo debía aplicarse este incremento respecto de trabajadores que presten servicios por un año de servicios o más.

Sin perjuicio de fundamentar la ilicitud en el fraude a la ley, antes de la modificación del año 2003, no se permitía la “readmisión obligatoria en el puesto de trabajo”<sup>34</sup>, y para cumplir aquello el Tribunal Constitucional debió fundamentar la nulidad del despido vinculado con la defensa de los derechos fundamentales; estableciendo en sus sentencias que “el despido

---

<sup>33</sup> GIL Y GIL J. *Ibíd.* 120 p.

<sup>34</sup> GIL Y GIL J. *Ibíd.* 121 p.

por represalia vulnera el derecho a al tutela judicial efectiva (artículo 24.1 C.E.) y merece la calificación de nulo, lo que implica la readmisión obligatoria del trabajador”<sup>35</sup>

“La garantía de indemnidad constituye, pues, para el tribunal Constitucional, una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva. Es nulo, por contrario al artículo 24.1 CE”<sup>36</sup>

Como ya señalé anteriormente la garantía de indemnidad correspondió a una creación jurisprudencial del año 1993, en virtud de la sentencia 14/1993, de fecha 18 de enero de 1993, dictada por Primera Sala del Tribunal Constitucional, en virtud del recurso de amparo, número 1.315/89, interpuesto por doña Julia Fernández García.

La trabajadora presenta demanda de amparo constitucional dirigida frente a la sentencia de fecha 16 de mayo de 1989 de la Sala Segunda del Tribunal Central del Trabajo. Funda este recurso declarando que prestaba servicios por cuenta del Ministerio de Educación y Ciencia como redactora en la revista “Comunidad Escolar”. Con fecha 05 de abril de 1988 formula reclamación administrativa, a fin de que se le reconociese la calidad de trabajadora dependiente en carácter de indefinido, que fue denegada por la Dirección General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia el 22 de abril de 1988. “Dos días antes (20 de

---

<sup>35</sup> GIL Y GIL J. *Ibíd.* 121 p.

<sup>36</sup> GIL Y GIL J. *Ibíd.* 121 p.

abril) la recurrente recibió comunicación escrita del Director de la revista en la que, haciendo referencia a los reiterados escritos dirigidos por ella, aludiendo al carácter laboral de su relación contractual, se le notificaba la improcedencia de su pretensión y que tal actitud transgredía la buena fe contractual así como que, a partir de esa fecha se abstuviera de enviar trabajos originales y, en consecuencia, de comparecer en los locales de la publicación<sup>37</sup>.

De esta manera recurre al tribunal solicitando la declaración de nulidad radical del despido. La magistratura declara el carácter de laboral de la relación entre las partes, acogiendo la demanda, y asimismo, declarando el despido radicalmente nulo. La demandada interpone recurso de suplicación, ante el Tribunal Central del Trabajo, el cual confirma el carácter laboral de la relación contractual, pero en lugar de declararlo nulo, sólo lo declara improcedente, lo que implicaba la no reincorporación. Por lo anterior es que la demandante de amparo fundamenta su recurso en la vulneración al artículo 24 de la Constitución, en cuanto que, según afirma, "en juicio quedó acreditado que la actora interpuso una reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral y que con directa relación de causalidad fue cesada por ello, ya que expresa -y torpemente también- se reconoce en la comunicación que el único motivo del cese es su recurso a los Tribunales

---

<sup>37</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 14/1993, de fecha 18 de enero de 1993, [en línea] <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2143> [consulta: 22 de diciembre 2016]

y la formulación de determinada reivindicación laboral de una calidad que no se le reconoce"<sup>38</sup> En síntesis de los argumentos planteados por la recurrente "imputa al Tribunal Central de Trabajo no haber amparado su derecho a la tutela judicial por no haber considerado nulo radical el despido decidido como represalia por haber interpuesto la reclamación administrativa previa a la vía judicial."<sup>39</sup>

El Tribunal Constitucional Español declara que el art. 24.1 C.E. reconoce el derecho de los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en Derecho, esto es, a "una prestación que corresponde (proporcionar) al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo" (SSTC 165/1988 y 151/1990). Pero dicho derecho no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad. Esto significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de

---

<sup>38</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Ibíd.* s p.

<sup>39</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Ibíd.* s p.

represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos”<sup>40</sup>

Fundamenta el fallo de acuerdo a lo ordenado en el Convenio número 158 de la OIT y expresa que en la comunicación del despido se desprende “inequívocamente la existencia de una relación correspondencia entre el motivo alegado “la transgresión contractual” y el hecho de haber reclamado la actora el carácter indefinido de su relación laboral. El único motivo que induce a la empresa a la rescisión del contrato es la “insistente actitud” de la trabajadora puesta de relieve a través de los diversos escritos (el último formulado como vía previa a la judicial) remitidos al Ministerio de Educación y Ciencia en demanda de reconocimiento de su condición de asalariada.

Razona en su sentencia de la siguiente manera: “Es evidente el error del Tribunal Central de Trabajo al enjuiciar y valorar de ese modo el hecho probado, pues, por encima de la apreciación subjetiva que para el empresario haya merecido el hecho imputado a la trabajadora, lo que está en el origen de la motivación del despido es el ejercicio por el demandante de su legítimo derecho al ejercicio de reclamaciones y acciones judiciales.”<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Ibíd.* s p.

<sup>41</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Ibíd.* s p.

Debe entenderse por tanto que el único motivo del despido, ha sido una reacción del empresario frente al ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial que consagra el art. 24 C.E. y que como básico proclama también el art. 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores.

De esta manera declara nula la sentencia de la segunda Sala del Tribunal Central de Trabajo de fecha 16 de mayo de 1989, por el cual sólo declaraba improcedente el despido, le reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, restablecer a la demandante en la integridad su derecho, declarando firme la primera sentencia dictada por la Magistratura del Trabajo, de fecha 03 de octubre de 1988.

Se desprende de la sentencia que hice mención que la “vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por las irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen una privación de las garantías procesales. También puede lesionarse cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario”<sup>42</sup>.

Lo importante en esta sentencia que se reconoce la imposibilidad del empleador de ejercer represalias, y en caso que ello acontezca, se condena al reintegro del trabajador. Y asimismo, importa dentro de esta sentencia un concepto que es más conveniente utilizar que represalia,

---

<sup>42</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Ibíd.* s p.

toda vez que expresa que “no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”<sup>43</sup> Consecuencias sería un mejor concepto que el adoptado por nuestra legislación.

La doctrina española asimismo se refiere a la garantía de indemnidad de la misma manera que fue adoptada por nuestra legislación, con consecuencias distintas, pero en esencia ambas se reprocha un actitud del empleador, que debido a acciones judiciales o administrativas, planteadas por el trabajador, adopta represalias en su contra.

Incluso en la jurisprudencia Española STC 55/2004, de 19 de abril, declaró nulo el despido disciplinario a causa de las cartas dirigidas por el abogado de un trabajador a su empresa con reclamaciones sobre una patente de invención.

Por último, “pese a que no ha cambiado la redacción del artículo 55.5 del Estatuto de los trabajadores, el juez habrá de calificar como nulo el despido por represalia en tales casos: la decisión del empresario supone una discriminación y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>44</sup>.

De esta manera más bien la represalia, de acuerdo a la propia sentencia recién analizada, correspondería más bien a “consecuencias perjudiciales”.

---

<sup>43</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Ibíd.* s p.

<sup>44</sup> GIL Y GIL J. *Ibíd.* 121 p.

### 3.3.1.- Alcance de la represalia dentro de la legislación norteamericana dentro de la denominada garantía de indemnidad

“En el Código del Trabajo chileno, el legislador utiliza la palabra represalia al configurar legalmente la garantía de Indemnidad y en este mismo sentido se utiliza la palabra *retaliation* y *antiretaliation* en el *common law*”<sup>45</sup>.

En el ordenamiento jurídico estadounidense el derecho a no ser objeto de represalias tiene su fundamento normativo en el derecho de toda persona a no ser objeto de discriminación en el ámbito laboral, es decir, la igualdad ante la ley.

“El derecho a no ser objeto de represalias en el *common law* se fundamenta en la ley de derechos civiles de 1964, *The Civil Rights Act of 1964 and the Equal Employment Opportunity Commission*”<sup>46</sup>. En esta ley se prohíbe actos de discriminación laboral basada en la raza, color, religión, origen, entre otras. Es así, como en el título VII de dicha ley, señala la represalia como un acto de discriminación, y de esta manera cualquier trabajador que se encuentre en la situación descrita en la norma, es titular de la acción antirepresalia.

---

<sup>45</sup> MARTINEZ G. Op. Cit. p 338.

<sup>46</sup> MARTINEZ G. Op. Cit. p 341.

La jurisprudencia estadounidense ha ido más allá de nuestra jurisprudencia nacional respecto de las represalias ejercidas por el empleador, así da cuenta del caso *Crawford v. Metropolitan Government of Nashville and Davidson City*, en virtud del cual la trabajadora declara en una investigación interna, en contra de un alto funcionario de la empresa por conductas de acoso sexual, y luego es desvinculada. De esta manera la trabajadora demanda a la empresa por el despido, considerando que corresponde a una represalia ejercida por el empleador por la declaración en la investigación interna. A pesar de que su demanda fue rechazada en primera instancia, “arguyendo que ella no estaba protegida por la norma antirrepresalia”<sup>47</sup> y asimismo su recurso ante la Corte de Apelaciones, posteriormente la Corte Suprema revoca la sentencia, acogiendo de esta manera la demanda, argumentando que “para ser objeto de protección de la garantía de indemnidad no es necesario instigar o iniciar un reclamo para oponerse a una práctica discriminatoria. Mientras que el trabajador comunique su creencia o conocimiento de que un acto discriminatorio ha ocurrido, se ha “opuesto” a dicho acto discriminatorio, siendo suficiente esta comunicación verbal para ser objeto de la norma anti represalia”<sup>48</sup>, es decir, que a diferencia de lo que ocurre en España o en Chile, acá puede darse el caso que se considere que ha existido represalia, sin necesidad

---

<sup>47</sup> MARTINEZ. Op cit. p. 345

<sup>48</sup> MARTINEZ G. Op cit. p. 346

de que el trabajador entable una acción judicial, solicite una fiscalización, o declare en juicio, toda vez que por el solo hecho de declarar ante la misma empresa, puede considerarse que sería una represalia ejercida por el empleador.

#### **4.- Motivaciones de las represalias**

Antes de hacer la distinción entre las motivaciones de las represalias, es importante determinar el momento en qué se pueden ejercer estas. “Podría configurarse una represalia cuando aún no se es contratado? En abstracto, pareciera muy difícil cometer una represalia si aún no existe vínculo laboral”<sup>49</sup>

Para ello debemos estarnos al tenor de la ley, el cual es claro, pues no existe forma de ejercer una represalia desde este punto de vista pre contractual, por cuanto de qué manera se podría ejercer? En qué momento? Al momento de haber postulado a un cargo? De haber revisado algún anuncio laboral? Durante el proceso de selección? El artículo 485, inciso 3º, señala lo siguiente “En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra del trabajador,...” y de acuerdo a lo

---

<sup>49</sup> ABARCA C. 2015. Indemnidad laboral, la nueva garantía de la Reforma Laboral: Concepto, alcance y análisis jurisprudencial. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 112 p.

expresado en el artículo 3 del Código del Trabajo este es “toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”, es decir, que es requisito para que se ejerzan las represalias la existencia de un contrato de trabajo, y este último de acuerdo al artículo 7 “es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”. En resumen, para que se puedan ejercer represalias no podría darse en el caso de una relación pre contractual, por cuanto se requiere de vínculo de subordinación y dependencia, lo que es parte esencial del contrato de trabajo.

A pesar de que no hay jurisprudencia al respecto en nuestro país, respecto a este punto, si podemos analizar lo que sucede en España, “por parte de la legislación española la respuesta es clara, no se puede lesionar un derecho al no existir vínculo laboral “mal puede ser represaliado un trabajador cuando no se ha constituido aún”<sup>50</sup>

Por lo tanto las motivaciones de represalias, sólo podrán considerarse en caso que ya exista una relación laboral, ya sea, durante la relación laboral misma o al momento de su término,

---

<sup>50</sup> ABARCA C . Op. Cit. 112 p.

Dentro de estas motivaciones, es necesario hacer una distinción, y dentro de cada punto, haré referencia a un fallo que refleje dichas motivaciones. La clasificación es la siguiente:

4.1.- Represalias por acciones judiciales

4.2.- Represalias por la labor fiscalizadora de la Inspección del Trabajo.

4.3.- Represalias por declaraciones en juicio como testigo.

#### **4.1.- Motivos de represalias por acciones judiciales**

Habiendo señalado que la relación laboral debe existir como tal, y no procede en una relación pre contractual, es necesario referirme a la represalia por el ejercicio de acciones judiciales. No requiere una sentencia condenatoria en contra del empleador, ni tampoco existe limitación de quién debe interponer la acción judicial, más aún “puede haber sido interpuesta por cualquier persona (por ejemplo en el caso del trabajo ilegal de menores establecido en el artículo 17 CT), por otro trabajador (por ejemplo en el caso de la impugnación de la calidad de no habilitado para negociar colectivamente 395 CT), por la organización sindical a la que está afiliado el trabajador afectado (por ejemplo en el caso de representación judicial de los derechos laborales del trabajador a petición de parte del número 2 del artículo 220 del CT), por cualquier otra organización sindical (por ejemplo una organización con interés legítimo

en la acción de tutela del 485 CT), o por la propia Inspección del Trabajo (en una denuncia por prácticas antisindicales del artículo 292 del CT)”<sup>51</sup>.

#### **4.1.1.- Jurisprudencia:**

En causa RIT: T-359-2013 seguido ante el 2ª Juzgado del Trabajo de Santiago, don Pablo Poblete Salazar, denuncia acción de tutela laboral en contra de su ex empleador Ministerio Público, denunciando el hecho de ser desvinculado con fecha 02 de abril de 2013 por la causal del art. 81 letra K de la ley N°19.640 (Ley orgánica del Ministerio Público) Señala que dicha denuncia dice relación con las represalias ejercidas por parte del empleador, por las acciones judiciales de los reclamos de ilegalidad Rol 8946-2012 y 8955-2012 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago y la demanda causa RIT O-59-2013, seguido ante el Segundo Juzgado del Trabajo. Al momento de fallar la señora juez del segundo juzgado del trabajo, en el considerando respectivo señala que “Las dos primeras, si bien son interpuestas por la Federación Nacional del Ministerio Público, por la negativa de la Fiscalía a entregar antecedentes respecto de metas individuales, perfiles de cargo y el sumario administrativo de doña Verónica Larraín, atendido su tenor se desprende que son evidentemente

---

<sup>51</sup> UGARTE. Op. Cit. 37 p.

interpuestas a solicitud del actor y raíz de los hechos que denuncia”<sup>52</sup>. De esta manera la señora jueza del tribunal considera que existen indicios suficientes, a pesar de que una de las demandas fue mal entablada, por cuanto fue formulada contra su superior directa por actos de hostigamiento, “resulta innegable que el actor formuló una clara denuncia judicial por el actuar de su jefatura directa, y ello fue conocido por su empleadora. Por lo demás la jefatura directa representa su empleador, conforme al art. 4 del código del trabajo.”<sup>53</sup> Y así acoge la denuncia por vulneración de la garantía de indemnidad al ser despedido como represalia por el ejercicio de acciones judiciales.

La importancia de este fallo radica en que al sentenciador le bastó que se ejercieran acciones judiciales, y que su empleador tuviese conocimiento de ello, más allá del resultado de las mismas, y más allá de quien presentó las acciones judiciales, por cuanto las dos primeras acciones fueron entabladas por la asociación de funcionarios. La denunciada de autos deduce recurso de Nulidad por la causal de incompetencia absoluta y por ultra petita, siendo acogido el recurso de nulidad por la primera causal, toda vez que considera la Decima Sala de

---

<sup>52</sup> Sentencia del 2º Juzgado del Trabajo, RIT: T-359-2013, de fecha 08 de octubre de 2013, Poder Judicial de Chile. 2016 [en línea] <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consulta: 29 de diciembre 2016]

<sup>53</sup> Sentencia del 2º Juzgado del Trabajo, RIT: T-369-2016. Op cit.

Itma. Corte de Apelaciones que cuenta con “un estatuto especial y no corresponde que se aplique las normas del artículo 485 del CT”, de esta resolución la parte demandante deduce recurso de unificación, el cual es conocido por la Excm. Corte Suprema, Rol de Corte 3515-2014, que en definitiva acoge tal recurso de unificación, rechazando el recurso de nulidad, y ordena la remisión de los antecedentes a la Itma. Corte de Apelaciones a fin de que conozca de la segunda causal, esto es ultra petita, siendo rechazada el recurso de nulidad respecto de esta causal, por no contener peticiones concretas, por cuanto lo que debió hacer el recurrente es solicitar la reducción de los montos que por concepto de indemnizaciones, “y no dictar sentencia de remplazo con arreglo a derecho, resolviendo que se rechaza la denuncia de tutela en todas sus partes, con costas”<sup>54</sup>, lo cual ciertamente dista mucho de constituir un petitorio concreto, siendo más bien genérico y no ajustarse a lo discutido. De esta manera, queda firme la sentencia del Segundo Juzgado del Trabajo que declara que se han ejercido represalias por parte del empleador por el ejercicio de acciones judiciales y procede el pago de las indemnizaciones por despido, y asimismo, la indemnización correspondiente a 6 remuneraciones.

---

<sup>54</sup> Sentencia de la Décima Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de Corte: 1660-2013, fecha 11 de diciembre 2014. Poder Judicial de Chile. 2016 [en línea] <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [consulta: 29 de diciembre 2016]

#### **4.2.- Represalia por la labor fiscalizadora de la Inspección del Trabajo**

De las denuncias por vulneración de derecho de indemnidad la causal más usual es respecto de la labor fiscalizadora de la Inspección del Trabajo, y al no existir distinción en la ley no sólo requiere que sea una denuncia por el propio trabajador, si no, que también, podría ser una fiscalización de oficio, o como en el caso de las acciones judiciales, solicitada por un tercero, otro trabajador, o por la organización sindical a la que pertenece el trabajador.

Un punto importante es determinar si requiere ser sancionado el empleador por la denuncia presentada, o al menos notificado de la misma denuncia en forma legal; de acuerdo a lo que expresado anteriormente, y al contener la norma un alcance amplio, es que sólo que sólo debe existir una relación de causalidad entre la labor fiscalizadora y la represalia ejercida por el empleador, sin necesidad de que exista otro requisito mayor, diferente a que el empleador tenga conocimiento de dicha denuncia.

No se requiere que el empleador sea notificado y menos sancionado, sólo debe existir esta relación de causalidad; sin perjuicio de lo anterior, y en atención a que se requieren de indicios, será un problema grave para que el trabajador pueda acreditar que exista dicho nexo entre la labor fiscalizadora y la represalia, por cuanto deberá acreditar que el empleador

tuvo conocimiento de la denuncia realizada, ya sea, por sus propios dichos, o por los dichos de un tercero, y de esta manera, un juez podría considerar que no existen indicios suficientes para acoger la acción de tutela laboral, y en caso que sea despedido el trabajador, podría acoger sólo el despido como injustificado, indebido o improcedente, el que se puede presentar en carácter de subsidiario.

Podría darse el caso que un trabajador remita un correo electrónico a su empleador, señalando que solicitó una fiscalización en contra de la empresa, o que de alguna manera tenga conocimiento el empleador, ya sea, por los dichos de otro trabajador para que se ejerza una represalia que deba ser sancionada, o por una carta remitida por algún abogado.

#### 4.2.1.- **Jurisprudencia:**

En causa RIT: T-346-2015, seguida ante el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, deduce acción doña Giovanna López, de Tutela laboral por haber sido vulnerada su garantía de indemnidad, toda vez que aduce que su despido tuvo como fundamento una represalia ejercida por el ex empleador por realizar una denuncia ante la Inspección del Trabajo, señala que realizó la denuncia con fecha 05 de febrero de 2015, y luego sin tomar conocimiento de dicho despido, hasta el día 10 de febrero, es

despedida en esa fecha, aduciendo un despido disciplinario por parte del empleador.

Que, respecto a este punto el sentenciador señala que “necesario se hace determinar si la empresa KPS INVERTRUST tomó conocimiento que la actora acudió el día 05 de febrero de 2015, a las 10.58 horas a la Inspección del Trabajo a estampar una constancia”<sup>55</sup>. “Que analizada la probanza antes indicado, aparece que la empresa KPS INVERTRUST sabía que el día 5 de febrero de 2015 la actora acudió a la Inspección del Trabajo a estampar una denuncia por el asunto referido al escritorio, la silla de mala calidad, y el lugar que estaba posicionado”. “Que ante tal mención, aparece de manera indubitada que la empresa tomó conocimiento que la actora fue el día 5/2/2015 en la mañana a la Inspección del Trabajo de Puente Alto, y que lo hizo para estampar un reclamo. Además, como ya se sabe, el despido ocurrió el mismo día 5/2/2015, enviándose la carta de despido a las 13.26 horas”<sup>56</sup>. “Que analizada la probanza rendida en esta causa, la parte denunciante pudo acreditar que la empresa tomó conocimiento en la mañana del mismo día

---

<sup>55</sup> Sentencia del 1º Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT: T-346-2015, de fecha 04 de septiembre de 2015, Poder Judicial de Chile. 2016 [en línea] [http:// http:// http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=3&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Tribunal=1348&CRR\\_IdCausa=370195&CRR\\_IdTramite=3958487&CRR\\_IdDocumento=4012571&DOC\\_Download=PDF](http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Tribunal=1348&CRR_IdCausa=370195&CRR_IdTramite=3958487&CRR_IdDocumento=4012571&DOC_Download=PDF) [consulta: 29 de diciembre 2016]

<sup>56</sup> Sentencia del 1º Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT: T-346-2015, op cit..101 p.

del despido del hecho de la denuncia ante la Inspección del Trabajo de Puente Alto, lo que a todas luces es para la empresa, una agresión y ofensa en contra del empleador”<sup>57</sup>. De esta manera el tribunal acoge la denuncia y ordena el pago de las indemnizaciones correspondientes por infracción al artículo 485, inciso tercero, del Código del Trabajo, que regula en 6 remuneraciones.

De acuerdo a lo anterior, procede el pago de la respectiva indemnización, siempre y cuando se pruebe por parte de la demandada que tuvo conocimiento de la denuncia presentada por el trabajador, y aquí en este fallo, lo importante, es que no se requiere que haya sido multado, fiscalizado, ni siquiera notificado, bastó que se le informara por la por la trabajadora que acudiría a la Inspección del Trabajo a analizar una denuncia por vulneración de sus derechos, bastando para el juez que la denunciada tenga conocimiento de dicha denuncia.

#### **4.3.- Motivaciones de represalias por declaraciones de testigo**

Como señalé anteriormente algunos tribunales consideraban que la declaración de un testigo debía estar incluida dentro de la expresión “acciones judiciales”, y por otra parte, otros jueces consideraban que no,

---

<sup>57</sup> Sentencia del 1º Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT: T-346-2015, op cit. 101 p.

es así, como en el fallo causa RIT: T-13-2009, del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, acoge la acción, por considerar que la expresión es amplia que permite incluir la declaración de testigos; en cambio, en la causa RIT: T-14-2016, seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, es rechazada la demanda, por cuanto el demandante no ejerció en sede judicial acciones en contra de la demandada, sólo da cuenta que declaró como testigo en un juicio en la misma sede en contra del empleador: sobre este fallo me referiré en el siguiente punto.

#### 4.3.1.- **Jurisprudencia:**

En causa RIT: T-14-2016, seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, el tribunal rechaza la demandada deducida por doña Pamela Ramos, en contra de la empresa BIGGER SPA, razonando en su considerando Octavo que "no existe ninguna probanza que permita tener por acreditado que la demandante en sede judicial haya ejercido acciones judiciales en contra de la demandada y que como represalia a dicha acción judicial la demanda haya determinado despedirla"<sup>58</sup>. Agrega que

---

<sup>58</sup> Sentencia del 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT: T-359-2013, de fecha 08 de octubre de 2013. Poder Judicial de Chile. 2016 [en línea]  
[http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=3&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Tribunal=1345&CRR\\_IdCausa=442217&CRR\\_IdTrami](http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Tribunal=1345&CRR_IdCausa=442217&CRR_IdTrami)

“las probanzas rendidas sólo dan cuenta que en causa RIT O 67 del año 2015 del ingreso de este Tribunal, la demandante declaró como testigo en contra de la misma demandada de estos autos, siendo en definitiva acogida la demanda interpuesta por Héctor Silva Martínez y otros, todos trabajadores de la empresa Bigger SPA, en ello se funda la demandante en accionar de tutela por vulneración a la garantía de indemnidad, sin embargo a juicio de esta jueza, tal hipótesis no está contemplada dentro de la norma que la regula que exige el ejercicio de acciones judiciales, hipótesis que no se configura cuando el trabajador declara como testigo, aun cuando la declaración sea prestada contra los intereses del empleador”<sup>59</sup>

Por lo anterior, es que la parte demandante recurre de Nulidad, siendo acogido el recurso por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, que en su considerando sexto señala que “es dable concluir que de la garantía debe entenderse en sentido amplio. No solo ampara al trabajador que de manera directa ejerza acciones judiciales contra el

---

te=4846086&CRR\_IdDocumento=4911087&DOC\_Download=PDF [consulta: 29 de diciembre 2016].25 p.

<sup>59</sup> PODER JUDICIAL. Sentencia del 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT: T-359-2013, de fecha 08 de octubre de 2013, [en línea]

[http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=3&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Tribunal=1345&CRR\\_IdCausa=442217&CRR\\_IdTramite=4846086&CRR\\_IdDocumento=4911087&DOC\\_Download=PDF](http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Tribunal=1345&CRR_IdCausa=442217&CRR_IdTramite=4846086&CRR_IdDocumento=4911087&DOC_Download=PDF) [consulta: 29 de diciembre 2016] 26 p.

empleador o que recurra ante la autoridad administrativa, sino que también protege a los trabajadores que indirectamente son objeto de represalia, por ejemplo, en el caso en que un trabajador atestigüe a favor de otro en contra del mismo empleador o defienda explícitamente los derechos de otros trabajadores involucrados”<sup>60</sup>.

Es decir, que el alcance de la norma antes de la entrada en vigencia de la ley 20.974, de fecha 03 de diciembre de 2016, debía entenderse en sentido amplio, incluyendo la declaración de testigos. Para entender lo anterior, es menester analizar la historia de la ley.

#### **4.3.2.- Historia de la Ley 20.974**

A través de una moción parlamentaria de la senadora Adriana Muñoz, senadora Carolina Goic, senador Hernán Larraín, senador Juan Pablo Letelier y senador Andrés Allamand, de fecha 07 de octubre de 2014 se pretende incorporar un artículo único, agregando en la parte final del inciso quinto del artículo 500 del Código del Trabajo lo siguiente “En el evento de citarse a la audiencia única por no existir antecedentes

---

<sup>60</sup> Sentencia de la Primera Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol de Corte: Reforma Laboral-109-2016, de fecha 03 de noviembre de 2016 [en línea] [http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=3&TI P\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Corte=55&CRR\\_IdTramite=16549458&CRR\\_IdDocumento=14933921](http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TI P_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=55&CRR_IdTramite=16549458&CRR_IdDocumento=14933921). 13 p.

suficientes para el pronunciamiento al que se refiere el inciso primero, el tribunal fijará dentro de los veinte días siguientes a la fecha de la resolución, el día y la hora para su celebración, debiendo mediar entre la notificación y la celebración de la audiencia, a lo menos, cinco días”<sup>61</sup>

El fundamento de esta moción radica en que no se ha regulado el plazo en que deba citarse a audiencia al no existir antecedentes suficientes que considere el juez, y por ello se pretende con esta modificación que exista un plazo para la realización de la audiencia, y asimismo un plazo razonable para ser notificado el demandado para que exista “un debido proceso, el derecho a la defensa y la bilateralidad de la audiencia”<sup>62</sup>.

Nada se refiere esta moción a las normas sobre la tutela de derechos fundamentales, específicamente sobre garantía de indemnidad y sobre la prohibición de represalias por parte del empleador. Sólo se ingresó como indicación en segundo trámite constitucional del diputado Patricio Vallespín y otros, con fecha 04 de octubre de 2016, incorporando un artículo segundo al proyecto de ley, reemplazando en el inciso tercero del

---

<sup>61</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Moción parlamentaria en Sesión 52. Legislatura 362, de fecha 07 de octubre de 2014. [en línea] <http://bcn.cl/historiadelaLEY/nc/historia-de-la-ley/5977/> [consulta: 10 de diciembre 2016]

<sup>62</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

artículo 485, la oración ubicada a continuación de su punto seguido, por la siguiente:

“En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo.”<sup>63</sup>

El diputado Vallespín manifestó que “la indicación propuesta, extiende la denominada “acción de indemnidad” en favor de los testigos en un juicio laboral, tanto en el procedimiento general como en el monitorio”. Al respecto, explicó que la acción de indemnidad “consiste en la facultad del trabajador de accionar en contra del despido, motivado como represalia con ocasión del ejercicio de una acción judicial”<sup>64</sup>.

“En esa línea, cabe resaltar que la Comisión de Trabajo y Seguridad Social abordó un tema que no incluía la propuesta de la Cámara Alta: las represalias que muchas veces son ejercidas en contra de los trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigos o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien, como consecuencia

---

<sup>63</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Informe de Comisión de Trabajo en Sesión 81. Legislatura 364, de fecha 04 de octubre de 2016 [en línea] <http://bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5977/> [consulta: 10 de diciembre 2016]

<sup>64</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo”<sup>65</sup>

“Al respecto, es preciso señalar que la acción de indemnidad consiste en la facultad del trabajador de accionar en contra del despido motivado como represalia con ocasión del ejercicio de una acción judicial”.<sup>66</sup> De esta manera es despachado el proyecto de ley, siendo aprobado en forma unánime, incluyendo a los testigos, como sujeto pasivo de las represalias ejercidas por el empleador. Al ser tan amplia la norma, existía discusión si debía incluirse a los testigos, existiendo jurisprudencia en uno y en otro caso. Desde mi punto de vista, al ser tan amplio el texto debía entenderse que la garantía de indemnidad abarcaba la declaración de testigos en un juicio, y de la forma que se encontraba redactado sólo debía abarcar la declaración de testigos en juicio laboral, no corresponderá aplicar en caso que un testigo declarase en un juicio penal contra el empleador. Muy por el contrario, la historia de la ley da cuenta que se pretendió garantizar la declaración de testigos en un juicio laboral, puesto que así mismo, lo señala el diputado Vallespín, sin embargo, el texto de la ley no hace tal diferenciación y sólo señala que por su participación en ellas “como testigos o haber sido ofrecidos en tal calidad”,

---

<sup>65</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Discusión en Sala en Sesión 82. Legislatura 364, de fecha 12 de octubre de 2016 [en línea] <http://bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5977/> [consulta: 10 de diciembre 2016]

<sup>66</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op. Cit.

sin hacer ninguna ninguna indicación nueva respecto de este punto es aprobado en sala por 101 votos.

Luego en el Informe de la comisión de Trabajo, de fecha 03 de noviembre de 2016, en tercer trámite constitucional se expresa respecto del artículo 485 del Código del Trabajo que “extiende la denominada acción de indemnidad a favor de los trabajadores testigos en un juicio laboral o de aquellos trabajadores que hubieren sido ofrecidos como testigos”<sup>67</sup>

“En consecuencia, se entenderá que resultan lesionados los derechos y garantías fundamentales de los trabajadores explicitados en los incisos primero y segundo del artículo 485 cuando existan represalias ejercidas contra los trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por la participación de los trabajadores como testigos o por haber sido ofrecidos como testigos, o por la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo.”<sup>68</sup>

De esta manera el coordinador legislativo del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, señor Francisco del Río, explicó que la modificación introducida por la Cámara de Diputados “apunta a establecer que el

---

<sup>67</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Tercer Trámite Constitucional: Senado. Informe de Comisión de Trabajo en Sesión 61. Legislatura 364, de fecha 03 de noviembre de 2016 [en línea] <http://bcn.cl/historiadelaLEY/nc/historia-de-la-ley/5977/> [consulta: 10 de diciembre 2016]

<sup>68</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op. Cit.

procedimiento de tutela laboral, que consagran los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, podrá aplicarse en aquellos casos en que el empleador adopte represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo”.<sup>69</sup> De ese modo, describió que “la propuesta considera una práctica de común ocurrencia, consistente en el despido de aquellos trabajadores que hubieren comparecido en calidad de testigo en un juicio laboral, sin que dicho mecanismo constituya un fuero laboral, toda vez que, en rigor, se trata de una garantía de indemnidad que protege al trabajador que hubiere sido objeto de represalias ejercidas por su empleador.”<sup>70</sup>

El asesor legislativo de dicha Secretaría de Estado, señor Claudio Fuentes, agregó que mediante esta modificación “es posible evitar el efecto disuasivo que un eventual despido produce para la comparecencia de un trabajador, en calidad de testigo, en un juicio laboral”.<sup>71</sup>

Luego, la Comisión por la unanimidad de sus integrantes presentes, Senadoras señoras Goic y Muñoz y Senador señor Larraín aprobó el reemplazo de la oración final del inciso tercero del artículo 485 del Código

---

<sup>69</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

<sup>70</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

<sup>71</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op cit.

del Trabajo efectuado por la Cámara de Diputados.

En la discusión en sala de fecha 15 de noviembre de 2016 en tercer trámite constitucional.

A este respecto la senadora Muñoz expresa que "la primera modificación consiste en extender la denominada "acción de indemnidad" en favor de aquellos trabajadores que participen como testigos o que sean ofrecidos como testigos en juicios laborales cuando el empleador adopte represalias en su contra. En consecuencia, se entenderá que resultan lesionados sus derechos y garantías fundamentales, siendo aplicable al caso el procedimiento de tutela laboral".<sup>72</sup>

Quedando de esta manera la modificación de la siguiente manera:  
Reemplázase la oración final del inciso tercero del artículo 485, por la siguiente: "En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo."<sup>73</sup> Siendo promulgado con fecha 28 de noviembre de 2016 y

---

<sup>72</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Tercer Trámite Constitucional: Senado. Discusión en Sala en Sesión 62. Legislatura 364, de fecha 15 de noviembre de 2016 [en línea] <http://bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/5977/> [consulta: 10 de diciembre 2016]

<sup>73</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley. Trámite finalización Senado. Oficio de cámara de origen al Ejecutivo, de fecha 15 de noviembre de 2016 [en

publicado con fecha 03 de diciembre del año 2016, entrando a regir desde ese día.

Respecto de esta modificación de ley al Código del Trabajo, debo señalar que no era necesaria, por cuanto el artículo 485 del Código del Trabajo era bastante amplio, siendo interpretado por los jueces de esa forma, y por los tribunales superiores de justicia. Ahora con esta modificación, el juez deberá recurrir a la historia de la ley para hacer una correcta aplicación de esta norma, por cuanto en la propia historia se pretende que sólo sea aplicado a los trabajadores que declaren en un juicio laboral en contra de su empleador, sin embargo, el texto expreso podemos advertir que no se hace esa diferenciación y sólo hace mención que no se puede ejercer represalias en contra de los trabajadores que presten declaración en un juicio, sin hacer tal diferenciación; por este motivo es que un juez fácilmente podría considerar que se han ejercido represalias en contra de un trabajador que declaró en un juicio penal en contra de su empleador.

##### **5.- Vinculo de causalidad entre la acción del empleador y la represalia ejercida por el empleador**

---

[línea] <http://bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5977/> [consulta: 10 de diciembre 2016]

### **5.1.- Causalidad temporal**

El artículo 485, inciso 3º, del Código del Trabajo exige que el segundo elemento – la represalia – sea consecuencia de las acciones judiciales, de la fiscalización de la Dirección del Trabajo, o de la declaración del trabajador como testigo, es decir, que estas acciones “sean el detonante inmediato y directo de la actuación del empleador”<sup>74</sup>

Sobre este punto, en términos simples, constituiría “la conexión temporal que debe existir entre la denuncia y el hecho del despido. Debe haber una clara relación causa-efecto entre el ejercicio de la acción del trabajador, tanto judicial como administrativa, y la represalia por parte del empleador”<sup>75</sup>.

En términos más amplios corresponde a lo que denomina Eduardo Caamaño, en el sentido que “tratándose de un mecanismo de protección o de tutela de un derecho que es de categoría fundamental, su formulación es extensiva, antes que restrictiva, flexible antes que rígida. Si se pretendiera que la relación entre la actuación del trabajador y la medida empresarial que le sigue ha de ser siempre directa e inmediata, significaría que sólo se están comprendiendo situaciones extremas o de evidente vulneración, tal como el trabajador que reclama ante la Inspección del

---

<sup>74</sup> CASTRO J.. Op. Cit. p.19

<sup>75</sup> MARTINEZ G., “La garantía de indemnidad en Chile: Análisis normativo y comparativo desde el derecho comparado y common law”, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 19, N° 2, 2012, p. 346

Trabajo, regresa, retoma sus labores y, acto seguido, es separado de su empleo. Quedarían así excluidas del ámbito de protección de la norma las situaciones de mayor frecuencia, esto es, aquellas encubiertas, de justificación sólo aparente o que han sido diferidas en el tiempo, que por tales no dejan de ser igualmente dañinas y proscritas. En suma, el nexo causal a que alude al artículo 485 inciso 3º no sólo puede ser directo e inmediato, sino también mediato”<sup>76</sup>

La ley no establece un plazo por el cual debe existir esta represalia y la gestión realizada, por lo tanto, de acuerdo a la prueba aportada, y a cada caso concreto, es que el juez podrá considerar que acoge la denuncia de tutela aún cuando hayan transcurrido meses desde la represalia ejercida por el empleador, todo esto de acuerdo a los indicios, unido al juicio de ponderación, es decir, que existiendo una represalia en contra del trabajador, el juez debe acoger la denuncia, distinto es el caso si se puede probar dicha circunstancia.

Claro está que resulta de mayor dificultad probar el nexo causal después de haber transcurrido un gran lapso, y sería mucho más fácil probar para un trabajador bajo ciertas circunstancias que se vulneró su derecho de indemnidad, según lo que plantea José Francisco Castro señalando que “la actividad probatoria no planteará demasiados

---

<sup>76</sup> CAAMAÑO E., “Código del Trabajo sistematizado con jurisprudencia”, Legal publishing, Santiago, 1ª edición, tomo IV, 2012, p. 2601.

problemas para el denunciante cuando esta conexión se manifieste explícitamente en la propia carta de despido o en otro documento, o se haga evidente de cualquier otra forma”<sup>77</sup> Sin embargo, esto no es lo más usual, casi imposible, por cuanto la represalia, en caso que sea un despido, se representará con otras razones, como por ejemplo por una causal de necesidades de la empresa que no sea tal, constituyendo un hecho grave esta situación, toda vez que no se podrá revertir el despido, reincorporando al trabajador, por cuanto la ley sólo permite que sea indemnizado el trabajador, toda vez que el único caso en que procede en la vulneración de derechos fundamentales es el establecido en el artículo 489 inciso 4°, que señala que “Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2° de este Código, y además, ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior”; es decir, que no procede reincorporación por vulnerar el derecho de indemnidad, lo que será analizado en el capítulo de Derecho comparado, por cuanto en España el despido es Nulo. Debo señalar que no se entiende el motivo de por qué al ejercerse una represalia, no procede la nulidad propiamente tal del despido, y sólo podría entenderse al estudiar la Historia de la ley, que no hubo un acabado estudio sobre el tema, ni

---

<sup>77</sup> CASTRO. Op cit.,. 19 p.

discusión mayor sobre la norma del artículo 485, sólo podría entenderse de esa manera que sólo se permita la opción de reincorporación cuando se vulnere al artículo 2, y no la garantía de indemnidad, que desde mi punto de vista, debiesen contar con la misma protección.

Si el sentenciador considera que existe una vinculación existente entre la gestión realizada y la represalia, acogerá la denuncia, pero no podrá ordenar la reincorporación, y sólo podrá aplicar la sanción establecida en la ley, es decir, fijar una indemnización que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

## **5.2.- Causalidad en la carta de despido o en otro documento**

“La actividad probatoria no planteará demasiados problemas para el denunciante cuando esta conexión se manifieste explícitamente en la propia carta de despido o en otro documento, o se haga evidente de cualquier otra forma”<sup>78</sup>.

Esto no es lo más habitual, por cuanto, el empleador no ejerce de manera tan patente estas represalias, más bien adopta estas medidas de otra manera, ya sea, en el despido, mediante una causal que no corresponda, o adoptará medidas en perjuicio del trabajador, mediante

---

<sup>78</sup> CASTRO. Op cit.. 19 p.

notificaciones verbales, o de otra manera que no implique una admisión expresa de su malestar por la acción del trabajador.

Atendido el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la ley 20.087, y el conocimiento de la legislación y jurisprudencia de los tribunales, es que los empleadores han sido cuidados con supuestas represalias que pudiesen ejercer, y es así, como no se señala en la carta de despido, o en las actas de comparendo ante la Inspección del trabajo que el despido se debe a la acción del trabajador por el ejercicio de sus derechos

## **6.- Conclusiones**

Tal como se esbozó al comienzo de esta investigación, lo medular de la misma dice relación con desentrañar y entender el alcance del concepto de represalia en relación a la garantía de indemnidad, todo esto dentro del marco general otorgado por el procedimiento de tutela laboral.

La garantía de indemnidad, como se analizara en su oportunidad, es una institución relativamente nueva, y se ha utilizado indistintamente la expresión “garantía de indemnidad” o “derecho de indemnidad”, aunque en la mayoría de los fallos se utiliza la primera expresión, sin embargo, desde el análisis realizado, este debiera denominarse “garantía de

Indemnidad”, y para el alcance de represalia esta diferenciación no es importante.

Por su parte, la doctrina, tanto nacional, como extranjera, tampoco es clara respecto a la idea de uniformar una conceptualización en torno a la denominada “indemnidad”; situación que se constató con la opinión de distintos investigadores que en el presente trabajo se trajeron a colación a efectos de dilucidar si estamos en presencia de una garantía o de un derecho. La jurisprudencia tampoco es uniforme al respecto. En el transcurso de la investigación me incliné por considerar a la indemnidad como una garantía, teniendo presente que, en el fondo, lo que se garantiza es el derecho de los trabajadores a no ser objetos de represalias por parte del empleador.

La creación de esta institución – la indemnidad – contempló la posibilidad cierta de no vulnerar el libre derecho de los trabajadores de denunciar o ejercer las acciones judiciales, y después de la entrada en vigencia de la ley 20.974, la declaración de testigos, y con la consecuente represalia ejercida por el empleador.

La garantía de indemnidad entró en vigencia junto con la reforma laboral introducida por la ley 20.087. De esta manera que al ser relativamente nueva, es que no ha tenido un gran avance doctrinal, ni jurisprudencial, ni menos lo ha sido la represalia ejercida por el empleador.

De la misma manera que se criticó en la discusión parlamentaria no quedó clarificado a qué se refería con el concepto de represalia, ni qué constituía esa expresión, no existiendo una definición en nuestra ley, ni en la historia de la misma. Asimismo, debe mencionarse, como elemento que complejiza el presente análisis, el hecho de que en el mensaje del proyecto de ley no se realizaba ninguna mención alguna a las represalias.

Como ya señalé la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, ni la ley ha establecido qué significa el concepto de represalia, y es por ello que es importante lo expresado por el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 14/1993, al expresar que las represalias corresponden a “consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”, y este concepto es más cercano y menos criticable que el expresado en el Diccionario de la Real Academia Española.

De acuerdo, a lo expresado, es que a pesar de que no se ha señalado qué correspondería a una represalia, podemos señalar que existen variadas formas de hacer efectiva las mismas, siendo la más común el despido.

Existen tres motivaciones de represalias, como son: por la presentación de acciones judiciales, por la labora fiscalizadora de la Inspección del Trabajo, y por la declaración como testigo en contra de la empresa.

La motivación mayormente utilizada corresponde a la presentación de denuncias ante la Inspección del Trabajo, y la de menor utilización corresponde a la motivación por declaraciones como testigos en juicios contra el empleador; esta última comenzó a regir desde el día 03 de diciembre de 2016, modificación que viene a ratificar lo que resolvían los tribunales de justicia, por cuanto se entendía que la declaración como testigo abarcaba la motivación de represalia por la presentación de acciones judiciales.

No se requiere que este derecho sea vulnerado, junto a otros de los establecidos en el artículo 485, basta que se den los supuestos y exista la relación de causalidad entre la represalia y la acción ejercida por el trabajador para acoger la denuncia.

El vínculo de causalidad que une la represalia con la acción del trabajador corresponde al tiempo, y no necesariamente debe ser una represalia inmediata, sino que debe ponderarse con otros elementos.

De tal modo, considero oportuno indicar que claramente con la introducción del procedimiento de tutela laboral, por vulneración de derechos fundamentales, nuestro ordenamiento jurídico avanzó un paso importante en la línea de solidificar el derecho laboral en miras a otorgar una protección oportuna y eficaz en la protección de los trabajadores en el contexto laboral.

No obstante lo cual, lo que parece ser una tónica en nuestro derecho, la disposición normativa parece haberse alejado de la praxis que venía a regular, por cuanto aún queda mucho camino por recorrer para que el procedimiento de tutela se convierta en la herramienta eficaz que otorgará protección al bien jurídico tan relevante como son los derechos fundamentales de los trabajadores.

Tal vez futuras reformas legislativas debieran ahondar en un mecanismo reparatorio que satisfaga íntegramente el derecho y garantía vulnerada, teniendo por norte el valor intrínseco mismo del derecho afectado, y no centrarse exclusivamente en la compensación monetaria, porque si bien una indemnización repara en equivalente la violación del derecho transgredido, lo ideal sería que el mecanismo sancionatorio, en el evento de una sentencia condenatoria, apuntara más a impermeabilizar el derecho vulnerado teniendo en miras su valor intrínseco.

A modo de ejemplo, la última reforma legislativa en materia de indemnidad, aquella que dice relación con incorporar en la protección de esta institución a los testigos que declaran en juicio en contra de su empleador, tal como se vio con antelación, es una modificación carente de relevancia jurídica pragmática, por cuanto, la jurisprudencia, en base a la interpretación de las normas ya existentes, de manera reiterada ha señalado que los trabajadores testigos que declaran en un juicio en contra

de su empleador, estaban considerados en el marco regulatorio de la 'tutela por indemnidad'.

La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, en el marco de una relación laboral, es un desafío como sociedad y no debe centrarse de manera exclusiva en una sanción para los empleadores – quienes, obviamente, deben ser responsable de una sentencia condenatoria sustanciada en un juicio laboral-, sino un esfuerzo común sostenido en el pilar primordial de la educación. Todo con miras a generar una convicción marco en la sociedad en el sentido de que la promoción y protección de los derechos fundamentales, a todo nivel, y particularmente en el contexto de la relación laboral, constituyen un bien jurídico primordial, en el que todos debemos aportar a consolidar.

Nuestra legislación no permite que el trabajador pueda ejercer represalias en contra del empleador, sólo considera al sujeto pasivo de las represalias al trabajador, por considerar que no están en igualdad de condiciones, pero si consideramos a la indemnidad como una garantía, no debiera sólo ser aplicables las represalias al trabajador, por cuanto en muchos casos, especialmente en materia sindical, podría darse el caso que un trabajador, o un grupo, ejerzan represalias en contra del empleador, sin embargo, cómo se encuentra redactada la norma es imposible pensar en qué suceda ello.

## **BIBLIOGRAFIA**

ABARCA Constanza, Indemnidad Laboral, la nueva garantía de la Reforma Laboral: Concepto, Alcance y Análisis Jurisprudencial, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Chile, 2015.

ALDUNATE Eduardo, Derechos Fundamentales, Legal Publishing, Santiago, 2008.

CAAMAÑO Eduardo, “Código del Trabajo sistematizado con jurisprudencia”, Legal publishing, Santiago, 1ª edición, año 2012.

CASTRO, José, La garantía o derecho de indemnidad laboral en el sistema jurídico chileno, Revista eletrônica do Curso de Direito das Facultades OPET. Curitiba PR – Brasil. Año IV, nº 9, enero/junio 2013.

Constitución Política de la República de Chile, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.

Código del Trabajo, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

FERRADA Juan Carlos y WALTER Rodolfo, La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento laboral, Revista de Derecho, Diciembre 2011.

GAMONAL Sergio, El procedimiento de tutela de Derechos Laborales, Legal publishing, Santiago, 3ª edición, 2012.

GIL Y GIL, José Luis, Despido por represalia y garantía de indemnidad del trabajador, Capital Humano número 189, junio 2005.

LANATA, G. Contrato Individual de Trabajo, 4º ed., Santiago, Thomson Reuters. 2010.

MARTINEZ FONS, Daniel, “La interpretación extensiva del alcance de la garantía de indemnidad en las relaciones laborales.

Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19, Nº 2, 2012.

Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 33, Valparaíso, Diciembre 2009.

Revista de Derecho (Valdivia) Volumen XXIV, n° 2.

Revista de Derecho, volumen XXIV, N° 1, julio de 2011

Revista Eletrônica do Curso de Direito das Facultades OPET, Curitiba PR. Brasil, año IV, n° 9, enero/junio 2013.

SIERRA A., Acción de Tutela Laboral y despido injustificado indirecto. Comentario de la sentencia Gómez Cattini con Camilo Ferrón Chile S.A. Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, 3 de diciembre de 2009, RIT: T-11-2009”, Revista de Derecho. Universidad Católica, en Supremacía constitucional y tutela laboral, revista de derecho, vol. XXIV, N° 1, julio de 2011.

UGARTE José Luis, “Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador”, Legal Publishing, Santiago, 2009.

## **JURISPRUDENCIA**

Causa Rol de Corte: 3515-2014-Reforma Laboral, de la Excelentísima Corte Suprema.

Causa Rol de Corte: 109.2016- Reforma Laboral, de Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia.

Causa RIT: T-616-2015, del Primer Juzgado del trabajo de Santiago.

Causa RIT: T-51-2015, del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

Causa RIT T-359-2013, del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago.

Causa RIT: T-369-2016, del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago.

Causa RIT: T-346-2015, del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago

Causa RIT: T-14-2016, del Juzgado de Letras de Valdivia.

Causa RIT: O-59-2013, del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago.

## **SITIOS WEB CONSULTADOS**

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile ([www.bcn.cl](http://www.bcn.cl))

Diccionario de la Real Academia Española ([www.rae.es](http://www.rae.es))

Organización internacional del Trabajo ([www.ilo.org](http://www.ilo.org))

Poder Judicial de Chile ([www.pjud.cl](http://www.pjud.cl))

Scielo Chile (Scientific Electronic Library Online) ([www.scielo.cl](http://www.scielo.cl))