



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela De Postgrado

“TUTELA ANTICIPADA Y SU APLICACIÓN A TERCEROS AJENOS AL JUICIO”.

El riesgo exorbitante del art. 492 del Código del Trabajo.

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al Grado de
Magíster en Derecho.

Cristian Agustin Toledo Toledo

Profesor guía: Claudio Palavecino Cáceres

Santiago de Chile, año 2018

A María Luisa, Nicolás, Cristóbal, Agustín y Máximo.

A mis padres.

RESUMEN

La tutela anticipada es en general, el otorgamiento anticipado de las peticiones de la demanda. Una de sus manifestaciones es el art 492 del C del T, en el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, aunque en este caso no limitado a lo pedido en la demanda o denuncia.

Es necesario distinguirla de las medidas cautelares y más precisamente de las precautorias, que miran a asegurar el resultado del juicio. La tutela anticipada del art 492 del C del T otorga de inmediato al demandante o denunciante, con la mera presentación de la acción, sin forma de juicio o recurso, generando observaciones de inconstitucionalidad.

Un aspecto que no se ha desarrollado es el alcance o efecto que podría tener esta tutela anticipada respecto de terceros ajenos al juicio, en especial porque no contempla procedimiento alguno, la resolución dictada no es recurrible y por ende resulta exorbitante respecto de las funciones del Juez y a las limitaciones del efecto de las resoluciones, lesionando derechos fundamentales de trabajadores, en nombre justamente de su defensa.

Las alternativas de solución pueden ser variadas, desde las acciones constitucionales de Protección y de amparo hasta la necesaria modificación legal que establezca un debido proceso.

Palabras claves: Tutela anticipada, Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, terceros ajenos al juicio, inconstitucionalidad, debido proceso.

ABSTRACT

The anticipated legal protection or the early tutelage is, in general, the anticipated granting of the requests of the lawsuit. One of its occurrences is the Article 492 of the Labour Code, in the Procedure for the Protection of Fundamental Rights; although, in this case, it is not limited to what is requested in the lawsuit or complaint.

It is necessary to differentiate more precisely, the anticipated legal protection from the precautionary measures that aim at ensuring the outcome of the trial. The anticipated legal protection of the Article 492 of the Labour Code is granted immediately to the plaintiff or petitioner, with the mere presentation of the legal action, without a form of trial or appeal, generating observations of unconstitutionality.

One not developed aspect is the scope or effect that this anticipated legal protection could have on third parties unconnected to the trial, especially because it does not make provision for any legal procedure. The issued ruling is not appealable and therefore it is excessive, concerning the duties of the Judge and the limitations of the effect of the rulings, damaging fundamental rights of workers, in the name of their defence.

The alternatives for solution may be varied, from the constitutional actions of Protection and shelter to the necessary legal modification that establishes a due process.

Key words: Anticipated legal protection, Anticipated legal protection Procedure of Fundamental Rights, unconnected third parties in the trial, unconstitutionality, due process.

INDICE DE MATERIAS

RESUMEN.

ABSTRACT.

INTRODUCCIÓN. 01

CAPÍTULO I: EL PROCEDIMIENTO LABORAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

- 1. Objetivo del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales. 5
- 1.1 La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. 5
- 1.2 La ciudadanía en la empresa. 6
- 2. Relación del procedimiento laboral de Tutela de Derechos Fundamentales con el de Aplicación General. 7
- 2.1 Similitudes. 8
- 2.2 Diferencias. 9
- 3 El caso del artículo 492 del Procedimiento de Tutela de derechos fundamentales. 10

CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO ESPAÑOL E HISTORIA LEGISLATIVA DEL ART 492 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

- 1 El derecho español y la tutela anticipada. 12
- 2 Necesidad jurídico - social de la norma. 15
- 3 Alcance a la breve Historia legislativa del art 492. 19

CAPÍTULO III: ANALISIS DE LA NATURALEZA PROCESAL DE LA TUTELA ANTICIPADA DEL ART 492 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

1. Naturaleza jurídica de la Tutela Anticipada del art 492 del Cdel T.	21
2. Objetivo ineludible: “cese de la conducta antijurídica”.	28
3. Naturaleza de la resolución que constituye la Tutela Anticipada.	31
4. La facultad del Juez Laboral. Límites a la oficialidad.	33

CAPÍTULO IV: PRINCIPALES COLISIONES DE DERECHO EN LA APLICACIÓN A TERCEROS AJENOS AL JUICIOS, DE LA TUTELA ANTICIPADA DEL ART 492 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

1. En el orden constitucional en general: El deber del estado como base de la institucionalidad.	36
2.- En el orden constitucional en particular.	41
2.1.-El debido proceso en general.	41
2.1.1.- Derecho a no ser juzgado por comisión especial, sino por el tribunal que señalare la ley.	42
2.1.2.- El derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial.	43
2.1.3.- El derecho a la defensa jurídica y a la asistencia letrada.	44
2.1.4.- El derecho a la bilateralidad de la audiencia.	44
2.1.5.- El derecho al debido emplazamiento.	47
2.1.6.- El derecho de revisión judicial por un tribunal superior.	48
2.1.7.- Inexistencia de posibilidad de defensa.	49

2.2.- La libertad individual y la seguridad individual.	49
2.3.- La integridad física y síquica.	50
2.4.- Derecho a la honra.	52
2.5.- La libertad de trabajo.	53
2.6.- La libertad sindical.	54
2.7.- Derecho a la propiedad en el cargo.	55
2. En el orden legal.	57
2.1 Intangibilidad de los contratos.	57
2.2 Potestades de mando del empleador.	60
2.3 Art. 5 y art 184 del Código del Trabajo.	62
2.4 Infracción a los efectos relativos de las resoluciones judiciales y la intangibilidad de los derechos laborales.	63
2.5 El efecto relativo de las resoluciones en el Procedimiento de Tutela de derechos fundamentales.	66
V:CONCLUSIONES.	
1. Conclusión.	69
2. Vías de solución.	72
2.1. La correcta hermenéutica.	72
2.1.1. El cese de los efectos de una medida del empleador:	72
2.1.2. Existencia de una actuación positiva. Un acto.	74

2.1.3. Necesidad de que la medida deba ser inhibida.	74
2.2. Solución Constitucional.	76
2.2.1.- La Acción de Protección.	77
2.2.2.- El Recurso de Amparo.	81
2.3. Solución por vía legislativa.	85
VI: BIBLIORAFÍA.	87
ANEXO. Abreviaturas.	91

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho público el derecho laboral ha ganado en reconocimiento, en especial por su carácter de ser una rama tutelar que ya en el art. 2 del Código del Trabajo, queda de manifiesto por su “función social”¹, que siempre se debe desarrollar en un trato compatible con la “dignidad de la persona.”²

Hasta la dictación de las leyes 20.087 y 20.260, el respeto de esa dignidad individualmente considerada, en el ámbito de los derechos fundamentales, se encontraba en una zona borrosa entre el auto despido basado en alguna de las causales del art. 160 del Código del Trabajo y el Recurso o Acción Constitucional de Protección, sin que ambos resultaran ser suficientemente efectivos o eficientes al objeto que se perseguía.

En el escenario descrito, la normativa legal modificatoria del artículo V del Código del Trabajo, el derecho laboral procesal, introdujo el procedimiento de tutela de derechos fundamentales como fortaleza adjetiva del derecho laboral, con miras a poder hacer viable la aplicación de un catálogo de determinados derechos fundamentales inespecíficos.

Así mismo, el nuevo proceso labor consagró dos protecciones o tutelas anticipadas o anticipatorias, una en el procedimiento monitorio en cuanto el Juez

¹ C del T de Chile, art 2 inciso primero: “Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.”.

² C del T de Chile, art 2 segundo, primera parte: “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona.”.

puede acoger de inmediato la demanda, además de las opciones de rechazarla o citar a una audiencia, y la del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales que contiene el art 492 del Código del Trabajo y que es de la que trata el presente trabajo, en particular de la improcedencia de su aplicación a terceros ajenos al juicio.

El señalado artículo 492, permite al Juez actuar de inmediato que sea presentada la denuncia o la demanda de vulneración de derechos fundamentales, siempre que realice un aquilatamiento de si de los antecedentes acompañados a la acción aparece que se trata de “lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada puede causar efectos irreversibles”.³

Hecha la evaluación anterior, de manera imperativa, ha ordenado el legislador que el Juez “dispondrá en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado”.

Parece en principio innecesario que exista como norma positiva, que en la función jurisdiccional descrita el Juez deberá velar por no afectar derechos laborales o fundamentales de otro trabajador o que no debe afectar a terceros ajenos al juicio. Sin embargo, de la simple lectura de la norma se aprecia que

³C del T de Chile, art 492: “El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes.

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.”.

esta no pareciera tener límites y que incluso puede aplicarse respecto de terceros ajenos al juicio.

Como correlato de la observación anterior se debe anotar que contra la resolución que dicte el Juez en razón de la norma individualizada “no procederá recurso alguno”. Debiendo pagar una multa de 50 a 100 UTM, repetible, de no cumplirse por el demandado o denunciado, lo ordenado por la resolución.

Salvando las aprehensiones inevitables de la constitucionalidad de la norma, en la práctica se ha dado el caso en que el Juez puede ordenar al empleador que realice acciones que son ilegales e inconstitucionales como que saque a un trabajador de su lugar de trabajo, por cuanto otro trabajador ha denunciado en estrados que este lo acosa laboralmente. Ejemplo que nos servirá de guía para analizar los alcances inquisitivos que pudiera tener la norma al aplicarse a terceros ajenos al juicio.

Al trabajador, tercero ajeno al juicio, en el ejemplo señalado, se le impone una medida que implica, como analizaremos, una afectación de varios derechos constitucionales y legales, sin que este o la parte denunciada o demandada tenga o tengan la opción de desmentir los fundamentos de la medida o defenderse en general de la misma.

La tutela anticipada, o anticipatoria como es tratada en doctrina, ha sido definida como “la satisfacción inmediata de la pretensión del demandante, total o parcialmente, cuando de los antecedentes aportados por él, y sin haber escuchado a la contraparte, aparezca que inminentemente podrá provocarse un perjuicio irreparable por la solución tardía del asunto”⁴.

⁴ ETEROVIC, P. en “Ángulos” “La tutela anticipada y su constitucionalidad: El caso de la jurisdicción laboral”. En revista “Actualidad Laboral”. Edit. Departamento de derecho y seguridad social, Facultad de derecho Universidad de Chile, N° LXXXVII. Chile. Pág. 7.

Esta actuación jurisdiccional ha sido analizada desde varios aspectos, en especial su constitucionalidad, sin embargo, no hemos encontrado antecedentes de análisis respecto a su aplicación a terceros ajenos al juicio, lo que es susceptible de acontecer atendida la redacción del artículo 492 del C del T, que es la normativa positiva que la contiene.

Nos abocaremos entonces al estudio de la procedencia que el Juez aplique medidas a un tercero ajeno al juicio, aunque sea por vía indirecta ordenando a la parte demandada o denunciada que lleve a cabo su cumplimiento. Es decir, si es posible que las facultades del juez excedan los límites del juicio y de las partes en litigio.

Junto a la pertinencia del estudio, señalada en el párrafo anterior, para determinar los límites ante una actividad exorbitante del Juez, es necesario además anticipar algunos de los efectos nocivos que pudieran derivarse y las posibles soluciones a estos. En efecto, el tercero ajeno al juicio puede ser otro trabajador que recibe las consecuencias de una resolución dictada en un juicio en el cual no es parte y por otro lado el empleador es obligado, bajo amenaza de multa reiterativa, a afectar los derechos laborales y constitucionales de ese trabajador, sin que el empleador o demandado, paradójicamente, tenga en realidad mecanismos efectivos para ejecutar lo ordenado, que no sea el uso de la fuerza, material o psicológica, para su cumplimiento.

Finalmente, pretendemos aportar soluciones jurídicas para evitar el pronunciamiento de una resolución que afecte a terceros y para efectos de que dictada que sea en virtud del art. 492 del C del T, poder impedir que no se lesionen más derechos o se causen perjuicios tan innecesarios como ilegales o inconstitucionales, que haga aplicable el adagio popular que los cuidados del Sacristán pueden matar al señor Cura.

CAPÍTULO I: EL PROCEDIMIENTO LABORAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1 Objetivo del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales:

Si por definición el Código del trabajo es de carácter tutelar, el proceso laboral manifestado en cada uno de sus procedimientos siempre debiera en consecuencia ser una tutela de derechos laborales, por ello es que la denominación obedece a que este procedimiento en particular busca tutelar derechos fundamentales, que hasta la dictación de las leyes 20.087 y 20.260, tenían serias dificultades para su defensa en sede laboral, en que si bien había espacio para la defensa de la libertad sindical establecida en los arts.292, 294 y 389 del Código del Trabajo, ante la vulneración de otros derechos fundamentales solo podía intentarse el auto despido, con dudosos puertos donde arribar, en especial por la prueba, o el Recurso de Protección que más allá de que resultaba insuficiente en sus resultados, como se analiza en el capítulo II, párrafo 2, de este estudio, no había opción de sanción al empleador que implementara una represalia revestida de legalidad.

El nuevo procedimiento vino entonces a resolver un tema no menor, la disyuntiva de reconocer que los derechos fundamentales tenían eficacia horizontal, pero que ello no era realmente operativo en el ámbito laboral. Se puede señalar que estas dos circunstancias son pilares del procedimiento y parece oportuno hacer un alcance general a ellos para poner en contexto los objetivos del procedimiento y como no puede en sí mismo ser una amenaza frente a lo que justamente intenta proteger, los derechos de los trabajadores, tanto legales como fundamentales.

1.1 La eficacia horizontal de los derechos fundamentales:

Ugarte, citando a Peña, C. establece que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales implica “la posibilidad de que los particulares esgriman,

en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral de autor”⁵.

El problema era entonces no el reconocer que el trabajador podía accionar en contra de su empleador e incluso contra otros trabajadores, sino el mecanismo más idóneo a que pudiera accederse para el ejercicio de esta defensa, desestimando la calidad del Recurso de Protección, que para efectos del ámbito laboral presentaba deficiencias de prueba y de posibles y probables represalias por parte del empleador.

En este contexto se genera entonces el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sin que por cierto se desestime la posibilidad de que el trabajador intente el Recurso de Protección, pero conllevando la imposibilidad de intentar entonces el procedimiento que le ofrece el Código del Trabajo como indica el art 485 inciso final del C del T.⁶

1.2 La ciudadanía en la empresa:

El ciudadano era objeto de protección de sus derechos fundamentales por parte del estado en toda su dignidad humana, pero al ingresar a la *empresa*, esto es al lugar de trabajo o faena, podía ser objeto de actos u omisiones del empleador frente a los cuales no encontraba una herramienta jurídica de una envergadura tal que por una parte fuera eficiente y directa del propio Código del Trabajo y por otra evitara, desincentivara u obtuviera reparo respecto de una

⁵UGARTE, J. “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”. 2009. Ob cit. Pág 11.

⁶C del T de Chile, art 485 inciso final: “Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos.”.

eventual represalia del empleador y que justamente por intentar la defensa de derechos fundamentales, diera pié a nuevas agresiones o represalias.

El tema era ahora cómo hacer que la calidad de ciudadano, con todos los derechos que implica esa cualidad, no se perdiera o deteriorara al momento del ingreso a la empresa.

La ciudadanía en la empresa como indica Gamonal provocará que “las facultades empresariales tendrán como límites los derechos fundamentales no propiamente laborales de los trabajadores”⁷. Que es la limitación que ya existía en materia legal laboral en el art. 5 del Código del ramo.

La función entonces del Juez al aplicar la norma debe estar basada justamente en que cualquier acción que adopte y en cualquier sentido que sea, en especial las resoluciones del art 492 del C del T no vayan a afectar derechos fundamentales de otros trabajadores con la justificación improvisada de proteger los mismos de un trabajador que ha hecho un relato de una agresión, en una acción en procedimiento de tutela de derechos fundamentales, aunque el demandado no resulte ser el supuesto agresor.

2.- Relación del procedimiento laboral de Tutela de Derechos Fundamentales con el de Aplicación General.

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales, es en realidad una suerte de adaptación del procedimiento de aplicación general a la defensa de un catálogo de derechos de reconocimiento constitucional, más la *garantía de*

⁷GAMONAL, S. “El procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.”, en “La ciudadanía en la empresa”. Edit. Legal publishing. Chile. 2009. Pág. 9

indemnidad.⁸, constituida esta última por “el derecho del trabajador a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral, por el ejercicio –o la participación- en acciones administrativas de fiscalización o judiciales en defensa de sus derechos o testigo.”⁹ Incluso cuando ha sido ofrecido el trabajador como testigo.

Para analizar la aplicación de la norma del art. 492 del C del T respecto de terceros ajenos al juicio resulta importante entonces establecer que tanta similitud y que tanta diferencia existe en lo medular y en lo pertinente a nuestro estudio, que justifique una norma como la tutela anticipada para el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sin posibilidad recursiva judicial y en razón de ello que salvaguarda tienen los terceros ajenos al juicio de que sus efectos o su sentido les afecte directamente.

2.1 Similitudes

Para Ugarte el procedimiento de tutela derechos fundamentales se trata de: “el procedimiento de aplicación general con reglas especiales...”¹⁰, basado en que ambos procedimientos contienen en lo fundamental estructuras similares.

- Dos audiencias, preparatoria y de juicio.
- Se aplican los mismos principios procesales laborales que enumera el art. 425 y que se desarrollan hasta el art. 438 del libro V del C del T.

⁸C del T de Chile, art 485 inciso tercero, segunda parte: “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.”.

⁹ UGARTE, J.L. “Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo”. Edit. Thomson Reuters, Chile.2018. Pág. 217.

¹⁰UGARTE, J.L. “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”. 2010. Ob. Cit. Pág 24.

- Les son aplicables a ambos las reglas comunes de que da cuenta el párrafo 2° del libro V del C del T.
- Le son aplicables las normas de la función cautelar del Juez establecida en el art 444 del C del T, que como analizaremos más adelante son recurribles, operan siempre entre las partes y contemplan entre sus hipótesis de operación el que con una cautelar o precautoria se puede brindar “la protección de un derecho,” como literalmente indica la norma citada.

2.2 Diferencias

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales a diferencia del procedimiento de aplicación general presenta las siguientes características:

- La demanda en procedimiento de derechos fundamentales debe contener elementos fundantes especiales como indica el art.490 C del T¹¹, que deben acompañarse todos al inicio de la acción.
- El objeto de la acción en el procedimiento de tutela de Derecho Fundamentales es salvaguardar un derecho fundamental, más allá de las indemnizaciones y prestaciones laborales adeudadas.
- Existe un aligeramiento probatorio para el demandante o denunciante mediante la prueba indiciaria. El trabajador deberá señalar y probar los indicios que generen sospecha de la vulneración de derechos

¹¹C del T de Chile, art.490 inciso primero: “La denuncia deberá contener, además de los requisitos generales que establece el artículo 446, la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamente.”.

fundamentales y corresponderá al empleador justificar la razonabilidad de sus actos. Así se desprende del art 493 del C del T¹².

- Finalmente, y en lo que nos ocupa, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, contienen otra diferencia que es la posibilidad de la tutela anticipatoria que se puede aplicar en cualquier momento, incluso antes de trabada la *litis*, consagrada en el art. 492 del C del T y de que da cuenta el análisis de este trabajo, respecto de su aplicación a terceros ajenos al juicio.

3.-El caso del artículo 492 del Procedimiento de Tutela de derechos fundamentales.

Como se advirtió, una de la diferencias fundamentales entre el procedimiento de aplicación general y el procedimiento de tutela de derechos fundamentales es la inserción de un artículo que establece una tutela anticipada o anticipatoria que obliga al juez a dictar una medida que acoge total o parcialmente la petición concreta de la actora o incluso dictar otra distinta, a la sola presentación que sea de la denuncia o demanda de vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento del rubro, sin que las partes puedan participar de los antecedentes o pruebas que se le han entregado al Juez, salvo la demandante o denunciante, y que, como ha ocurrido, aplique medidas a incluso terceros ajenos al juicio, llegando a la separación de su lugar de trabajo de otros trabajadores.

La norma del art. 492 del C del T es del siguiente tenor:

¹²C del T de Chile, art 493: “Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”.

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

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.”

La norma transcrita resulta tan amplia en la facultad que se le concede al Juez, que ni tiene contraparte alguna que pueda controlarla o racionalizarla, ni tribunal superior alguno que pueda supervisarla, quedando abierta al real saber y entender del administrador de justicia, según sus prejuicios, vivencias y cuestiones de orden personal, en desmedro de técnica jurídica elemental alguna. Por ello parece pertinente al menos, establecer si ella es aplicable incluso a terceros ajenos al juicio, ya que por lo exorbitante de la norma no parece tener límites en su alcance.

En razón de lo anterior el Eterovic ha señalado que: “la tutela anticipada es una figura sugestiva, que atrapa a la gente que busca justicia con sus manos, desvirtuando la naturaleza del proceso, padeciendo en consecuencia, de notable inconstitucionalidad.”¹³

¹³ETEROVIC, P. Ob. cit. Pág 7.

CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO ESPAÑOL E HISTORIA LEGISLATIVA DEL ART. 492 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

1. El derecho español y la tutela anticipada.

En una relación no confesada, tal vez porque en definitiva resulta impropia, no hay aseveración concreta que el art. 492, nuestra tutela anticipatoria del C del T, se copia del art. 178 de la LPL española. No lo confiesa el ejecutivo en su mensaje y solo se puede colegir esa copia por el desliz del diputado Monckeberg quién reveló que “El proceso que se propone es copia del sistema español”¹⁴ (Sesión 75º del 11 de mayo de 2005). Aunque el parlamentario concebía esa inspiración en lo que finalmente sería el art 425 del C del T chileno que enlista los principios que rigen el procedimiento laboral y que son coincidentes con los recogidos en el art. 74 de la LPL española. Lo anterior sumado al hecho de que aquel procedimiento como el nuestro contiene la técnica de los indicios o prueba indiciaria.

La copia no obstante del art 178 de la LPL española, que consagra la tutela anticipatoria, resulta ser por una parte el antecedente más factible en relación a la norma chilena laboral, pero también es una relación impropia, mal realizada o poco presentable. En efecto, habiendo revisado textualmente el art 492 del C del T chileno, la copia chilena, permite al Juez dictar una resolución de márgenes ilimitados, por cuanto dicha resolución no está siquiera sometida a un recurso de reposición, nada pueden decir las partes, menos contempla un procedimiento de aquilatamiento de la actuación del Juez por vía incidental,

¹⁴Historia de la Ley, Biblioteca del Congreso Nacional, compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Ley 20.087 (Diario Oficial 3 de enero de 2006), sustituye procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. Chile. 2006. Pág. 197.

resultando difícilmente contrastable con la redacción de su original español, que aparece más ajustado al debido proceso en su texto, como se verá más adelante.

La norma, chilena está curiosamente más cercana a una redacción monárquica evacuada en una república, que la española ajustada al debido proceso y promulgada en un país monárquico.

La norma española, contemplada en la Ley de Procedimiento Laboral Español, CAPITULO XI. De la tutela de los derechos fundamentales (arts. 175 a 182), señala en su art. 178, al momento de ser consultada, lo siguiente:

“Artículo 178. [Procedimiento]

1. En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado. Sólo se podrá deducir esta petición cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

2. Dentro del día siguiente a la admisión de la demanda, el Secretario Judicial citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar, en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada.

3. El órgano judicial resolverá en el acto inmediato mediante auto dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación.”.

El profesor Claudio Palavecino, al respecto, ha señalado que “la tutela anticipatoria en el procedimiento de tutela laboral chileno parece tomada de la figura contenida en el artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral española, la cual a diferencia de la chilena, opera solo a unos presupuestos restringidos y admite alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada, vale decir respeta los derechos de audiencia y contradicción”¹⁵

Aunque sea inficioso, por la evidencia textual, se debe indicar que la tramitación incidental española está dirigida a las partes y que la actuación del Juez español solo puede afectar a estas y no a terceros ajenos al juicio, ya que la norma describe hipótesis de hecho que solo pueden ser actuaciones directas del empleador y que por otra parte indica que el juez “citará a las partes y al Ministerio Fiscal”, para la audiencia a que da origen la solicitud de tutela anticipatoria.

Parece de inteligencia procesal que la copia chilena no puede llegar a desvirtuar el proceso, cuestión que no obstante ya parece haber ocurrido, a niveles que las decisiones del juez afecten a terceros ajenos al juicio.

No hay en la norma española antecedente alguno que permita que la tutela anticipada o anticipatoria del art. 492 del C del T chileno puede afectar a terceros en forma directa.

Bajo la bandera de la búsqueda de una justicia más rápida, expedita y protectora de los trabajadores chilenos, no hay antecedentes en el derecho comparado directo que sirvió de base para el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales chileno, una facultad que permita una exorbitante jurisdicción del Juez que puede en los hechos y en el derecho significar que sin

¹⁵PALAVECINO, C. “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile”. En Revista Chilena del Trabajo. Vol. 5, N°9. Chile. 2014. Pág. 42

ser escuchado ni demandado otro trabajador pueda sufrir las consecuencias, que como ejemplo hemos anticipado, de incluso ser separado de su lugar de trabajo. Condenable incluso cuando ello sea temporal.

2.- Necesidad jurídico - social de la norma.

La creación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales junto con traer la *ciudadanía en la empresa* a la relación laboral, buscaba ineludiblemente la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo.

No es menor la empresa emprendida cuando salvo las defensas a la libertad sindical, había sido el recurso de protección la salvaguarda de los derechos fundamentales del trabajador, pero con varias deficiencias a saber, como indica Ugarte¹⁶ quien ha identificado algunas de esas razones que develan una menor eficacia del recurso, o más bien acción, de protección frente al procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

“a) La construcción jurídicamente neutra del Recurso de Protección. Alejado de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol compensador a favor del contratante débil el trabajador en litigios de derechos fundamentales y laborales en general, cuestión ampliamente destacada en la doctrina comparada”

Otra razón es que “b) el remedio judicial de carácter extraordinario que la acción de protección importa (casi como solución de equidad), lo hace inoperante para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, que entre otras cosas requiere, como veremos más adelante, de la declaración de nulidad de los

¹⁶ UGARTE, J.L. 2010. Ob. cit. Pág. 18.

actos lesivos de dichos derechos y el pago de indemnizaciones al afectado, lo que exige de un proceso de fondo ante un juez de grado”

Una tercera razón tiene que ver con el catálogo de derechos que protege la acción o remedio constitucional y que según Ugarte resulta entonces “una tutela selectiva de solo algunos de los derechos constitucionales del art. 19 de la CPE”. Lo que excluye a la discriminación del art. 19 N°16 inciso tercero de la CPR, en cuanto no se puede afectar la libertad de trabajo por acciones discriminatorias.

Debemos anotar que en todo caso el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales también hace una selección de derechos fundamentales para ser ejercidas mediante este procedimiento, de que da cuenta el art 485 del C del T¹⁷. De manera que no se trata de un catálogo amplio, sino de alcances más propios del derecho del trabajo, aunque manteniendo su carácter de derechos inespecíficos, “en el sentido de que los derechos propiamente laborales tienen regularmente un causa propia para exigir su protección”¹⁸.

¹⁷ C del T art. 485, incisos 1 y 2: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

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

¹⁸ UGARTE, J.L. “Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo”. 2018. Ob. cit. Pág. 119.

Finalmente, la cuarta deficiencia de la acción constitucional de protección frente al procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, está dada en la posibilidad de represalia del empleador, frente a la hipótesis de que el trabajador testifique en juicio laboral en que sea parte el empleador, acciones judicialmente en contra de este o haya acción fiscalizadora de la I del T. En estos casos señala Ugarte que “no es difícil imaginar que el empleador adoptará diversas represalias, especialmente el despido...”.¹⁹

En ello la garantía de indemnidad que protege entre otras hipótesis al trabajador que acciona basado en cualquier objeto procesal viene a otorgar una protección que efectivamente no se encontraba en la acción constitucional, que no fuera la reiterada incoación de protección.²⁰

No obstante lo señalado, la acción constitucional de protección es susceptible de ser interpuesta con una solicitud de orden de no innovar que tenía por objeto asegurar que los hechos denunciados cesaran en sus efectos.

El art 3 inciso final segunda parte, del AA S/N de fecha 28 de agosto del año 2015 de la Excelentísima Corte Suprema, indica que: “El Tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar.”

Tanto en este antecedente como en el derecho español ya analizado, encontramos el germen de la necesidad de introducir al Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales una norma que permitiera al Juez, en un procedimiento especial y rápido, establecido eso sí sobre el debido proceso, dictar una resolución de urgencia. Ello no constituiría más que los primeros

¹⁹ UGARTE, J. L. 2010 Ob. cit. Págs. 19 y 20.

²⁰ C del T art. 485, inciso tercero, segunda parte.(ya citado)

auxilios antes de adoptar cirugías mayores sin saber a cabalidad el mal que aquejaba al afectado.

El artículo 492 del C del T, aparece entonces como una salvaguarda inmediata razonable y esperable, pero no en los términos que finalmente queda redactado y por ende de ser aplicado. En efecto, la protección de un trabajador con su solo relato afectando a terceros ajenos al juicio cuya responsabilidad no ha sido probada, y en rigor no lo será jamás, es en el procedimiento el símil de la figura bélica del ataque o *guerra preventiva*. La mera manifestación del poder de la fuerza, disfrazada de bien común, pero en caso alguno manifestación del derecho.

La redacción final de la norma antes indicada, convierte al Juez en un inquisidor en busca de la justicia, sin más salvaguarda. Haciendo entonces que un Juez pueda concebir limitaciones que no tiene o extremarse en aplicar la norma a terceros ajenos el juicio, que resulta la actitud más probable cuando se inviste de tal poder a quien se le sindicada además como el *administrador de justicia*. No es cualquier título, por el poder manifiesto que en sí conlleva y se manifiesta en el mundo real y la responsabilidad que solo vive en el mundo del deber ser.

La necesidad socio jurídica de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, está por demás justificada e incluso la tutela anticipada. Así por lo demás se puede apreciar de la creciente preocupación de la sociedad en general y de la academia en particular sobre el valor, vigencia y promoción de los derechos fundamentales, lo que sin embargo puede llevar a un sobre entusiasmo judicial en una actuación procesal fronteriza, justamente a los derechos fundamentales.

La actual redacción del 492 del C del T, deja en evidencia la falta de un procedimiento razonable y por ende de un debido proceso, haciendo aplicable ciertas aprehensiones como las expresadas por Alvarado Velloso a propósito de

la imparcialidad judicial y la función del Juez en el proceso civil, que advierte que “Como forma de brindar algún paliativo a tanto descontento, muchos jueces en América han comenzado a apartarse de la ley –en rigor, del ordenamiento jurídico imperante- produciendo con ello una profunda grieta en la jurisprudencia, que muestra hoy la existencia de variadas decisiones asistémicas”, agregando más adelante que “cierta doctrina actual propone con insistencia abandonar para siempre el método de debate conocido como *proceso* y suplantarlo con la mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad de la persona del Juez, a quien cabe entregar toda la potestad de lograr autoritariamente esa justicia dentro de los márgenes de su pura y absoluta subjetividad”²¹.

3.- Alcance a la breve Historia legislativa del art 492.

Hechos los análisis anteriores, debiera esperarse que una norma que ya es sospechosa de inconstitucionalidad, ab inicio, de orígenes poco claros, o como indicamos anteriormente *impropios*, tuviera a lo menos un desarrollo de discusión legislativa algo pedregoso, que en la fabricación de la ley se hubieran previsto los alcances jurídicos y de hecho de la norma. Sin embargo, solo se hizo cambios tan menores en relación al proyecto del ejecutivo que muestra que no hubo discusión, en cualquier sentido que se dé a este concepto, sino una mera corrección conceptual y una de carácter económico - matemático.

El producto legislativo que evacúa el Congreso es muy similar al que recibió en el mensaje del ejecutivo, bajo la numeración de artículo 509²² y que

²¹ ALVARADO, A. “La imparcialidad judicial y la función del Juez en el proceso civil”. En “Proceso Civil, hacia una nueva justicia civil” OLIVA, A; PALOMO, D. (coordinadores). Edit. Editorial Jurídica de Chile, Chile. 2007. Págs. 283 – 284.

²² Historia de la Ley, Biblioteca del Congreso Nacional, informe de comisión de la cámara, Ley 20.087 (Diario Oficial 3 de enero de 2006), sustituye procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, Santiago, Chile, 2006.

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

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.”. (Las negritas son nuestras).

Luego de todo el proceso de tramitación legislativa, solo se introdujeron como cambios al proyecto del ejecutivo el que el vocablo *irreparables* fue reemplazado por el de **irreversibles** y que la multa que oscilaba entre *cien a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales* quedara en definitiva rebajada a la suma de **cincuenta a cien unidades tributarias mensuales**.

Como se puede apreciar el despacho del proyecto de ley no revisó alcances de aplicación de la norma, que no fueran los económicos y en cuanto al sentido solo pareció prudente una precisión entre dos palabras, que por lo demás pueden encontrarse como sinónimos en algunos diccionarios.

Podríamos decir que la norma del art 492 del C del T existe y quedó como supervive hoy, por la buena voluntad o la falta de voluntad legislativa.

CAPÍTULO III: ANALISIS DE LA NATURALEZA PROCESAL DE LA TUTELA ANTICIPADA DEL ART 492 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

1.- Naturaleza jurídica de la Tutela Anticipada del art 492 del C del T.

Tradicionalmente la sentencia ejecutoriada o firme es la forma de obtener la protección del derecho cuya vulneración se reclama, sin embargo, en determinados casos se ha concedido que se anticipe una tutela o protección de esos derechos tal y como es la inspiración que tuvo el artículo 178 del a LPL española, la orden de no innovar en la acción constitucional de protección y el art. 492 del C del T con las observaciones críticas que se han desarrollado, entre otras opciones legales.

La orden de no innovar de la acción constitucional de Protección deriva de la misma institución que potencialmente se aplica a la apelación cuando esta se ha concedido en el solo efecto devolutivo. Así lo contempla en el art. 192 del CPC.²³

Si bien la aplicación de la orden de no innovar en el ámbito de los derechos fundamentales puede aparecer con alguna similitud de la tutela anticipada del art 492 del C del T., admite diferencias notables. La primera de ellas tiene que ver con que es perfectamente recurrible de reposición, es decir es susceptible incidentarse y por otra parte no autoriza el cambio del estado de cosas sino que impide que las circunstancias cambien, no podría en consecuencia alterar el funcionamiento de la empresa, por el contrario busca

²³Código de Procedimiento Civil, art 192, inciso segundo: “No obstante, el tribunal de alzada a petición del apelante y mediante resolución fundada, podrá dictar orden de no innovar. La orden de no innovar suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso. El tribunal podrá restringir estos efectos por resolución fundada. Los fundamentos de las resoluciones que se dicten de conformidad a este inciso no constituyen causal de inhabilidad.”.

retrotraer el funcionamiento hasta antes de la acción u omisión arbitraria o de ser preventivo de impedir que la acción que se intenta aplicar se aplique.

Como veremos más adelante, la tutela anticipada es distinta de una *medida cautelar* en general y de una *precautoria* en particular y por cierto de la *sentencia definitiva*.

La tutela anticipada nace a propósito de la falta de eficiencia que puedan tener esas dos alternativas de atención de urgencia. Romero Seguel, señala respecto de la tendencia a establecer tutelas anticipadas que “La piedra angular de este movimiento está en el cuestionamiento de la sentencia de fondo como objeto y fin del proceso tradicional, y en el reconocimiento de las limitaciones que tiene las medidas cautelares conservativas para responder adecuadamente al amparo jurídico que impetra el actor”²⁴.

En el mismo texto citado se señala que en el derecho comparado, la figura de la tutela anticipada o de *urgencia*, como denomina Romero, implica para el peticionario presentar plena prueba del derecho o una caución para “que equilibre los derechos de las partes”²⁵.

Como se puede apreciar, una vez más la redacción del art 492 del C del T manifiesta una deficiencia en cuanto a que la prueba no debe ser plena, tampoco de indicios solo debe parecerle al juez que “de los antecedentes acompañados al proceso”, sin más requisitos que el estar acompañados, sin formalidad alguna, sin examen contradictorio, tratan de “lesiones de especial gravedad” o “cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles”.

²⁴ ROMERO, A. “la tutela anticipada y la tutela de urgencia” En Capítulo III. “Curso de derecho procesal civil, la acción y protección de los derechos”, Tomo I. Chile. 2014. Edit. Legal publishing. Pág. 61.

²⁵ROMERO, A. Ob. cit. Pág. 62.

De especial gravedad es una conclusión que como se puede colegir, solo se da en el ámbito de las sensaciones, incluso de las emociones, no subsiste en el hábitat de la razón, máxime cuando se concluye por una sola persona. Más razonable parece ser el análisis de si los efectos pueden o no ser reversibles, pero claro siempre y cuando ello se deduce de un procedimiento, por breve que este sea.

En el escenario legislativo propuesto por el art. 492 del C del T, en que no se habla de partes de manera expresa y menos, como se propone en la doctrina recién citada, se equilibre el derecho de estas en la tutela anticipada mediante exigencia probatoria alguna, hace entonces que el límite de los efectos de las resoluciones solo pueden sobrevivir en el ámbito de “las causas en que actualmente se pronunciaren”²⁶ y por ende solo pueden afectar quienes han formado parte de ese litigio.

Se excede entonces de esa delimitación si la resolución dictada en virtud del art. 492 del C del T afecta a terceros ajenos al juicio solo por haber sido mencionados por el actor.

Si ya las partes no pueden recurrir de la resolución de la tutela anticipada del artículo 492 del C del T, es claro que el tercero no debiera someterse a las medidas arbitradas por el juez, ya que resultaría expuesto a ser vulnerado en una serie de derechos constitucionales y legales como veremos más adelante.

Habíamos anticipado diferencias entre la tutela anticipada y las medidas cautelares o las precautorias. Al respecto podemos reseñar algunas de esas características diferenciadoras en los párrafos siguientes.

²⁶ Código Civil, Artículo 3, inciso segundo.

Primero por una cuestión de orden temporal la medida cautelar o precautoria va en busca de asegurar el cumplimiento de la sentencia definitiva. “Son aquellos actos procesales que tienen por objeto asegurar los resultados de la acción deducida o que se va a deducir si la medida precautoria se solicita como prejudicial”²⁷

La Tutela anticipada opera como reconocimiento del derecho y dicta una resolución que contiene elementos de una eventual sentencia favorable, ya que en la práctica es el reconocimiento de las argumentaciones de la denunciante en forma anticipada.

Las medidas cautelares o precautorias como indistintamente las trata el C del T²⁸, no obstante que se trata de un género a especie²⁹, son también en rigor

²⁷ JORQUERA, R. “Síntesis de derecho procesal civil”, citando a Quezada M., José (reformas procesales). Chile. 2006. Edit. Editorial jurídica de Chile. Págs. 149 - 150.

²⁸ C del T art.444: “En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.

Con todo, las medidas cautelares que el juez decreta deberán ser proporcionales a la cuantía del juicio.

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas.

Las medidas precautorias se podrán disponer en cualquier estado de tramitación de la causa aun cuando no esté contestada la demanda o incluso antes de su presentación, como prejudiciales. En ambos casos se deberá siempre acreditar razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama. Si presentada la demanda al tribunal respectivo persistieran las circunstancias que motivaron su adopción, se mantendrán como precautorias. Si no se presentare la demanda en el término de diez días contados desde la

un incidente o al menos pueden ser susceptible de ellos sea por cómo desarrolla su tramitación la norma laboral citada o como indica Jorquera en sede procesal civil: “La oposición a la medida concedida puede dar origen a un incidente”³⁰. Es decir, están en el marco del debido proceso en cuanto hay un procedimiento y el fallo que se dicte es susceptible de ser recurrido.

Eterovic, respecto de la tutela anticipada advierte: “cuando un sentenciador anticipa tutelas pues estima que hay circunstancias suficientes que lo ameritan, lo que verdaderamente hace es fallar anticipadamente el fondo del conflicto, escondiéndose, tras la capa de las medidas precautorias”³¹.

Procede tener por fijado entonces, como primer aspecto de la naturaleza de la tutela anticipada en el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales que esta no es una cautelar o una precautoria. Aunque resulte más digerible procesal y constitucionalmente identificar aquellas con esta.

fecha en que la medida se hizo efectiva, ésta caducará de pleno derecho y sin necesidad de resolución judicial, quedando el solicitante por este solo hecho responsable de los perjuicios que se hubiere causado. Con todo, por motivos fundados y cuando se acredite por el demandante el inminente término de la empresa o su manifiesta insolvencia, el juez podrá prorrogar las medidas prejudiciales precautorias por el plazo prudencial que estime necesario para asegurar el resultado de la litis.

Habiendo sido notificada la demanda, la función cautelar del tribunal comprenderá la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo perseguido”

²⁹ “En *doctrina*, las medidas precautorias pertenecen al grupo de las acciones cautelares; y su ejercicio da origen a un proceso, también de naturaleza cautelar, el cual podrá pasar tanto por la fase de cognición o declarativa como por la de ejecución o cumplimiento” CASARINO, M. “Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)”, tomo III, sexta edición. Chile. Edit. Jurídica de Chile. Pág. 190.

³⁰ JORQUERA, R. Ob. cit. Pág. 152

³¹ETEROVIC. Ob. cit. Pág. 11.

Ahora bien, si podemos afirmar que la tutela anticipatoria goza de una identidad propia, es necesario establecer qué tipo de manifestación de tutela es la que nos entrega el art 492 del Código del Trabajo, es decir si se trata de una tutela restitutoria, resarcitoria o inhibitoria.

Para poder determinar la interrogante del párrafo anterior debemos precisar que el presente trabajo usa como ejemplo el que un trabajador denuncia que otro trabajador le acosa laboralmente y el empleador nada ha hecho al respecto y que en razón de ello, ante la mera denuncia, el juez, haciendo aplicación del art 492 del C del T ordena la separación del supuesto agresor. Es decir estamos entonces en la aplicación de la tutela anticipada o anticipatoria en un marco de denuncia de acoso laboral que deberá ser desestimada o acogida por el tribunal conforme concluya el procedimiento respectivo.

En el escenario de acoso laboral no parece operar fácilmente una tutela de manifestación restitutoria, ya que la redacción del art. 492, como se verá más adelante, busca impedir actos o consecuencias de actos. No devuelve o restituye en rigor una situación a su estado anterior de la vulneración de derechos, como ocurre con la tutela restitutoria, que incluso puede reintegrar el trabajador despedido de su empleo como es el caso del art 489 inciso 4º del C del T, en que el trabajador puede optar por la indemnización de que trata la norma indicada o por el reintegro a su labores³². Tampoco parece aplicable un tutela de naturaleza

³² C del T, art. 489, incisos 3 y 4: “En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2º de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante

resarcitoria, es decir aquella que adopta medidas o indemnizaciones para efectos de compensar un daño moral ya establecido.

Por la urgencia, por la redacción de la norma y por el objeto de la misma, el art. 492 del C del T busca inhibir una actuación que corresponda al empleador, en caso alguno a terceros ajenos al juicio como es el caso del trabajador a quien se sindicó como acosador, pero que no es parte en el juicio.

Podrá por ejemplo el tribunal ordenar al empleador proteger al trabajador denunciante alejándolo del lugar de supuesto peligro, pero no cambiando a otros trabajadores toda vez que estamos en la etapa de denuncia o demanda, que no ha sido siquiera notificada al empleador y en que la resolución de tutela anticipatoria no es recurrible.

Lucía Planet, señala, respecto de la tutela anticipatoria y la naturaleza y alcances de la misma, que esta “se manifiesta en forma clara con la medida especial consagrada en el art.492 del Código del Trabajo, que implica la suspensión de los efectos del acto impugnado...”³³

Es entonces una tutela de carácter inhibitoria, cuestión fundamental al momento de determinar las soluciones que se puedan adoptar cuando la resolución que se dicta en virtud del art 492 del C del T, afecta a terceros ajenos al juicio. En efecto, como se verá en la parte pertinente de este trabajo, solo se puede inhibir acciones del empleador o más precisamente del demandado o denunciado. Cualquier otra comprensión o interpretación de la norma conlleva

resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior.”

³³PLANET, L. “Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el mobbing en Chile”. En “Revista chilena del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” Vol. 1, N°1. Chile. 2010. Pág.117.

inevitablemente a una afectación de derechos fundamentales de terceros ajenos al juicio.

2.- Objetivo ineludible: Cese de la conducta antijurídica.

Establecida la naturaleza de la norma del artículo 492 del C del T, corresponde desentrañar el sentido o alcance que la misma persigue en su aporte a la paz social, debiendo para ello hacer dos acercamientos hermenéuticos fundamentales.

En primer lugar la norma dispone que el Juez en la primera resolución ordenará “la suspensión de los efectos del acto”, es decir está referida a una acción de un sujeto del juicio que produce efectos antijurídicos, lo que necesariamente convierte a la acción misma en una conducta antijurídica.

El mandato del legislador conlleva la convicción, a que debe arribar el Juez, de que el acto es posible detenerlo, cambiarlo o volver las cosas al estado anterior de su ocurrencia, siempre con miras a evitar sus efectos, pero con la limitación inevitable de producir consecuencias nocivas a personas ajenas al juicio. Ello porque la denuncia tiene como un fundamento supuestas acciones perjudiciales de una o más personas ajenas al litigio judicializado.

La norma en estudio da por sentado entonces que en el análisis de los *antecedentes acompañados al proceso*, como ella indica, debe llegarse a la convicción de que los hechos existen y que quien los provoca es sujeto pasivo en el juicio para que pueda a su vez ser susceptible de cumplir lo ordenado por el tribunal.

Si una de las dos condiciones antes indicadas no se diera, la *existencia* del hecho o la *legitimidad procesal pasiva* del perpetrador distinto del demandado, entonces no podría operar la tutela anticipada en el sentido de ordenar el cese de

algo que no existe o que para su solución deba dirigirse contra quien no es parte en el juicio.

Las medidas en este caso, en que no es el demandado el causante del supuesto acoso laboral, sino el sujeto pasivo procesalmente de quien se espera una reacción, solo pueden ir dirigidas a adoptar protección al afectado, como separarlo del lugar del peligro o de la dependencia de la persona que le imparte instrucciones u otra que no importe acción contra terceros ajenos ya que esa resolución necesariamente no podría ser cumplida, legal o materialmente incluso.

Por cierto y sin que sea parte de este análisis, la naturaleza de la medida siempre debe estar dirigida en razón de la naturaleza de la acción antijurídica. Verbigracia, no puede ordenarse el cambio de un lugar de trabajo de una jefatura si la conducta sospechosa son las instrucciones o la forma de dirección y no podría afectarse derechos de la demandada o denunciada mientras se intentan proteger otros derechos. Desde luego, por las razones anotadas, no puede aplicarse a un tercero las medidas que no son aplicables a las partes y no puede este recibir los efectos de esas resoluciones de manera alguna.

Un segundo acercamiento hermenéutico a la norma del artículo 492 del Código del Trabajo, está referido a que la resolución dictada en función de esta norma no es recurrible, lo que necesariamente, y como analizamos en otros contenidos del presente trabajo, implica que los afectados o incumbentes de la resolución deben ser las partes o terceros intervinientes. Es decir, quienes pudieran hacer uso de la batería de recursos de que sea susceptible una resolución según la naturaleza de esta, cuestión que se analiza más adelante.

Los recursos son los medios que la ley confiere a *las partes* para obtener que se modifique, enmiende o invalide una resolución judicial. Ha sido la propia Academia Judicial de Chile la que ha señalado que “parte importante de la doctrina moderna contempla, como un principio esencial, la revisión de las resoluciones judiciales procediendo a dar así cumplimiento a principios tan

fundamentales como la seguridad y la estabilidad jurídica que deben respetar los diferentes procedimientos que dan vida a los procesos, a través de los cuales las partes que enfrentan un conflicto entregan la decisión del mismo a un ente especialmente facultado para ello.” Y agrega que una errónea aplicación de las normas provoca que “una o ambas partes del juicio, las que, apremiadas por el problema de tipo jurídico que las llevo a recurrir, esperan que la resolución del mismo se produzca conforme a derecho”³⁴

Como se puede colegir de la cita anterior, no puede sino recurrir la parte, a *contrario sensu* solo a ese interviniente se le puede negar ese derecho por vía legislativa. Lo que evita el contacto del tercero ajeno al juicio con una resolución dictada en él.

No puede un tercero ajeno al juicio recurrir aun cuando la resolución no le ordene nada directamente sino que lo haga por medio de una de las partes en juicio, para que esa parte realice un acto respecto de ese tercero, como por ejemplo ordenar, en pleno inicio del procedimiento, sin que se haya trabado aun la *litis*, que el empleador demandado deba sacar de su lugar habitual de trabajo a un trabajador ajeno al juicio, que solo es mencionado como acosador de otro trabajador, como es el caso de la tutela anticipatoria. Aplicada sin criterio jurídico razonable.

Podemos concluir entonces que la tutela anticipada o anticipatoria, opera respecto de una acción real o concreta, que es sospechosa de afectar un derecho fundamental lo que señala una acción de naturaleza antijurídica realizada por el sujeto procesal pasivo, respecto de la cual se debe dictar una resolución, para impedir que *pueda causar efectos irreversibles*, de la cual el

³⁴ ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, Manual del Juicio del Trabajo. Chile. 2008. Págs. 153 - 154

demandante o denunciante no puede recurrir al igual que la parte denunciada o demandada.

El objeto ineludible de la norma del artículo 492 Código del Trabajo, es el cese de la conducta antijurídica, una acción, y ello se puede apreciar en concordancia con la sentencia definitiva, la tutela propiamente tal, que debe ser congruente en cuanto a establecer que hay una acción perturbadora de derechos fundamentales y esta debe cesar. Respecto de la sentencia definitiva, Ugarte señala que “Corresponde a la orden judicial que va dirigida al termino inmediato de la conducta lesiva...”.³⁵ Instrucción jurisdiccional que no puede entenderse sino respecto a ser impuesta respecto del demandado y en caso alguno respecto de terceros ajenos al juicio.

3.-Naturaleza de la resolución que constituye la Tutela Anticipada.

Corresponde ahora explorar y analizar si la tutela anticipada del art 492 del C del T, es la sentencia anticipada, caso en el que además debemos estudiar como remediar lo que se hizo o adoptó en forma errónea por esa resolución si luego desestima la acción intentada en la sentencia definitiva. Es decir, como el juez que sin control alguno adoptó las medidas solicitadas en la demanda, u otras, en forma anticipada, es capaz de dictar un fallo que sea contradictorio con esas medidas. Como el ejemplo que ya hemos dado que ordena salir de su lugar de trabajo a otro trabajador, expuesto como acosador sin que sea demandado en proceso alguno y por ende sin que pueda ser condenado en la causa en que se ha dictado la tutela anticipada, si la sentencia definitiva desestima esa petición. ¿Simple error judicial?, ¿los derechos fundamentales del trabajador que se sacó de su lugar de trabajo de manera innecesaria e injusta, son solo parte del anecdotario procesal del tribunal?

³⁵ UGARTE, J.L. “Tutela de derechos fundamentales del trabajador”. 2010. Ob. Cit. Pàg. 8.

Cabe preguntarse cuál es la objetividad del Juez para fallar distinto a lo que en principio concedió y que significó sacar a un trabajador de su lugar de trabajo, con todos los perjuicios para este trabajador que ello implica. El daño producido es irreversible. ¿Cambiará el Juez su criterio para quedar expuesto a acciones judiciales en su contra por error judicial o prevaricación?

El juez al dictar una resolución en virtud de la tutela anticipada, lo hace mirando ya lo que debiera ser la sentencia definitiva, es un proceso epistemológico inevitable, por ello la alerta debe estar puesta en no afectar a terceros o determinar acciones que luego no puedan resarcirse. De acuerdo a Eterovic³⁶, en cuanto a la tutela anticipada, los tribunales “no pueden otorgar más allá de lo pedido, ni otorgar algo que resulte irreversible”.

Sin embargo, creemos que en el caso de la redacción extensa y exorbitante del art 492 del C del T que permite al juez actuar de oficio pudiera entenderse que podría dictar resoluciones que van más allá de lo pedido por las partes, por lo que la doctrina en este punto se aleja de la redacción de la norma.

En el actual estado de cosas, el Juez puede ir más allá de lo pedido concretamente en la demanda y dictar medidas en razón del art 492 independiente de aquello e incluso ser más gravoso y por ende caer en la dictación de medidas que afecten incluso a terceros ajenos al juicio, como es el caso que nos ocupa.

De mantenerse la tutela anticipada en el ámbito de las peticiones concretas, estamos frente a una sentencia anticipada, de estar fuera de ellas estamos en algo de naturaleza jurídica sui generis en el derecho procesal moderno por cuanto el juez no puede, ir más allá de lo pedido por las partes en forma concreta sin caer en *ultra o extra petita*.

³⁶ETEROVIC, P. Ob. cit. Pág. 12.

Por otra parte, el que la resolución que dicta una tutela anticipada se ajuste a las peticiones concretas del demandante o denunciante no es en caso alguno una garantía de que no se estén afectando derechos fundamentales y laborales de otros trabajadores solo sobre los dichos de otro trabajador.

En el procedimiento monitorio laboral, también se da aplicación de la tutela anticipada cuando se acoge la demanda de inmediato, con la salvedad, no menor, que dentro de décimo día se puede reclamar de esa resolución, sin necesidad alguna de entregar fundamento y de pleno derecho queda sin efecto la resolución dictada debiendo fijar el Juez la audiencia de rigor.

El peligro que se ha manifestado en el monitorio en cuanto a que luego el Juez cambie de opinión al momento de evaluar nuevamente si acoge o no la demanda se ve aminorado por la existencia de un contradictorio inevitable, en cambio en materia de procedimiento de tutela de derechos fundamentales, la tutela anticipada se vuelve una afectación procesal y constitucional, como veremos en la parte de las colisiones que tiene este instituto con varios derechos constitucionales y legales, por cuanto no habiendo posibilidad de reclamo o recursos de las partes y menos a un tercero ajeno al juicio, la convicción inicial del Juez nunca será directamente controvertida.

Podemos concluir entonces que la tutela anticipada es una sentencia anticipada y como tal solo puede producir efectos respecto de las partes en el juicio, con las que se producido la traba de la *litis* y en caso alguno aplicable a terceros, en el ejemplo que hemos seguido no puede ordenar sacar a un trabajador tercero ajeno al juicio de su puesto de trabajo por los dichos de una de la partes o incluso de ambas si estos fueran coincidentes.

4.- La facultad del Juez Laboral. Límites a la oficialidad.

No es pretensión de este trabajo establecer los alcances u orígenes de la oficialidad en materia laboral, sino centrarnos en esta parte en si ella implica

alguna limitación aplicable al art 492 del C del T. En el caso que nos ocupa, si esa oficialidad permite al juez adoptar medidas en razón de la norma indicada que puedan afectar incluso a terceros ajenos al juicio, como sería el caso de que se ordenara a la parte empleadora sacar a otro trabajador de su lugar de trabajo por la mera presentación de denuncia que ha hecho otro trabajador en contra del empleador mencionando en su relato a ese trabajador, tercero ajeno al juicio.

El impulso procesal de oficio no es otra cosa que la manifestación del sistema inquisitivo. En materia laboral, no ha sido un tema pacífico en la doctrina nacional por cuanto se ha visto por parte de ella que reaparece en el Juez la figura del Inquisidor. En cuanto a la tutela anticipada del art 492 del C del T. la defensa que pueda hacerse de esta figura legal es insostenible en el fondo y en la forma. Se afectan libertades fundamentales en razón de que una persona, el Juez, es quien decide lo que es justo hacer sin sujeción a recaudo procesal alguno, afectando incluso a terceros ajenos al juicio.

El profesor Palavecino, en una reflexión sobre el sistema inquisitivo en democracia, señala: “Es bien sabido que el sistema inquisitivo tuvo su origen en la inquisición medieval”, agregando que “en el siglo XX fue propiciado por los grandes totalitarismos: nazismo, fascismo y socialismo”³⁷.

Si bien se debe reivindicar la función tutelar del derecho del trabajo en general y del procesal laboral en particular, la norma del art 492 del C del T, por sí misma y más cuando es aplicada a terceros ajenos al juicio, justifica del todo cualquier crítica a la defensa que se pueda hacer del sistema inquisitivo. En efecto, la labor del Juez debe estar más bien orientada a la prosecución de la rapidez del juicio, oficialidad, y a la efectividad del mismo, lo que incluye evitar

³⁷PALAVECINO, C. “El retorno del inquisidor: las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral”. En Revista Latinoamericana de Derecho Social, N°13. México. 2011. Edit. UNAM. Pág136.

que se produzcan vicios que puedan llevar a la nulidad del procedimiento (art.429 del C del T).

No obstante, el legislador fue cauto en cuanto señalar en forma expresa en determinadas normas que el Juez puede actuar *de oficio o a petición de parte*, como justamente ocurre a propósito del art 492 del C del T. Es decir, por ser la actuación de oficio un principio, será entonces un criterio de optimización para intervenir, pero no puede reemplazar a las partes en todo el proceso salvo en las oportunidades o estadios procesales en que expresamente se le ha concedido actuar de oficio el Juez o porque de la lectura o redacción de la norma no se pueda sino concluir que es el Juez quien debe promover la consecución del pleito. Ejemplo de ello es el art. 463 del C del T que señala en lo pertinente “La tramitación de los títulos ejecutivos laborales se desarrollará de oficio”

La facultad de actuar de oficio, no puede, o no debe, convertirse o significar actuaciones arbitrarias cuyo control no exista para instancia o sede alguna.

No se puede concebir a un juez que dicta una resolución que no es recurrible y más aún que esta pueda afectar a un tercero ajeno al juicio, sin pensar que estamos en presencia de una concepción *autoritaria y paternalista* de la administración de justicia. Autoritaria en cuanto a que puede dictar una resolución que afecta a terceros ajenos al juicio y que esta no es revisable por entidad alguna sobre la tierra, teniendo solo como fundamento el que el Juez es una autoridad. Ello no encuentra espacio en el Estado de Derecho y por el contrario es una amenaza al mismo que se verifica cada vez que ello ocurre.

Pero es además paternalista por cuanto considera a las partes y a los tribunales superiores como innecesarios o incapaces de revisar la protección que ha otorgado por vía de la tutela anticipada o controlar la legalidad y constitucionalidad de esa *protección*.

CAPÍTULO IV: PRINCIPALES COLISIONES DE DERECHO EN LA APLICACIÓN A TERCEROS AJENOS AL JUICIOS, DE LA TUTELA ANTICIPADA DEL ART 492 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

1.- En el orden constitucional en general: El deber del Estado como base de la institucionalidad.

El origen del Estado de Sociedad, siguiendo la nomenclatura contractualista, o de sociedad civil, como lo denomina Silva Bascuñan, es variado en cuanto a teorías, pero pueden encontrarse objetivos de este Estado, que son transversales y que Silva Bascuñan describe como “crear, mantener y afirmar las condiciones favorables a la consecución por cada uno de los miembros de su fin específico con el objeto de hacer posible el perfeccionamiento de todos, sin daño y, al contrario, propendiendo al feliz destino ultra terreno de todas las personas que lo integran”³⁸. Un Estado que ofrece beneficios para el ser humano que no podría prodigarse por sí mismo en un Estado de Naturaleza.

A cambio de lo anterior, el individuo cede parte importante de su soberanía personal para entregarla al estado o a la administración del mismo.

La hipótesis contractual opera sobre la base de que si se entrega a la Administración del estado la facultad de autogobernarse, la libertad, por cada individuo, sometiéndose por el contrario a variadas normas de distinta índole que pasan a regular la vida diaria, entonces, esa pérdida de libertad o soberanía debe necesariamente ser a cambio de la protección que como parte del contrato debe entregarme esta entelequia social, Estado, creada como alternativa eficiente y efectiva al *Estado de Naturaleza*.

³⁸ BASCUÑAN, S. “Tratado de derecho Constitucional”, TomoI “principios y Gobierno”. Chile. 1997. Edit. Jurídica de Chile. Págs. 168 – 169.

Como cuestión prioritaria de la protección del individuo por parte del Estado están ineludiblemente los derechos fundamentales o esenciales del hombre. Aquellos que posee por simplemente tener la calidad de ser humano. “La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento jurídico constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma”³⁹

En el entendido anterior, nuestra Constitución asume un compromiso estructural respecto de estas obligaciones *contractuales*, estableciendo como una base de nuestra institucionalidad el respeto y promoción de los derechos esenciales o fundamentales que emanan de la naturaleza humana y que expresamente recoge el artículo 5 inciso 2°, segunda parte, de la CPR que señala como deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos.⁴⁰

A su vez el Estado en la función de administración de justicia, como una de sus manifestaciones de poder, se expresa o desarrolla por medio del poder judicial, tal y como consta del capítulo VI de la CPR. Es decir, la actuación de un juez es la expresión de la voluntad del Estado que no puede desatenderse en su continuidad y en su calidad, sea por el criterio doctrinario filosófico de la teoría del *Contrato Social* o por las manifestaciones normativas positivas de rango

³⁹ NOGUEIRA, H., “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, Tomo I. Chile. 2018. Edit. Librotecnia. Pág. 13.

⁴⁰Constitución Política de la República de Chile, artículo 5, inciso 2°, segunda parte: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

constitucional. La actuación o la omisión, en contrario a estos preceptos necesariamente es también contrario a la Constitución y por cierto susceptible de ser vulnerario de derechos fundamentales.

La obligación constitucional ya descrita no puede desatenderse bajo ningún respecto o bajo pretexto que se pueden vulnerar unos derechos fundamentales para proteger otros o más claramente en el caso en estudio, que el art 492 del C del T permite al juez vulnerar los derechos fundamentales de un trabajador, tercero a un juicio, bajo pretexto que lo hace para proteger a otro trabajador que ha demandado al empleador usando como fundamento la supuesta actuación de ese tercero que no tiene derecho a defenderse en ese juicio.

Sumado a lo anterior, se debe consignar además que el artículo 1 de la CPR establece en su inciso tercero que el estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad⁴¹, lo que implica que de adoptarse medidas en contra de un tercero ajeno al juicio en virtud del artículo 492 del C del T que ocupe o desarrolle actividades sindicales o gremiales, importa una transgresión directa a la CPR, en razón de la norma anotada y de la libertad sindical.

En las dos circunstancias anteriores, aparece el Estado, en su manifestación de garante de la paz social mediante la administración de justicia, usando el poder judicial para atentar en contra de las bases de la institucionalidad, cediendo, ante la coquetería del poder, valores relevantes que

⁴¹Constitución Política de la República de Chile, artículo1, inciso 3º: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.”.

se le han entregado en custodia, teniendo contradictoriamente como justificante esos mismos valores, los derechos fundamentales.

La norma del artículo 492 del C del T es considerada por algunos autores como una norma inconstitucional, entre otras razones por no respetar el debido proceso: Uribe y Olivares, en su memoria de grado⁴² y Eterovic⁴³, pero ello no puede ser acentuado por la actuación del Juez que pretende extender sus facultades para fallar más allá de las partes involucradas en el litigio. El Estado es el Juez cuando actúa este en su función jurisdiccional, pero lo representa con limitaciones constitucionales. En efecto, el artículo 6 de la CPR, expresamente y en forma categórica obliga a, por una parte, actuar de acuerdo a la CPR y por otra parte a garantizar el orden institucional de la República.

Dicho mandato constitucional es obligatorio no solo para los titulares de los órganos del Estado, sino para toda persona o grupo.

⁴² “Ahora bien, esta forma de resguardo de derechos ha despertado una discusión poco pacífica en la doctrina nacional, entre quienes sostienen que este mecanismo procesal sería inconstitucional, entre quienes sostienen que este mecanismo procesal sería inconstitucional, porque vulneraría derechos consagrados en la Constitución, como el debido proceso e igualdad ante la ley,...” URIBE, E. y OLIVARES, F. “La tutela anticipada en el procedimiento de tutela laboral. Estudio y análisis para su acertada comprensión” (proyecto de memoria para optar al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas). Chile. 2016. Universidad de Chile. Pág. 122.

⁴³ “El proceso lo que hace es consagrar un método legítimo de solución de conflictos, para que a la hora de alcanzar determinado fin (no importa cual siempre que sea legítimo), se respeten los medios que nosotros mismos hemos consagrado para disminuir, solo dentro del juicio y en cuanto al trato de las personas, las diferencias fácticas. Estas reglas que permiten al juez igual jurídicamente a quienes son naturalmente desiguales y que vienen dadas por el proceso son, entre otras, la bilateralidad de la audiencia, la imparcialidad del juzgador, la posibilidad de aportar pruebas, el derecho a impugnar, etc. Dicho marco procesal – constitucional no permite, en caso alguno, la existencia de tutelas anticipadas. En específico, las tutelas anticipadas particulares del proceso laboral chileno nos parecen inconstitucionales...” ETEROVIC, P. Ob. cit. Pág. 24.

La actuación del Juez que en virtud del artículo 492 del C del T, adopta una medida, por medio de una resolución judicial que afecta a un tercero ajeno al juicio, es, en razón de lo indicado en los últimos dos párrafos, una actuación inesperada del Estado de Derecho. Actúa al margen de la Constitución y por ello esa actuación es lesiva de derechos fundamentales y en rigor habilita para hacer efectiva la responsabilidad que indica el artículo 6 de la CPR en su parte final.

Es la mera discrecionalidad del Juez la que pulula por toda interpretación que se haga del art 492 del C del T. En efecto, el Estado se desentiende de los deberes constitucionales de control sobre sus autoridades o representantes o exponentes del poder estatal, en este caso el Juez. Lo que conlleva a entregar discrecionalidad donde debe haber prudencia y control procesal, con el riesgo evidente de actuaciones inconstitucionales. Tal y como apunta RUAY a propósito de su análisis crítico de *las potestades atípicas del Juez Laboral*⁴⁴.

Se socava entonces, por una actuación contradictoria al objeto del Poder Judicial, las bases de la institucionalidad consagrada en la CPR. No se promueven los derechos fundamentales, que se han encargado respetar y promover por el constituyente, como ya se había indicado.

⁴⁴ “En el caso del Juez resulta particularmente compleja la atribución de potestades discrecionales, pues implica al menos reconocerle un ámbito de participación activa en el desarrollo del debate dialéctico llevado a cabo por las partes, arriesgando con ello su imparcialidad, y abriendo paso a la eventual vulneración de garantías procesales de rango constitucional” RUAY, F., “Las potestades atípicas del Juez laboral, una lectura crítica”. Chile. 2017. Edit. Ediciones Jurídicas de Santiago. Pág. 104.

El bien común y su promoción que establece el artículo 1 inciso 4 de la CPR, como obligación del Estado, no puede estar sujeto sino a al respeto pleno de los derechos fundamentales.⁴⁵

2.- En el Orden Constitucional en particular.

2.1.- El debido proceso en general.

Siguiendo al TC de Chile, este ha relevado dos valores fundamentales del procedimiento para que sea calificado de *debido*; debe a lo menos ser “racional y justo”⁴⁶. Este alcance que se puede apreciar, con algo más de precisión en el fallo de que da cuanta la cita, sigue siendo genérico y por ende debe estarse a los derechos y garantías que subyacen a este concepto.

Los presupuestos mínimos del debido proceso, están relacionados “con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”⁴⁷

⁴⁵ Constitución Política de la República de Chile, art 1 inciso 4: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”.

⁴⁶Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1838 - 2010, de 7 de julio de 2011, c. 10.“el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”

⁴⁷Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1518, de 21 de octubre de 2010, c. 23.

No siendo este trabajo un desarrollo acabado del debido proceso, nos limitaremos a mencionar cuales son los contenidos del mismo y cuáles son a nuestro entender las agresiones que reciben por parte del art 492 del C del T en cuanto tutela anticipada aplicada a terceros ajenos al juicio.

2.1.1.-Derecho a no ser juzgado por comisión especial, sino por el tribunal que señale la ley.

La jurisdicción debe ser ejercida por un juez investido de tal calidad, de acuerdo a la CPR y las leyes, y debe existir antes del conflicto de relevancia jurídica entre partes sobre cuyo asunto tenga competencia. Es el derecho a ser enjuiciado por el *juez natural*⁴⁸.

Todo individuo está sujeto a la actuación protectora del Estado a cambio de una concesión de la soberanía personal. Esta importante concesión se da en el marco de un Estado de Derecho con varias limitaciones, entre ellas que las resoluciones que dicten los tribunales de justicia deben ser cumplidas por el ciudadano a quien incumbe dicha actuación judicial o que forma parte del litigio.

La pregunta que sobreviene entonces es quien es el Juez Natural que debe dictar una medida que implica por ejemplo que un trabajador deba salir de su lugar de trabajo. La respuesta no puede ser, sino que el Juez que conoce de una acción contra esa persona o que ha escuchado a esta y lo ha hecho en virtud de un debido proceso.

⁴⁸ “Tales preceptos establecen el derecho al *juez natural* o al “*juez ordinario*”, lo cual exige que el órgano judicial haya sido *creado por la norma legal previamente, que esta lo haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial* . Nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, como asimismo, nadie puede ser desviado dentro de la justicia ordinaria del juez natural que le corresponde que conforme a la ley le corresponda objetivamente y que esté determinado previamente.”. NOGUEIRA, H. 2018....Ob. cit. Tomo I. Pág.480.

En el sentido amplio del concepto, al pretender un tribunal laboral aplicar una resolución a personas ajenas al juicio, entra en la calificación que el TC ha indicado para determinar lo que se denomina *comisión especial* esto es " todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho"⁴⁹

El concepto *comisión especial* ha debido entenderse como lo contrario a lo que la doctrina constitucional ha denominado el *Juez Natural*, esto es el juez que debe conocer de un asunto.

Dicho de otra forma, el juez que puede aplicar cualquier medida que modifique la relación laboral de un trabajador debe ser el que está conociendo de un juicio en que es parte ese trabajador y que por ende ha tenido el derecho a defensa para intentar impedir la resolución gravosa que se ha dictado en su contra.

Así las cosas, la dictación de una resolución que afecta a personas que no son parte de un juicio, no son dictadas por el juez natural que es el que puede aplicar las medidas y sanciones a las partes en un proceso judicial.

2.1.2.- El derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial.

El Juez que conoce de lo que las partes señalan en un juicio de un tercero ajeno a este, no reviste el carácter de un juez imparcial, toda vez que este tercero no ha podido ejercer los más elementales derechos a su defensa con el objeto de desestimar las circunstancias que el Juez ha establecido.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 184, de 7 de marzo de 1994, considerando 7, letra f.

La contaminación del Juez no da espacio a depuración alguna, ya que la resolución que dicta en razón del art 492 del C del T, se ha dado sin contradictorio y sin recurso incluso para las partes.

2.1.3.- El derecho a la defensa jurídica y a la asistencia letrada:

En el caso de análisis un tercero ajeno al juicio no podrá evidentemente hacer uso de este derecho, no podrá en consecuencia, como ha indicado el tribunal constitucional, “obtener el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad”.⁵⁰

2.1.4.-El derecho a la bilateralidad de la audiencia

Este derecho se fundamenta en que el afectado por una resolución judicial debe tener conocimiento del proceso en que aquella se ha dictado, de manera oportuna y legal. Incluye por tanto la naturaleza del contradictorio del procedimiento, que como hemos apreciado no concurre a la aplicación del art 492 del C del T a un tercero ajeno al juicio y por cierto tampoco a las partes.

Bajo el subtítulo “Infracción a los efectos relativos de las resoluciones judiciales y la intangibilidad de los derechos laborales.”, analizaremos el por qué las resoluciones judiciales en general deben afectar solo a las partes en litigio o a terceros que hayan intervenido en este en las formas que la ley establece, pero que en caso alguno podían afectar a terceros ajenos al juicio.

Podemos adelantar desde ya, a propósito de la bilateralidad de la audiencia, que en materia procesal laboral para determinar el efecto relativo de

⁵⁰Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1411 – 2009 de 7 de septiembre de 2010, c. 7.

las resoluciones, si bien bastaría atenernos a lo señalado en el subtítulo ya indicado, hay ciertos indicadores adjetivos laborales que permiten establecer que el alcance de las resoluciones afecte a quienes han participado en la causa, quienes han formado parte de la bilateralidad de la audiencia en que se dictan y no respecto de terceros ajenos al juicio.

El art. 425 del C del T, establece un catálogo de principios laborales que se ubican bajo el capítulo II de los principios formativos del proceso y del procedimiento en juicio del trabajo.

Dentro de ese listado se incluye el principio de *bilateralidad de la audiencia* en cuanto a que las partes deben tener la oportunidad de hacer valer sus alegaciones, excepciones y defensas.

De las varias manifestaciones en que se nos aparece la bilateralidad de la audiencia está el derecho a presentar e impugnar pruebas. "En los hechos juega el principio de bilateralidad y contradicción (todo proceso se implementa entre dos partes que alegan y replican procurando llevar certeza al Juez sobre la verdad de sus afirmaciones). Y en materia probatoria significa que las partes tienen derecho a producir prueba; controlar la que su contraria genere; evitar que se traigan materiales prohibidos o que sean pruebas superfluas o inútiles (en este último caso, trabajan las facultades judiciales de selección y ordenación)".⁵¹

El sentido y alcance de este principio es justamente que las decisiones jurisdiccionales que puedan afectar a una persona, natural o jurídica, hayan sido puestas en conocimiento de esa persona, sea parte o tercero interviniente para efectos de que ejerza en la etapa de la discusión todas las argumentaciones que

⁵¹GOZAÍNI, O. "Obtención y valoración de la prueba ilícita". En "Proceso Civil, hacia una nueva justicia civil" OLIVA,A; PALOMO, D. (coordinadores). Chile. 2007. Edit. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 337.

tiendan a evitar lo dañoso que pueda contener la resolución judicial que pueda terminar aplicándosele.

De extender los efectos de una resolución a un tercero ajeno al juicio, necesaria e ineludiblemente se rompe el principio de bilateralidad de la audiencia, ya que además no podrá recurrir del acto judicial para el caso que se contemplara esa posibilidad, que como hemos analizado no se contiene en el art 492 del C del T, la tutela anticipada en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Se debe tener presente además que, en el ámbito recursivo, prima el *principio de congruencia*, por el cual la argumentación del recurso debe ser congruente con lo esgrimido por el recurrente en la etapa de discusión del procedimiento que dio origen a la resolución que se recurre. Es decir, si de alguna forma se entendiera que es procedente algún recurso, este no sería susceptible de ser esgrimido por un tercero ajeno al juicio.

El C del T ha dado especial atención a la traba de la *litis* ordenando que la primera notificación a la parte demandada sea “personalmente”.⁵² Incluso cuando se regula la actuación en sede administrativa para efectos del requisito de procesabilidad del procedimiento Monitorio, que contiene una posibilidad de tutela anticipada. En efecto, cuando se notifica la citación al comparendo de estilo en

⁵² C del T de Chile, art 436 inciso primero, primera parte: “La primera notificación a la parte demandada deberá hacerse personalmente, entregándosele copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído.”.

sede administrativa, indica la norma que “en este caso, deberá entregarse personalmente dicha citación al empleador”⁵³.

Qué sentido tendría la preocupación del legislador de adoptar las máximas medidas en la traba de la *litis* en cuanto a que las partes, en particular la demandada, denunciada o reclamada, según el caso, que debe recibir la noticia de que se ha presentado en su contra una petición administrativa o judicial sea notificada personalmente, si finalmente la resolución que se dicte en razón del art. 492 del C del T afecta a un tercero ajeno al juicio que no ha tenido noticia alguna del conflicto de relevancia jurídica.

Desde luego no salva la agresión al efecto relativo a las partes o terceros intervinientes de las resoluciones en sede laboral, el que se pida por resolución a una de las partes que afecte el derecho de un tercero ajeno al juicio, como que se pida al empleador que cambie a un trabajador de lugar de trabajo, aunque ese trabajador no tenga razón alguna del juicio en que se ha dictado esa resolución.

2.1.5.- El derecho al debido emplazamiento.

Como derivado del derecho antes indicado, para que el procedimiento surta efectos sobre las personas, estas deben ser emplazadas. Es una ritualidad sin la cual los efectos del procedimiento, no pueden aplicarse respecto de los no emplazados. Colombo Cambell es enfático al indicar que: “En todo caso, lo que nunca puede faltar en algún momento, es el emplazamiento, o sea, la notificación

⁵³ C del T de Chile: art 497 inciso tercero: “La citación al comparendo de conciliación ante la Inspección del Trabajo se hará mediante carta certificada, en los términos del artículo 508, o por funcionario de dicho organismo, quien actuará en calidad de ministro de fe, para todos los efectos legales. En este caso, deberá entregarse personalmente dicha citación al empleador o, en caso de no ser posible, a persona adulta que se encuentre en el domicilio del reclamado.”.

suficiente a los sujetos afectados o interesados, de que el proceso existe, que pueden defenderse, y que sentencia (sic) les sea oponible directamente."⁵⁴

Si respecto de este tercero ajeno al juicio no ha habido emplazamiento no puede entonces dictarse una resolución que lo afecte, sin agredir el derecho a *emplazamiento*.

2.1.6.-El derecho de revisión judicial por un tribunal superior.

Si bien, la afección a este derecho por parte del art 492 del C del T tiene que ver con los vicios de inconstitucionalidad que algunos autores han advertido y una de cuyas manifestaciones es que no tienen recurrencia alguna ante el tribunal superior jerárquico, lo hemos tratado en la aplicación de la tutela anticipada a terceros en el caso del art 492 del C del T, en el entendido de que de existir la revisión jerárquica, podría por vía disciplinaria el tribunal superior corregir el procedimiento incluso de oficio ya que necesariamente llevaría la nulidad del acto.⁵⁵ En efecto, cualquier resolución que afecte directamente a terceros ajenos al juicio debiera ser considerada nula por cuanto sería contra norma constitucional como las descritas o contra ley como las señaladas en el curso de este trabajo.

⁵⁴Colombo Campbell, Juan: *El debido proceso constitucional*. En Cuadernos del Tribunal Constitucional de Chile, N° 32. Chile. 2006. Pág. 93.

⁵⁵ C del T de Chile, art. 429, inciso tercero, primera parte: “El tribunal corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento.”

2.1.7.- Inexistencia de posibilidad de defensa.

El tercero ajeno al juicio, por definición, al no ser parte en este no tiene posibilidad de defensa respecto a las imputaciones que una de las partes, o incluso ambas, le haga.

No ha sido emplazado y en rigor el juicio de que se trata pudiera pasar en el desconocimiento del tercero ajeno toda vez que no corresponde se le notifique resolución alguna de lo que ahí ocurra.

En el ejemplo que hemos seguido de un trabajador que ha tomado conocimiento que en un juicio en que no ha sido parte se resolvió sacarlo de su puesto de trabajo para trasladarlo a otro lugar, resulta ser objeto de una verdadera sanción, como es determinar que salga de su lugar habitual de trabajo. Lo que además lleva implícito la imposibilidad de acercarse al lugar donde trabaja y al resto de los trabajadores que ahí laboran. Se le veda la asistencia a un lugar de la república sin haber sido objeto de acción judicial alguna.

2.2.- La libertad individual y la seguridad individual.

Salvo los estados de excepción constitucional y las medidas adoptadas en materia penal y de familia, la limitación para que un ciudadano quede impedido de recorrer el país por vía de decisión judicial no puede y por cierto no deben encontrarse con facilidad.

La libertad individual, se manifiesta por medio de la libertad de movimiento o ambulatoria y está consagrada su protección por vía constitucional en cuanto no puede ser afectada, según indica el art 19 N°7 letra a) de la CPR.⁵⁶

⁵⁶ Constitución Política de la República de Chile artículo 19, número 7, letra a): "toda persona tiene el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y

En el caso que hemos seguido por vía de ejemplo en cuanto a que en virtud de la tutela anticipada se obligue a un tercero ajeno al juicio, otro trabajador, a salir de su lugar habitual de empleo, se afecta esta libertad que dicho sea de paso no solo es para movilizarse sino también para permanecer en algún lugar de la república.

En otro aspecto, pero estrechamente ligado a libertad individual, la seguridad individual es una garantía o protección de la libertad individual. La CPR actúa en este sentido como una garantía de la libertad individual prohibiendo la privación de esa libertad en este caso ambulatoria, lo que consagra en el art 19 N°7 letra b)⁵⁷.

2.3.- La Integridad física y psíquica:

Este derecho se ha entendido por la doctrina de una forma amplia, que contiene la preservación y cuidado de todas las partes del cuerpo, ligando entonces la protección de la vida a la protección de la salud como deber del Estado.

Siguiendo el método cartesiano de análisis, para proteger la vida, debemos proteger la salud y para salvaguardar esta última debemos concebirla en sus ámbitos físico y mental.

Es entonces la integridad de la salud en todos sus aspectos el bien jurídico que da protección a la vida.

salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros".

⁵⁷ Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, número 7, letra b): "nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes".

El desarrollo de la vida debe tener como garantía estatal que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente ni desde luego ser lesionado mentalmente.

La Constitución Política de la República parte en su catálogo de derechos fundamentales con el de la vida en el artículo 19 N°1, del modo siguiente: “La Constitución asegura a todas las personas” “1° el derecho a la integridad física y síquica de la persona”.

Antecedentes históricos se encuentran en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 5), los convenios de Ginebra de 1949 (protocolo II art 4).

En época más reciente el Pacto Internacional de los Deberes Civiles y Políticos de 1966 (art 7) y la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1968 (art 5), reconocen y en especial promueven el derecho a la vida y la integridad individual en los conceptos que vimos más arriba.

El derecho laboral no solo tiene un hondo contenido social y público, sino que contiene una relación contractual de subordinación y dependencia, que configura que un individuo quede bajo las órdenes de otro, persona natural o jurídica, y que por ende el *subordinado* y *dependiente* debe estar rodeado de ciertos cuidados o tutelas para que la relación contractual respecto del trabajador no alcance la calificación de sumisión.

La normativa del ramo se ha sistematizado entonces para que permita al administrador de justicia o más precisamente al aplicador de la ley, el Juez, en representación del estado adopte las medidas para que esta relación de protección se desarrolle en su plenitud.

La aplicación del art 492 del C del T a un tercero, que sea un trabajador, rompe esta misión del Juez, resulta una infidelidad con la norma y los principios

que la inspiran, causando una muy presumible afección psicológica y por cierto física del afectado.

Es el estado, representado en el Juez, quien agrede a un tercero, que no ha tenido opción de defensa y por ello es la mayor agresión que puede sufrir un ciudadano, lo que hace que los remedios que analizaremos en la parte de las *soluciones* partan de esta realidad.

Es el Estado que en lugar de traer tranquilidad y paz al ciudadano le produce el temor de que no es su protector sino justamente lo contrario.

2.4.- Derecho a la honra.

A diferencia del honor, que es un concepto de orden interno privado y subjetivo de cada individuo, la honra, establecida como un derecho en el numeral cuarto del art 19 de la CPR⁵⁸, es un concepto externo relativo a la opinión que los demás tienen de una persona. “El núcleo esencial del derecho a la honra consiste en el derecho que tiene toda persona a ser respetable ante sí mismo y ante los demás, la que se construye con la verdad e integridad personal, y el cumplimiento de sus obligaciones familiares y sociales, como a sí mismo con el respeto del orden jurídico vigente”⁵⁹

De la cita anterior se colige que la afectación de la honra es tal, incluso cuando se genera un halo de mala de reputación de una persona, cuando hay actos que permiten concluir o inducen a que determinado individuo merece un reproche en su honor, por ello el derecho a la protección de la honra es propio de

⁵⁸ Constitución Política de la República de Chile, art 19 N° 4, inciso primero: “4° El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.”

⁵⁹ NOGUEIRA, H. “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.”, Tomo II. Chile. 2018. Edit, librotecnia. Pág. 213

su humanidad y resulta de heteroestima. En palabras de Nogueira: “En un ordenamiento constitucional que protege y promueve la dignidad de la persona no se puede mantener una concepción de la honra solo como la reputación de la persona o la buena fama que presenta frente a terceros y la sociedad, sino que debe asegurar y proteger la verdad, integridad y autenticidad de la persona a través de sus actos y comportamientos”.⁶⁰

La concesión de un tutela anticipada, en varias manifestaciones en que esta se puede dar y sin lugar a dudas en el ejemplo que hemos seguido de sacar a un trabajador de su lugar de trabajo por los alcances respecto a su persona que ha hecho un trabajador denunciante en un juicio que ha incoado en contra de su empleador, construye en definitiva la idea previa, sin posible defensa del trabajador afectado, que es una amenaza para otra persona por su sola presencia física, generando una imagen negativa y denostativa de esa persona por parte de sus pares.

La resolución que se dicta bajo el convencimiento anterior en virtud del art 492 del C del T, constituye una presunción social de veracidad sobre los hechos negativos que la parte denunciante ha hecho respecto de este tercero ajeno al juicio y que no ha tenido posibilidad de desmentir. El entorno es afectado en la opinión y el buen nombre del tercero.

2.5.- La libertad de trabajo.

La actual Constitución Política de 1980 asegura la libertad de trabajo con una redacción bastante amplia, referida a la libertad de trabajo y su protección, la

⁶⁰NOGUEIRA, H. 2018. Ob. cit. Pág. 213.

libre contratación y libre elección de trabajo con una justa retribución. (Artículo 19 N°16).⁶¹

La libertad de trabajo habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibido por la ley.

Se ha concluido que la disposición citada no sólo ampara la libertad de trabajo sino el trabajo mismo.

Por tanto, la libertad de trabajo, la facultad o poder de desarrollarlo sin alteraciones que lo conculquen, contemplada en nuestra Constitución comprende entre otros aspectos, que se reconoce el valor del trabajo y la dignidad del trabajador.

En el caso que hemos seguido de ejemplo, cuando al empleador se le pide que saque de su lugar de trabajo a un trabajador ajeno al juicio, la libertad de trabajo de ese trabajador se ve afectada desde que es privado de asistir al lugar en que habitualmente ejerce sus servicios y de trabajar como siempre lo ha hecho.

2.6.- La libertad sindical.

Los arts. 289 a 292 del C del T, referidos a prácticas antisindicales y desleales, se han incluido en su tramitación en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. No obstante esto, justamente por aplicación del art 492 puede ser vulnerado, tal y como se analizará en este acápite.

La libertad sindical o gremial busca garantizar que los trabajadores, cualquiera sea su participación en la institución a la que pertenece, pueda formar parte de una agrupación que vele por sus intereses.

⁶¹ Constitución Política de la República de Chile, art 19 N° 16, incisos primero y segundo: “La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.”.

Para que la libertad sindical pueda ser efectiva hay que distinguir varios elementos que se deben conjugar para garantizarla, formar agrupaciones de trabajadores reconocidas legalmente, poder negociar colectivamente, tener derecho a huelga y finalmente tener derecho a protección o fuero de quienes dirigen esas agrupaciones.

Si bien en el ámbito de los trabajadores públicos el derecho a negociar colectivamente y el derecho a huelga han sido más bien reconocidos en la práctica que en el derecho positivo, sí se ha legislado respecto del reconocimiento a las asociaciones gremiales y el fuero de sus dirigentes.

La dictación de la ley 19.296, sobre asociaciones, reguló en el artículo 25 el fuero, en que señala en su inciso 2° lo siguiente: “Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, los dirigentes no podrán ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin su autorización por escrito.”

La libertad sindical y el derecho a negociar colectivamente de los sindicatos ha tenido reconocimiento constitucional en el art 19 números 16 y 19 de la CPR.

La alteración de las funciones de un trabajador, cuando en virtud del art. 492 del C del T se le impida ingresar a su lugar habitual de trabajo para hacer sus labores regulares necesariamente modifica su función y por cierto la de dirigente gremial o sindical ya que además no puede ingresar a un lugar donde muy probablemente haya asociados.

2.7.- Derecho a la propiedad en el cargo.

Desde que el procedimiento de derechos fundamentales se ha hecho aplicable a los funcionarios públicos, estos quedan expuestos a la aplicación de la tutela directa que contempla este procedimiento, lo que implica que siguiendo nuestro ejemplo, si se ordena se saque de su lugar habitual de trabajo a un

trabajador, se le impide a este trabajar como lo hacía y donde lo hacía en forma habitual. Es decir, se le afecta el derecho a propiedad que tiene sobre el cargo.

La configuración Constitucional del derecho de Propiedad comprende tanto el derecho de propiedad sobre cosas materiales como inmateriales. En efecto, el artículo 19 N°24⁶² supera las equivalencias del artículo 582 y 583 del C.C⁶³, ya que recae el derecho sobre bienes corporales e incorporeales.

El ejercicio del derecho de propiedad comprende las facultades de los iura: iusutendi, iusfruendi y iusabutendi (derecho de uso, de disfrute y de disposición), que son las facultades o derechos subjetivos que el derecho de propiedad confiere al dominio.

Sin perjuicio de la intangibilidad de los derechos laborales, y para el caso de que hiciera a un lado la misma, aún persistirá el derecho de propiedad sobre la forma y las condiciones en que se debe ejercer el empleo o cargo que se ostenta. Se afecta el uso y el disfrute del mismo con la aplicación de la tutela

⁶² Constitución política de la República de Chile, art 19 N°24, incisos primero y segundo: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”.

⁶³ Código Civil de Chile, arts. 582 y 583: Art. 582. “El *dominio* (que se llama también *propiedad*) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.

Art. 583. Sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.”

anticipada del art 492 del C del T que cambia las condiciones de trabajo de un trabajador, por cuanto sin haber sido objeto de un proceso administrativo disciplinario se le cambian unilateralmente la forma de ejercer sus funciones.

3.- En el orden legal

3.1.- Intangibilidad de los contratos.

Desde el art 1545 Código Civil Chileno⁶⁴ hasta como principio del derecho internacional bajo la denominación, en este último caso, de *pacta sunt servanda*, la intangibilidad de los contratos es un principio rector del derecho en general que busca la paz social, sobre la base de que lo acordado no puede ser alterado unilateralmente.

Con las limitaciones legales que la normativa de cada país establece, los contratos no solo no pueden ser alterados por las partes de manera unilateral, salvo casos debidamente regulados en el derecho laboral. Desde luego está vedado que un tercero pueda alterarlo, aunque este tercero sea un Juez, salvo el caso desde luego que las partes del contrato sometan a la jurisdicción, no el cambio de un contrato sino más bien una interpretación del mismo. En rigor, el juez no cambia en este caso el contrato, sino que lo interpreta en la parte en que los justiciables lo han pedido por ser un punto no pacífico.

Como veremos, en el derecho laboral, no solo se aplica estrictamente este principio de intangibilidad, sino que además adquiere características especiales, justamente por el rol tutelar del derecho laboral. Gamonal indica que “En el derecho general se habla de *pacta sunt servanda* y, en el derecho del trabajo, este principio adquiere particularismos ya que las alteraciones favorables al trabajador son siempre permitidas prohibiéndose las enmiendas en perjuicio del

⁶⁴ Código civil chileno, art 1545 “Todo **contrato** legalmente celebrado es una **ley para** los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

empleado. Dado que el trabajador no participa del riesgo de la empresa, ni aún a pretexto de un cambio de circunstancias el empleador podrá incumplir sus obligaciones.”⁶⁵

Podemos anticipar que el Juez laboral que conoce de una causa entre un trabajador y un empleador, no podrá fallar afectando el derecho o principio de intangibilidad que le asiste a otro trabajador tercero ajeno al juicio. En el ejemplo que hemos seguido, no puede ordenar al empleador que cambie de funciones o lugar de trabajo a otro trabajador que no ha sido parte en el juicio en que se dicte esa resolución, por cuanto ello implica un cambio en sus condiciones.

El deber del empleador, del Juez laboral y del Estado, es dar primacía al derecho protector, de hecho, Gamonal inserta este principio “claramente dentro del de protección”. ⁶⁶ Esto es, el derecho rector del derecho laboral, en cuanto tutelar, cuyo significado radica en ser un “criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”⁶⁷

El contrato de trabajo, y sus condiciones, son el emergente de las conquistas sociales que permiten garantizar ciertos mínimos contractuales en materia laboral y distinguir entre la subordinación y la sumisión, como sería el caso que el empleador pudiera alterar unilateralmente un contrato laboral o un tercero.

⁶⁵ GAMONAL, S. “Fundamentos de derecho laboral”. Chile. 2008. Edit. Lexis nexis. Pág.132.

⁶⁶ GAMONAL, S. 2008. Ob. cit. pág. 132.

⁶⁷ PLÁ, A. “Los principios del derecho del trabajo”, tercera edición.. Buenos Aires. 1998. Edit. Depalma. Pág. 61.

No puede sino ser incongruente entonces que en virtud de la tutela anticipada del art 492 del C del T sea un Juez Laboral quien obligue a alterar este principio, ordenando que el empleador deba sacar a un trabajador de su lugar habitual bajo amenaza de multa.

En los arts. 9 incisos primero a cuarto, 11, 12 inciso primero del C del T⁶⁸, sin perjuicio de lo que se pueda colegir de otras normas de este cuerpo legal, se

⁶⁸ C del T de Chile: Art. 9°. “El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante.

El empleador que no haga constar por escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales. Si el trabajador se negare a firmar, el empleador enviará el contrato a la respectiva Inspección del Trabajo para que ésta requiera la firma.

Si el trabajador insistiere en su actitud ante dicha Inspección, podrá ser despedido, sin derecho a indemnización, a menos que pruebe haber sido contratado en condiciones distintas a las consignadas en el documento escrito.

Si el empleador no hiciere uso del derecho que se le confiere en el inciso anterior, dentro del respectivo plazo que se indica en el inciso segundo, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador.

Art. 11. Las modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo.

No será necesario modificar los contratos para consignar por escrito en ellos los aumentos derivados de reajustes de remuneraciones, ya sean legales o establecidos en contratos o convenios colectivos del trabajo o en fallos arbitrales o en acuerdos de grupo negociador. Sin embargo, aun en este caso, la remuneración del trabajador deberá aparecer actualizada en los contratos por lo menos una vez al año, incluyendo los referidos reajustes.

ha recogido el principio de intangibilidad en cuanto se exige la firma de ambas partes, la concurrencia ambas voluntades, trabajador y empleador en la suscripción del contrato y para su modificación, estableciéndose una verdadera sanción al empleador que no escritura el contrato al establecer una presunción legal en que se tendrán, en ese caso, como cláusulas del contrato las que señale el trabajador.

La normativa laboral excepcional y restringidamente permite la alteración del contrato en forma unilateral por el empleador en el llamado *iusvariandi*, poniendo de relieve que no se puede modificar *per se* el contrato de un trabajador en forma unilateral.

El juez no goza del *ius variandi* que contempla el art 12 del C del T y no puede provocarlo, sin la imprudente actitud de asumir funciones de empleador o empresario. Por descontado además tampoco lo podrá ejercer el empleador para evitar la multa del art 492 del C del T, sin afectar los derechos fundamentales del trabajador en la forma que ya se ha desarrollado la idea.

3.2.- Potestades de mando del empleador.

El art. 306 del C del T reconoce la facultad del empleador para organizar, dirigir y administrar la empresa. Estas facultades son básicas para el funcionamiento económico cualquiera sea la convicción ideológica que al respecto se tenga. Como señalan Thayer y Novoa “Al margen de cualquier concepción doctrinaria o jurídica que se tenga sobre la empresa y la evaluación que se haga de su tamaño, ella representa una unidad con su propia organicidad, que requiere

Art. 12. El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.”.

indispensablemente para su marcha de alguien que la estructure, oriente y dirija”

69

Señalan los profesores Thayer y Novoa que “Como expresiones de la facultad de mando del acreedor de trabajo cabe señalar las tres siguientes: a) El poder de dirección. b) El *iusvariandi*. c) La facultad o poder disciplinario”⁷⁰

Por su parte Gamonal y Guidi distinguen en el empleador una facultad potestativa que “comprende, a su vez, tres facetas distintas, a saber, la potestad de mando o dirección, la potestad de reglamentación y la potestad disciplinaria”⁷¹.

La intervención estatal, y en sede judicial el representante del Estado es el Juez, en el funcionamiento de la empresa no puede sino quedar sujeto a las cuestiones que sean debatidas entre las partes y más precisamente en lo atinente a ellas. No puede en consecuencia el Juez, ni aún a petición de parte ordenar al empleador que cambie de lugar de trabajo o funciones a un trabajador en la hipótesis de que otro trabajador, litigante, se siente afectado por la presencia de aquel que no ha sido parte en el juicio.

La intromisión del Juez, en la forma señalada, implica una actuación más allá de sus facultades como ya se ha reseñado desde otros puntos de vista, que en este caso tienen alcances empresariales, intentando el sentenciador hacer uso de la *facultad de mando o potestativa*.

⁶⁹ THAYER, W. y NOVOA P. “Manual de Derecho del Trabajo”. Chile. 1980. Edit. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 171.

⁷⁰ THAYER, W. y NOVOA P. 1980. Ob. cit. Pág. 172.

⁷¹ GAMONAL, S. Y GUIDI, C. “Manual del Contrato de Trabajo”. Chile. 2015. Edit. Legal Publishing, pág 130.

Ya no se trata acá de equilibrar la relación laboral, sino que en virtud de entregar una tutela anticipada, se le restringe a la parte empleadora la facultad básica que deriva del contrato de trabajo, en una suerte de expropiación de derechos, que tampoco arriba a un puerto de fines nobles ya que como advertíamos, tenía consecuencias negativas en varios aspectos para el trabajador que, al menos en el intento, era objeto de una verdadera sanción en que el Juez ordenaba al empleador su ejecución sacándolo del lugar de trabajo.

3.3.- Art. 5 y art 184 del Código del Trabajo.

Brevemente, debemos señalar que la norma del art 5 del C del T⁷² impone al empleador una fuerte limitación a uso de las facultades anotadas en el subtítulo inmediatamente anterior. En efecto, los derechos fundamentales están por sobre las facultades del empleador y podríamos decir, desde ya, que por sobre cualquier facultad de cualquier persona natural o jurídica.

En congruencia con la normativa anterior, en el art. 184 inciso primero del C del T⁷³, el legislador laboral ha reforzado la idea de protección al trabajador imponiendo al empleador un deber de acción dirigido a proteger a los trabajadores en la vida y salud, tanto física como síquica.

Ya en el título sobre la afectación de derechos fundamentales a que llevaba la norma de la tutela anticipada del art. 492 del C del T cuando se

⁷² Código del Trabajo de Chile Art. 5°: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”.

⁷³ Código del trabajo de Chile art. 184 inciso primero: “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.”.

aplicaba a terceros ajenos al juicio, a trabajadores que no han formado parte de litigio alguno, pudimos advertir que resultaban vulnerados justamente derechos que tienen que ver con la vida y la salud. Ello en virtud de una orden judicial.

La tutela anticipada en el caso de análisis de este trabajo, se convierte en una aplicación perversa que genera un conflicto falso de derechos.

Es perversa, porque en nombre de un trabajador se afecta a otro, en nombre de tutelar un derecho se vulneran otros de igual relevancia o magnitud y es falsa, porque para proteger a un trabajador hay varios mecanismos que en caso alguno contemplan afectar los derechos fundamentales de otro.

Se intimida al empleador para que afecte lo establecido en el art 5 y el 184 ambos del C del T, bajo el argumento falaz de estar protegiendo justamente la normativa de esos artículos y por ello se le impone una multa sino cumple lo ordenado por el Juez.

El ordenar al demandado o denunciado cumplir una resolución que afecta a un tercero ajeno al juicio es en definitiva un reconocimiento de que el sentenciador no tiene derecho a aplicar esa resolución a ese tercero por ser ajeno al juicio.

3.4.- Infracción a los efectos relativos de las resoluciones judiciales y la intangibilidad de los derechos laborales.

Como se analizará en la parte final de este trabajo, la resolución judicial que ordena una acción contra un tercero ajeno al juicio, aun cuando esté basada en la norma del art 492 del C del T, resulta ser el acto ilegal o arbitrario, por cuanto extiende los efectos de un juicio a un tercero ajeno al mismo.

Las resoluciones, en especial cuando son gravosas a alguna persona, solo puede afectar a las partes del juicio. En efecto, si bien en un procedimiento pueden *intervenir* terceros, esa intervención debe cumplir ciertas formalidades.

Ello para recibir la calidad procesal de *terceros intervinientes*, cuando deciden intervenir en el juicio⁷⁴ o también llamados, *partes indirectas*⁷⁵.

En algunos casos la propia ley ha establecido la forma de la intervención de los terceros limitando o prohibiendo su intervención tal y como advierte Jorquera: “Pero hay casos en que el Código ha restringido la intervención de terceros a determinados casos como sucede en el juicio ejecutivo, en que se admiten solamente las tercerías de: dominio, posesión, prelación y pago. Y hay también procedimientos en que no se admite la intervención de terceros, como, por ejemplo, en la realización de la prenda agraria, de la prenda industrial y en el procedimiento ejecutivo especial establecido por la ley sobre compraventa de cosas muebles a plazo”⁷⁶

Hecho el alcance anterior, la regla general en los procedimientos declarativos es que los terceros intervengan como coadyuvantes, independientes o excluyentes. Cualquier persona que tenga cualquier relación con el juicio, que no sea parte o tenga alguna de las calidades anotadas de terceros, es ajeno al mismo.

⁷⁴ CPC, art 23 inciso primero: “los que, sin ser partes directas en el juicio , tengan interés actual en sus resultados, podrán en cualquier estado de él intervenir como coadyuvantes, y tendrán en tal caso los mismos derechos que concede el artículo 16 a cada una de las partes presentadas por un procurador común, continuando el juicio en el Estado en que se encuentre.”.

⁷⁵ “También a los terceros se les acostumbra llamar *partes indirectas*, para diferenciarlos de las partes directas, que son precisamente el demandante y el demandado” CASARINO, M. “Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)”, tomo III, sexta edición. Chile. 2005. Edit. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 29.

⁷⁶JORQUERA, R. “Síntesis de derecho procesal civil”...Ob. cit. Pág. 19.

En el caso de nuestro análisis las resoluciones que se dicten en el proceso solo pueden afectar a los antes señalados y en caso alguno al tercero ajeno al pleito.

Al respecto Stoeihrel señala que “las resoluciones que recaen en juicios en que intervienen terceros, cualquiera que sea su especie, producen respecto de ellos los mismos efectos que respecto de las partes principales”⁷⁷

A contrario sensu, si un tercero no ha intervenido en el juicio no puede afectarle las resoluciones que en él se dicten. Ello ni aún a petición de las partes en litigio que pida la aplicación de la tutela anticipada sobre la base que se afecten derechos de otros trabajadores que no son partes en el juicio.

Interpretado el art. 492 de una manera exuberante en el sentido de alcanzar a terceros ajenos al juicio, convierte esa resolución en un acto ilegal o arbitrario que hace tabla rasa de los derechos laborales y compele al empleador a quien se pide ejecute la resolución a vulnerar derechos bajo amenaza de imponerle una multa.

Se colige de la agresión procesal anterior, un atentado directo al principio laboral de la intangibilidad de los contratos, como ya lo analizamos, ya que se impulsa al empleador a no otorgar el trabajo convenido en la forma pactada, a eventualmente transgredir el fuero gremial o sindical si se trata de un trabajador aforado y en definitiva a infraccionar la libertad de trabajo y el derecho de propiedad que se tiene sobre un cargo, en el caso de los funcionarios públicos.

Todo empleo da a quien lo posee las facultades para ejercerlos a plenitud en las condiciones pactadas, es decir en la forma en que se adquirió y que se ha desempeñado.

⁷⁷STOEIHREL, C. “De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes”. Chile. 1999. Edit. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 20.

Los derechos laborales son intangibles y no pueden vulnerarse a pretexto alguno, y menos, bajo la justificante de que se afectan estos para proteger los de otro trabajador, sin que además el afectado tenga sede procesal o administrativa donde alegar en su defensa.

3.5.- El efecto relativo de las resoluciones en el Procedimiento de Tutela de derechos fundamentales:

La regla del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil señala que "*las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella*". Y en tal sentido, "el legislador puede fijar distintas formas de notificación atendiendo a la naturaleza del proceso, también puede prescindir de ella en casos calificados, procurando un bien superior, cuando es posible presumir que el actor tiene conocimiento regular del proceso porque existe una carga procesal que lo impele a ello, como es la de dar curso progresivo a los autos en los procedimientos de constitución de concesiones mineras".⁷⁸

Como ya se analizó y se hace aplicable en el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, desde el inicio se ha puesto de relevancia por el legislador que la parte demandada o denunciada, tenga como prioridad la notificación personal debiendo anotar que para se acoja un denuncia de vulneración de derechos fundamentales, se debe determinar que hubo tal infracción y en segundo lugar establece si el denunciado o demandado es el infractor.

⁷⁸ Diario Constitucional de Chile, (online), publicación de fecha 19 de noviembre de 2018. <http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/tribunal-constitucional/2013/01/25/tc-rechazo-requerimientos-de-inaplicabilidad-que-impugnaban-norma-del-codigo-de-mineria-referida-al-computo-del-plazo-para-declarar-la-caducidad-de-derechos-emanados-de-manifestaciones-mineras/>

En ese orden de ideas, respecto de la sentencia, ordena el legislador, se debe considerar “las medidas a que se encuentra obligado el infractor”⁷⁹.

Resulta obligatorio entonces el imperativo de que el demandado o denunciado sea considerado infractor. Lo anterior, salvo que se transgreda el ámbito de las partes en juicio y se pretenda extender sus alcances más allá de quienes resultaron emplazados legalmente en el mismo. ¿Qué puede ocurrir entonces en este caso?

Desde luego no pueden las partes litigiosas, con intereses jurídicos contrapuestos, concordar que un tercero ajeno al juicio sea el infractor o que se declare una suerte de ficción procesal que establezca que el tercero es quien deba cumplir lo sentenciado, resultando de cualquier forma que la resolución en una parte gravosa es soportada por una persona que no puede ser declarada infractor o tener consecuencias de tal si no ha sido parte o tercero interviniente en el juicio. Más aún cuando no es empleador o no se encuentra en la hipótesis de que es posible presumir que ese tercero tienen conocimiento regular del procedimiento judicial en particular.

Si en la sentencia definitiva del Procedimiento de Tutela de derechos Fundamentales no puede resultar condenado un tercero ajeno al juicio o siquiera afectado directamente por el fallo, no puede en consecuencia resultar afectado ese tercero por una resolución que dicta una tutela anticipada, sin forma de juicio en razón del artículo 492 del C del T.

⁷⁹ C del T de Chile, art 495 N°3: “La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y...”

El hecho que el Juez ordene al empleador, bajo amenaza de multa reiterativa, que ejecute lo ordenado que afecte a un tercero, es el reconocimiento que no puede hacerlo por medio del fallo en forma directa al tercero ajeno al juicio y debe recurrir a una torcida aplicación de la justicia para lograr aquello.

V: CONCLUSIONES:

1. Conclusión.

Las facultades del Estado para intervenir en la vida del ciudadano son progresivamente crecientes, no siempre con una eficiencia equivalente a las contraprestaciones que debe recibir el ciudadano por parte del Estado. Hay un desbalance en la concesión de soberanía del administrado frente a la administración o del ciudadano frente al Estado y lo que este debe entregar a este ciudadano en protección.

La administración de justicia por medio del poder judicial o el estanco jurisdiccional que el Estado posee, concebido para la protección de bienes jurídicos ante la aparición del conflicto de relevancia jurídica, presenta algunas facetas en el ámbito laboral en que las atribuciones que se dan al Juez aparecen desmedidas y exorbitantes.

No obstante, las opiniones críticas de la doctrina y de la propia jurisprudencia respecto de las facultades que en determinadas normas se conceden a los jueces, se plasman de todas maneras verdaderos excesos legislativos que permanecen vigentes y como en el caso en estudio, la tutela anticipada del art 492 del C del T, sin control de las partes en litigio o de tribunal superior alguno, sin limitación incluso a la aplicación a terceros.

Si los tribunales y la administración de justicia son la última frontera racional y razonable antes de la autotutela y el descontrol social, la falta de debido proceso en la actuación del juez, pueden constituir para el afectado - en nuestro caso de un tercero ajeno a un juicio en Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, que debe salir de su lugar habitual de trabajo - una de las manifestaciones más frustrantes de la actuación del Estado, cual es que sea el propio Estado en la fracción de este dedicada a hacer respetar sus derechos, quien justamente le agrede vulnerando derechos fundamentales y laborales.

Por la sensibilidad de las áreas que busca proteger el procedimiento de derechos fundamentales, que no es otra que la coexistencia de empleadores con trabajadores y de estos entre sí, una aplicación desmedida del art. 492 del C del T, aplicándolo a terceros ajenos al juicio, que normalmente serán otros trabajadores, convierte a este procedimiento en una suerte de *uróboros* jurídico. Se devora así mismo, al proteger derechos de un trabajador, demandante o denunciante, solo por sus dichos y antecedentes, vulnerando derechos de otro trabajador que solo es mencionado en el juicio en que un trabajador ha accionado contra el empleador. Se ataca a un trabajador ajeno al juicio, sin saber si en la sentencia definitiva se acogerá o no lo pedido por el actor.

De mayor peligro resulta el caso que hemos usado de ejemplo en que el juez, para proteger a un trabajador que señala es acosado laboralmente por otro y por ello demanda al empleador, ordena sacar de su lugar de trabajo, al trabajador mencionado.

Desde luego no parece haber mayor creatividad tutelar en el juez para resolver el conflicto, que no sea de manera tan agresiva, desarrollando una suerte de tropismo autoritario de aplicar medidas simplemente porque la norma sobre la cual se fundamenta, la del art 492 del C del T, no le pone límites evidentes.

Tampoco en el caso particular del art. 492 del C del T, se le permite a las partes, y ni hablar de terceros ajenos al juicio, observar, aportar o recurrir la medida que adopte el Juez en razón de una tutela anticipada. Como denuncia el profesor Palavecino: “Se desconfía de las partes y de sus abogados y se aconseja, con la imprudencia y arrogancia propias de quienes jamás ganaron a nadie un juicio, ‘confiar en los jueces’”. Se ignora que el Juez es un ser humano y, no es el último dios, ni siquiera el último sacerdote de la Polis abandonada por los Dioses. El Juez es tan frágil como las partes y sus abogados y, si me apuran, yo

diría que más frágil todavía, por cuanto está sometido a la erosión permanente del poder”⁸⁰

Hemos establecido que la tutela anticipada, no es ni una medida cautelar ni una precautoria, que no se ajusta a las normas mínimas del debido proceso y que afecta derechos laborales y constitucionales.

Hemos reflexionado en cuanto a que habiéndose tomado la tutela anticipada del art 492 del C del T chileno, de la LPL española, se le ha eliminado el procedimiento que aquella contempla, en virtud del debido proceso produciendo la norma nacional las alteraciones constitucionales y legales que se han advertido.

La aplicación a terceros ajenos al juicio, no puede sino llevarnos al inicio de este trabajo, a su título, al riesgo que nos expone la exorbitante manifestación del art 492 del C del T en cuanto a la facultad concedida al Juez, que no tiene limitación y que resulta en una potencial amenaza de derechos constitucionales a cualquier ciudadano de la república. No obstante, no ser parte o tercero interviniente en un juicio en que aquella norma se aplique.

En adelante, analizaremos las distintas opciones que se pueden anticipar de solución al problema planteado, en diversos ámbitos a saber: la correcta interpretación del art. 492 del C del T, el ámbito constitucional y el legislativo.

⁸⁰ PALAVECINO, C. “Prólogo”. En “Las potestades atípicas del Juez Laboral” de Ruay, Francisco. Chile. 2017. Edit. Ediciones Jurídicas de Santiago. Pág. 12

2. Vías de solución.

2.1. La correcta hermenéutica.

Si hacemos un análisis estricto de la norma contenida en el artículo 492 del C del T, aparecen tres ideas o estructuras normativas que son imposibles de eludir: En primer lugar que la norma autoriza “el cese” de una medida, en segundo lugar que la medida denunciada supone una actuación positiva, es decir activa materialmente, y en tercer lugar que esa medida requiere ser inhibida, es decir debe ser objeto de una tutela anticipatoria inhibitoria.

2.1.1. El cese de los efectos de una medida del empleador:

El art 492 del C del T establece en su inicio que el juez dispondrá “la suspensión de los efectos del acto impugnado”.

Habiéndonos extendido en cuanto a que las resoluciones judiciales deben circunscribirse a las partes en juicio, no podemos sino entender que la instrucción de suspender efectos de un acto que se discute en juicio es contra del empleador, ya que no guardaría concordancia que fuera contra un tercero ajeno al juicio, incluso cuando sea al empleador al que se le ordene compeler a ese tercero para que impida los efectos del acto sospechoso. Entre otras razones porque el empleador no tendría imperio para hacer cumplir lo ordenado.

La correcta interpretación de la norma, ya en su inicio, no puede llevar a equivoco en cuanto a que es el empleador el que está en la condición, de sujeto pasivo de la denuncia de vulneración de derechos fundamentales y es por ende quien debe cesar en los actos o más precisamente en los efectos que de ellos se derivan y que serían vulneratorios de derechos fundamentales.

Si por otra parte, de las facultades del empleador se deriva la de organizar, dirigir y administrar la empresa, como se puede colegir del art 306 inciso

penúltimo del C del T,⁸¹ quien puede cesar los efectos de un acto es justamente esta parte del contrato laboral y por cierto parte demandada o denunciada en el juicio, por cuanto no puede subsistir un acto ilegal o inconstitucional sin la posibilidad de que él pueda dar protección al afectado, pero esa facultad tiene una limitación en el art 5 del C del T en cuanto que no puede afectar derechos fundamentales de los trabajadores, ni aún a pretexto de estar protegiendo a otros trabajadores.

Con las consideraciones anteriores el juez no podrá ordenar entonces que se adopten medidas en contra de otros trabajadores, terceros ajenos al juicio en procedimiento de tutela seguido contra el empleador. Desde luego no podrá ordenar la salida del lugar habitual de trabajo de ese trabajador, más bien deberá tender a proteger anticipadamente por otras vías al trabajador denunciante, a saber y por vía de ejemplo, que no reciba instrucciones de ese otro trabajador, que se le asigne a alguna otra dependencia de la empresa, permiso con goce de remuneraciones mientras se realiza una investigación, entre otras alternativas analizables, que no forman parte del objeto de este trabajo.

Limitado entonces el alcance de las medidas que puede adoptar el Juez en virtud del art 492 del C del T, en cuanto estas deben ir dirigidas en contra del empleador en forma exclusiva y excluyente, debiera ser suficiente fundamento para establecer que no pueden ir dirigidas contra terceros, no obstante hay al menos dos alcances hermenéuticos más que realizar.

⁸¹ C del T art 306 inciso penúltimo: “No serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.”.

2.1.2. Existencia de una actuación positiva. Un acto:

El legislador chileno ha mantenido la idea del legislador español en cuanto a que lo que debe intentar detener el Juez es el efecto de un acto y no una omisión. En efecto, el numeral 1 del art 178 de la normativa laboral pertinente española, ya analizada, señala: “En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado”.

Si bien de un punto de vista pareciera ser pertinente considerar la omisión en el sentido de que ella puede ser el origen de la afectación que se denuncia, pero ello podría ser más propio del juicio propiamente tal y no de la tutela anticipada o de emergencia, ya que esta se otorga sin que el demandado puede recurrir de la misma u objetar los antecedentes que se han tenido a la vista por el sentenciador para fallar.

Desde otro punto de vista, si la acción no es del denunciado, sino de un tercero ajeno al juicio, no puede pedirse, como ya se indicó, que el empleador actúe sobre un tercero, en razón de una eventual omisión de actuación del empleador.

Parece entonces de correcta redacción que lo que se inhibe sea los efectos de un acto. Por lo demás la existencia de algo es más fácil de apreciar por el Juez, ya que es mucho más complejo establecer judicialmente, en las condiciones procesales desmedradas de debido proceso en que se da la tutela anticipatoria, la no existencia de algo.

2.1.3. Necesidad de que la medida deba ser inhibida:

Previamente, habíamos determinado que la manifestación o naturaleza de la tutela anticipada era necesariamente inhibitoria, por los análisis y antecedentes ahí entregados. Uno de ellos resulta de la redacción de la propia norma del art

492 del C del T que indica que se deben *suspender* los efectos del acto impugnado, es decir inhibir los mismos.

La medida que contenga la resolución que se dicte en virtud de la tutela anticipatoria, necesariamente debe ir a impedir que los efectos del acto continúen desarrollándose. No es el acto en sí, sino sus efectos ya que el acto y sus características deben ser de lato conocimiento, pero las consecuencias del mismo, la parte emergente, pueden ser inhibida mediante la prohibición al empleador que es demandado o denunciado de que esos efectos afecten a la denunciante o demandante

Cabe preguntarse qué ocurre entonces cuando no es el demandado o denunciado, el empleador, el responsable de los efectos de un acto, sino otro trabajador.

Como el legislador ha precisado que el cese debe de ser sobre los efectos, el dique inhibitorio no puede sino ir a ordenar al empleador que adopte medidas que protejan al trabajador denunciante o demandante, como sacarlo del lugar de trabajo o de la situación de peligro que denuncia, en caso alguno puede afectarse a otro trabajador.

Pongamos un ejemplo: Un trabajador denuncia de acoso laboral a su empleador teniendo como fundamento que los únicos dos gerentes con que cuenta la empresa lo acosan y la resolución de tutela anticipada ordena que saque de la empresa a ambos gerentes en un plazo de cinco días bajo apercibimiento de multa hasta que se cumpla lo ordenado.

Sin olvidar que los gerentes son trabajadores regidos por el C del T y sujetos a la misma protección de sus derechos fundamentales que otro trabajador, no tienen posibilidad de defensa y por ello la tutela anticipatoria, aplicada en la forma ejemplificada, no resulta inhibitoria de efectos, sino que constituye una verdadera sanción a dos trabajadores al inicio de un juicio donde

no son parte. El empleador por su parte resulta ajeno al devenir del juicio en que es demandado o denunciado ya que las consecuencias del mismo se radican en otro.

Los efectos del acto denunciado no son los gerentes, sino los resultados de determinados actos por ellos ejecutados. Ello de ser efectivo que hayan ocurrido y que producen efectos lesivos en el trabajador denunciante y que en virtud del art 184 del C del T, el empleador debe intervenir para proteger la integridad de todos los trabajadores sin afectar a otros ante la denuncia de uno de ellos y en igual sentido debe resolverse en virtud del art 492 del C del T.

2.2. Solución Constitucional.

Cuando nos referimos a solución constitucional, no pretendemos encontrar una solución específica del constituyente a lo arbitrario o ilegal del art. 492 del Código del Trabajo, sino más bien los remedios procesales constitucionales que son factibles de aplicar ante un acto ilegal o arbitrario consistente en una resolución judicial y que dicen relación con la Acción de Protección y la acción de Amparo.

En el capítulo sobre como la aplicación del art. 492 del C del T. de manera exorbitante puede afectar al *Orden Constitucional en particular*, hicimos un listado de los derechos fundamentales que, en nuestra apreciación, se veían afectados y que resultaron ser los siguientes:

a.- El debido proceso en general.(art 19 N°3 de la CPR)

a1.- Derecho a no ser juzgado por comisión especial, sino por el tribunal que señale la ley. (art.19 N°3 inciso 4 de la CPR)

a2.- El derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial.

a3.- El derecho a la defensa jurídica y a la asistencia letrada:

- a.4.- El derecho a la bilateralidad de la audiencia
 - a.5.- El derecho al debido emplazamiento.
 - a.6.- El derecho de revisión judicial por un tribunal superior.
 - a.7.- Inexistencia de posibilidad de defensa.
- b.- La libertad individual y la seguridad individual.(19 N°7 CPR)**
- c.- La Integridad física y psíquica. (art 19 N°1 CPR)**
- d.- Derecho a la honra. (19 N°4 CPR)**
- e.- La libertad de trabajo.**
- f.- La libertad sindical. (19 N°16 CPR)**
- g.- Derecho a la propiedad en el cargo.(19 N°24)**

Debemos señalar que ni la Acción de Protección ni la de Amparo dan protección integra a los derechos y garantías enumerados, por lo que la solución por los medios procesales constitucionales, son parciales, aunque debidamente fijada la acción ilegal o arbitraria que pretende afectar a un tercero ajeno al juicio con la separación de su lugar de trabajo, necesariamente afectará a más de un derecho protegido por la Acción de Protección.

2.2.1.- La Acción de Protección:

Sin que sea el objeto de este estudio, debemos advertir que es necesario precisar la presente vía de solución es tratada en su nomenclatura como un *recurso*, es decir como la facultad de las partes en un contencioso judicial para alterar una resolución judicial. Como define Nogueira: “el recurso es ‘El medio que reconoce la ley a las partes del proceso para impugnar las resoluciones

judiciales”⁸². Visto de manera genérica, los recursos son “los medios que la ley confiere a las partes para obtener que se modifique, enmiende o invalide una resolución judicial”⁸³.

En la acción de protección hay una parte que acciona y un informante, es decir no hay contraparte, sin perjuicio el recurrido podrá hacerse parte en el erradamente llamado *recurso*. En efecto el Auto Acordado respectivo señala que la parte recurrida podrá hacerse parte en el recurso o acción constitucional de protección⁸⁴

Atendido a que la interposición de la acción de protección no se produce dentro de un juicio, aunque el acto ilegal o arbitrario⁸⁵ sea una resolución judicial como el caso en estudio, no puede considerarse que tutela de protección constitucional se en rigor un recurso.

⁸²NOGUEIRA, H. “Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina” en El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentos esenciales en Chile: evolución y perspectivas. Chile. 2000. Edit. Universidad de Talca. Pág. 24.

⁸³JORQUERA, R. Ob. cit. Pág.479.

⁸⁴ AA RECURSO DE PROTECCIÓN N°4: “Las personas, funcionarios u órganos del Estado afectados o recurridos, podrán hacerse parte en el recurso.”.

⁸⁵Art.20 CPR inciso 1: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”.

Como ha señalado la doctrina en general, en el caso de la hipótesis del art. 20 de la CPR, estamos en presencia de una acción constitucional. En efecto, incluso en el caso de que se trate de una resolución judicial el acto arbitrario o ilegal, la presentación que reclama la protección constitucional pone en movimiento la potencia jurisdiccional del Estado, lo que la califica como una acción propiamente tal. En este sentido señala Nogueira que el *recurso* de protección “es una acción, al ser una facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, en orden a la protección, reconocimiento o declaración de un derecho, y que se traduce materialmente en el conjunto de actos procesales que colocan al juez en la situación de tener que dictar sentencia”⁸⁶

Pero más allá de la naturaleza procesal de la acción de protección, el origen de la misma y los objetivos de ella hacen que sea procedente y adecuada como solución ex post a una resolución que en virtud del art 492 del C. del T. pretende surtir efectos respecto de un tercero ajeno al juicio. Ello ya que puede ser impetrada por cualquiera.

Si bien la acción de protección quedó consagrada positivamente en el art. 20 de la CPR, su origen o sus vestigios pueden encontrarse desde el año 1972. El profesor Soto Kloss señala que “Si se recuerda, el proyecto de 1972 establecía este remedio procesal, hoy llamado ‘recurso de protección’, para amparar a quien quiera fuere ‘perturbado o privado’ del legítimo ejercicio de sus libertades”⁸⁷

⁸⁶NOGUEIRA, H. “Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina” ... Ob. cit. Pág. 24

⁸⁷SOTO KLOSS, E. “El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia”. Chile. 1982. Edit. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 81.

Si bien el auxilio constitucional de la acción de protección no estableció restricciones a su aplicación, nunca ha sido fácil plantearlo respecto de una resolución judicial. En efecto, la posición de los tribunales superiores de justicia ha sido que ello no aplica como regla general, por lo que necesariamente debemos estar entonces a cuando se nos aparecen las excepciones, o cuando a propósito del tema en análisis en este trabajo, una resolución afecta a un tercero que no ha sido emplazado en juicio y por extensión cuando no es parte.

La excelentísima Corte Suprema, ha indicado al respecto que “en la jurisprudencia reiterada de esta Corte se ha asentado el criterio general de que esta acción constitucional no procede en contra de resoluciones judiciales y que estando una controversia sometida al imperio del derecho no procede, entonces, otorgar amparo constitucional, toda vez que a los tribunales correspondientes les corresponde dirimir el conflicto planteado entre las partes.”.⁸⁸ La regla general de que dábamos cuenta.

La excepción está dada en el razonamiento de la Corte cuando indica que: “no obstante, los antedichos criterios sufren excepciones en los casos que, como en el de autos, los derechos de un tercero que no ha sido notificado han sido gravemente perjudicados.”.⁸⁹

Si bien, en nuestro ejemplo del tercero afectado por una resolución dictada en razón del art 492 del C del T, este no ha sido notificado y ello aplicaría solo cuando fuera parte y por ende debiera ser objeto de notificación en el juicio en que se dicta la resolución que lo afecta, en sentido estricto la víctima del acto ilegal o arbitrario ni siquiera es parte, por ello es del todo aplicable procesalmente la acción de protección.

⁸⁸Excelentísima Corte Suprema, fallo sobre recurso de protección rol 313 – 2014, considerando tercero.

⁸⁹ECS, fallo sobre recurso de protección rol 313 – 2014, considerando cuarto.

En cuanto a derecho sustantivo, anteriormente en este trabajo, en el “capítulo IV: principales colisiones de derecho en la aplicación a terceros ajenos al juicios, de la tutela anticipada del art 492 del código del trabajo”, subtítulo 2 “En el orden constitucional en particular.”, hemos dado cuenta de los derechos fundamentales que estimábamos afectados, en la forma y sentido ahí indicados, por la resolución judicial que afecta a un tercero ajeno al juicio dictada en virtud del art 492 del C del T. y se trata de los establecidos en los artículos: 19 N°3, N°7, N°1, N°4, N°16 y N°24, todos de la CPR.

Todos esos derechos se encuentran en el catálogo de protección del art 20 de la CPR, que contiene la acción constitucional de protección.⁹⁰

2.2.2.- La Acción de Amparo:

El llamado recurso de amparo, al igual que ocurre con el de protección precisa hacer una breve precisión de nomenclatura en cuanto para gran parte de la doctrina se trata de una acción propiamente tal más que un recurso. Ello no obstante el tenor literal de art 21 de la CPR que a propósito del inciso tercero

⁹⁰CPR Artículo 20. “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”.

indica que “El mismo recurso...”⁹¹ y los fallos de la ECS como indica Nogueira, citando a Tavolari quien a propósito de una visión crítica del concepto, cita una sentencia del año 1984 que en su considerando sexto indica: “que no cabe duda que la Constitución considera el amparo como un RECURSO, pues con este término se refiere a él en el propio precepto que lo consagra – *artículo 21*- al comienzo de su inciso tercero y también en el artículo 41 N°3, de manera que no corresponde asignar al vocablo “*recurso*” empleado en el inciso final del artículo 24 transitorio, un significado diferente que pueda excluir el amparo”⁹². Ello por cuanto el art. 24 transitorio en cuanto a las resoluciones dictadas no era susceptible de recurso alguno.

Nogueira, respecto de considerar el amparo como un recurso y sobre la base de lo sostenido por Tavolari, indica que “tal posición nos parece insostenible, desde la perspectiva de que un recurso es un acto del proceso, con lo cual no cabe sino descartar tal vocablo cuando se trata de un nuevo proceso o procedimiento jurisdiccional, el que no tiene por objeto impugnar resoluciones de un proceso ya existente”⁹³

Lo expuesto no implica que la acción de amparo no pueda aplicarse en contra de una resolución judicial, pero no para dar curso al proceso en que se ha

⁹¹ CPR Artículo 21 inciso 3°: “El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.”.

⁹² NOGUEIRA, H. “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”. Chile. 2008. Edit. Librotecnia, Pág. 336.

⁹³ NOGUEIRA, H. “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”.2008... Ob. cit. Pág. 337.

dictado, sino en proceso distinto y con el fin de garantizar la libertad personal y la seguridad individual, en un procedimiento separado del que se ha dictado una resolución en que entre otras hipótesis podemos ser tercero ajeno al mismo.

Las breves reflexiones anteriores nos parecen del todo pertinentes cuando vemos que respecto a las resoluciones dictadas en virtud del artículo 492 del C del T, se ordena que un tercero ajeno al juicio deba salir de su lugar de trabajo, es decir cuando su libertad personal ambulatoria se ve afectada de manera expresa, en que además por norma legal esa resolución no es susceptible de recurso alguno. Tal y como ocurría con el art. 24 transitorio de la CPR que impedía fuera este objeto de “recurso” alguno.

Así las cosas, no solo porque la acción de amparo queda fuera de la hipótesis del art 492 del C del T en cuanto ella no es susceptible de *Recurso*, sino además porque la resolución dictada en virtud del artículo citado en cuanto ordena la salida de su lugar de trabajo de un tercero ajeno al juicio, le impide el ingreso a un lugar del territorio nacional, es entonces susceptible de la acción de amparo, por cuanto es garante de la libertad personal.

El inciso tercero del art 21 de la CPR que consagra la acción de amparo, extiende su efecto, además de las hipótesis en que el afectado es *arrestado, detenido o preso*, a que puede iniciarse *en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.*

Si bien no es habitual la relación del derecho laboral y el penal en cuanto a que una resolución de la judicatura laboral pueda afectar la libertad personal, hay al menos dos hipótesis, que siguiendo a Nogueira, harían aplicable el amparo frente a una resolución dictada en virtud del art. 492 del C del T en que se ordena la salida de su lugar de trabajo a un tercero ajeno a un juicio laboral. En un catálogo de las hipótesis en que procede la acción de amparo, Nogueira ha incluido dos atinentes al tema que tratamos en esta parte: “b)Vulneración del

derecho de los nacionales o extranjeros de residir y transitar por el territorio nacional conforme al ordenamiento jurídico vigente,...” y “p)El derecho a no ser afectado en cualquier ámbito de otro derecho conexo con la libertad personal y la seguridad individual”.⁹⁴

Por otra parte Eduardo Aldunate, ha fijado de manera precisa los alcances del amparo, lo que a nuestro entender nos da una herramienta eficiente de solución a la vulneración de la libertad personal ambulatoria por una resolución que afecta a terceros ajenos al juicio impidiéndoles ingresar a su lugar habitual de trabajo. En efecto, Aldunate ha señalado que: “Esta acción o recurso busca proteger la libertad individual en sus dos aspectos, siendo estos la libertad personal, esto es, de permanecer o residir en cualquier punto del territorio nacional, o para trasladarse, salir y regresar, y la seguridad individual, es decir el derecho que tiene una persona a no ser privada de libertad sino en los casos y formas que establece la ley”⁹⁵

La ICA de Puerto Montt, en el fallo rol 34 – 2009 del año 2009, citado por Eduardo Aldunate Lizana, ha señalado que “El recurso de amparo constituye jurídicamente una acción cautelar, de índole constitucional, cuyo contenido específico es el requerimiento de tutela jurisdiccional frente a privaciones de libertad ambulatoria con infracción de lo dispuesto en la constitución o en las leyes; frente a amenazas arbitrarias o ilegales al ejercicio de dicha libertad, y

⁹⁴ NOGUEIRA, H. “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”2008.... Ob. cit. Págs. 341 y 342.

⁹⁵ ALDUNATE, E. “Constitución Política de la República de Chile, Doctrina y Jurisprudencia”. Chile. 2009. Edit. Thomson Reuters. Pág. 369.

frente a privaciones, perturbaciones o amenazas a la seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de tales atentados.”⁹⁶

Finalmente, entonces, podrá, en el caso de análisis, interponerse recurso de amparo preventivo, para el caso de que el afectado por la resolución dictada en el juicio en que no es parte, toma conocimiento de la misma previo a su aplicación, o el amparo reparador a objeto de recuperar la libertad personal perturbada, cuando se aplica materialmente la medida.

2.3. Solución por vía legislativa.

Creemos que si bien al copiarse del derecho procesal laboral español la norma del art. 492 del C del T, no se contempló, o más bien se eliminó, la posibilidad de recurrir en contra de la resolución dictada en virtud de esa norma, no es menos cierto que ello abriría caminos intrincados para los terceros ajenos al juicio. En efecto, como ya se advirtió, las partes, únicas con capacidad de recurrir en el caso hipotético de que una modificación legal incorporara un recurso, bien podrían ponerse de acuerdo en no recurrir, ejecutoriando un fallo que afectaría directamente a un tercero ajeno al juicio, en más de un derecho fundamental y por cierto también algunos de rango legal. Ello daría un halo de debido proceso, a una verdadera sanción vulneradora de derechos fundamentales, abriendo un camino algo pavimentado de fraude legal, en contra muy probablemente de otro trabajador.

No obstante lo dicho, la ya sobre abundante facultad judicial del proceso laboral hace necesario la reincorporación de las partes al procedimiento de tutela de derechos fundamentales, como en la LPL española, en la primeras fases del mismo cuando aún ni siquiera se ha trabado la Litis. Para dicho efecto, pareciera necesario, que debiera ser exigencia procesal, que lo resuelto en virtud del art

⁹⁶ ALDUNATE, E. Ob. cit. Pág. 367.

492 del C del T, esa resolución deba ser notificada y pueda ser objeto de recurso jerárquico por las partes.

Decíamos que sin embargo, el tema que nos ocupa es el tercero ajeno al juicio, para quien nunca habrá recurso en forma alguna. En este caso nos parece que la innovación legal debe ir dirigida a que la resolución dictada solo puede ir en contra de la parte demandada eliminando así la ambigüedad catastrófica en que ha quedado la actual redacción del art 492 del C del T que es abierta a dictar cualquier medida, en cualquier sentido y contra quien se estime.

Como contrasentido a la propuesta de una modificación legal, se debe anotar que ya se dijo que la correcta interpretación de la norma, el respeto al debido proceso, entre otras salvaguardas constitucionales y legales debieran ser suficientes para que un juez laboral aplique la norma del art 492 del C del T de manera que no sea arbitraria o ilegal, pero debemos admitir que en el ámbito del ejercicio del poder, cualquiera que este sea (político, judicial o social), entre más amplio se conceda, mayor margen para la transgresión de los derechos fundamentales y por ende debiera inspirar una mayor urgencia de intervención legislativa una vez advertidos que la prudencia no suele ir acompañada de la mano del poder.

VI: BIBLIORAFÍA

ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, Manual del Juicio del Trabajo. Chile. 2008.

ALDUNATE, E. “Constitución Política de la República de Chile, Doctrina y Jurisprudencia”. Chile. 2009. Edit. Thomson Reuters.

ALVARADO, A. “La imparcialidad judicial y la función del Juez en el proceso civil”. En “Proceso Civil, hacia una nueva justicia civil” OLIVA, A; PALOMO, D. (coordinadores). Edit. Editorial Jurídica de Chile, Chile. 2007.

BASCUÑAN, S. “Tratado de derecho Constitucional”, Tomo I “principios y Gobierno”. Chile. 1997. Edit. Jurídica de Chile.

CASARINO, M. “Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)”, tomo III, sexta edición. Chile. Edit. Jurídica de Chile.

COLOMBO CAMPBELL, Juan: *El debido proceso constitucional*. En Cuadernos del Tribunal Constitucional de Chile, N° 32. Chile. 2006.

DIARIO CONSTITUCIONAL DE CHILE, (online) publicación de fecha 19 de noviembre de 2018. <http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/tribunal-constitucional/2013/01/25/tc-rechazo-requerimientos-de-inaplicabilidad-que-impugnaban-norma-del-codigo-de-mineria-referida-al-computo-del-plazo-para-declarar-la-caducidad-de-derechos-emanados-de-manifestaciones-mineras/>

ETEROVIC, P. en “Ángulos” “La tutela anticipada y su constitucionalidad: El caso de la jurisdicción laboral”. En revista “Actualidad Laboral”. Edit. Departamento de derecho y seguridad social, Facultad de derecho Universidad de Chile, N° LXXXVII. Chile.

GAMONAL, S. "Fundamentos de derecho laboral". Chile. 2008. Edit. Lexis nexis.

GAMONAL, S. "El procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.", en "La ciudadanía en la empresa". Edit. Legal publishing. Chile. 2009.

GAMONAL, S. Y GUIDI, C. "Manual del Contrato de Trabajo". Chile. 2015. Edit. Legal Publishing.

GOZAÍNI, O. "Obtención y valoración de la prueba ilícita". En "Proceso Civil, hacia una nueva justicia civil" OLIVA,A; PALOMO, D. (coordinadores). Chile. 2007. Edit. Editorial Jurídica de Chile.

JORQUERA, R. "Síntesis de derecho procesal civil", citando a Quezada M., José (reformas procesales). Chile. 2006. Edit. Editorial jurídica de Chile.

NOGUEIRA, H. "Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y américa Latina" en El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentos esenciales en Chile: evolución y perspectivas. Chile. 2000. Edit. Universidad de Talca.

NOGUEIRA, H. "Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales". Chile. 2008. Edit. Librotecnia,

NOGUEIRA, H. "Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.", Tomo II. Chile. 2018. Edit, librotecnia.

PALAVECINO, C. "El retorno del inquisidor: las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral". En Revista Latinoamericana de Derecho Social, N°13. México. 2011. Edit. UNAM.

PALAVECINO, C. "Prólogo". En "Las potestades atípicas del Juez Laboral" de Ruay, Francisco. Chile. 2017. Edit. Ediciones Jurídicas de Santiago.

PALAVECINO, C. "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile". En Revista Chilena del Trabajo. Vol. 5, N°9. Chile. 2014.

PLÁ, A. "Los principios del derecho del trabajo", tercera edición.. Buenos Aires. 1998. Edit. Depalma.

PLANET, L. "Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el mobbing en Chile". En "Revista chilena del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" Vol. 1, N°1. Chile. 2010.

ROMERO, A. "la tutela anticipada y la tutela de urgencia" En Capítulo III. "Curso de derecho procesal civil, la acción y protección de los derechos", Tomo I. Chile. 2014. Edit. Legal publishing.

RUAY, F., "Las potestades atípicas del Juez laboral, una lectura crítica". Chile. 2017. Edit. Ediciones Jurídicas de Santiago..

SOTO KLOSS, E. "El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia". Chile. 1982. Edit. Editorial Jurídica de Chile.

STOEHREL, C. "De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes". Chile. 1999. Edit. Editorial Jurídica de Chile.

THAYER, W. y NOVOA P. "Manual de Derecho del Trabajo". Chile. 1980. Edit. Editorial Jurídica de Chile.

UGARTE, J. "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador". Edit. Legal publishing. Chile. 2009.

UGARTE, J.L. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". Chile. 2010. Edit. Legal publishing.

UGARTE, J.L. "Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo". Edit. Thomson Reuters, Chile.2018.

URIBE, E. y OLIVARES, F. “La tutela anticipada en el procedimiento de tutela laboral. Estudio y análisis para su acertada comprensión” (proyecto de memoria para optar al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas). Chile. 2016. Universidad de Chile.

ANEXO: Abreviaturas:

art.: Artículo.

arts.: Artículos.

C del T: Código del Trabajo de Chile

CC: Código Civil de Chile.

CPC: Código de Procedimiento Civil de Chile.

CPR: Constitución Política de la República de Chile.

ECS: Excelentísima Corte Suprema de Chile.

ICA: Ilustre Corte de Apelaciones.

LPL: Ley Procesal Laboral Española.

TC: Tribunal Constitucional de Chile.